

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO v. 1080

(Ano XIV)

(16/04/2022)

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, Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Lei nº 14.313/2022: remédios sem aval da Anvisa e competência jurisdicional

Carlos Eduardo Rios do Amaral, 07.

ARTIGOS

Da prisão sem mandado em caso de crimes inafiançáveis à luz da constituição federal – Art. 287 do CPP

Paulo Figueiredo Fonseca Lima, 11.

As consequências da antecipação de férias individuais através de medidas provisórias

Juliana dos Reis Habr e Lucas Alves Lemos Herculano. 25

Psicopatia e o Direito Penal: responsabilidade do psicopata frente ao sistema jurídico brasileiro

Werica Pereira da Silva, 40.

Aspectos do incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Alex Carlos Capura de Araújo, 51.

Cessão de créditos trabalhistas – análise jurídica frente à natureza alimentar do crédito

Marcos D'angelo Faria, 65.

Revisitando a natureza jurídica dos animais de companhia e suas repercussões nas relações familiares

Marcela Maria Buarque de Macedo Gadelha, 77.

O abandono afetivo em período de pandemia no Brasil: reflexos jurídicos e sociais

Mylla Duarte do Amaral, 86.

Os limites constitucionais ao poder de tributar

Larissa Albuquerque Marques Silva, 101.

O juiz como viabilizador da cooperação judiciária nacional

Marcela Maria Buarque de Macedo Gadelha, 108.

Análise acerca da proteção à imagem da mulher nos crimes cibernéticos contra a honra, à luz da lei 12.737/2012

Emile Gomes Lasmar, 127.

Posse e porte de arma

Sany Rhaisa Campos Costa, 144.

Pandemia causada pela Covid-19 e seus efeitos colaterais em relação aos índices de violência doméstica e familiar

Jannielly Neres Saraiva Soares, 163.

O Estatuto da Criança e do Adolescente frente ao crescimento de atos infracionais cometidos por adolescentes

Emily de Souza Barbosa, 179.

Alienação parental e a proteção à criança e ao adolescente

Nizielli Araujo de Oliveira, 191.

LEI Nº 14.313/2022: REMÉDIOS SEM AVAL DA ANVISA E COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

CARLOS EDUARDO RIOS DO AMARAL:
Defensor Público do Estado do Espírito Santo

O Senhor Presidente da República sancionou a Lei nº 14.313, de 21 de março de 2022, que autoriza o Sistema Único de Saúde (SUS) a receitar e dispensar medicamento sem aval da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa).

No que interessa aqui, preconiza a nova Lei nº 14.313/2022, que altera a Lei nº 8.080/90, que dispõe sobre a organização e o funcionamento dos serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde:

“Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa. (Incluído pela Lei nº 12.401, de 2011)

Parágrafo único. Excetua-se do disposto neste artigo: (Incluído pela Lei nº 14.312, de 2022)

I - medicamento e produto em que a indicação de uso seja distinta daquela aprovada no registro na Anvisa, desde que seu uso tenha sido recomendado pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), demonstradas as evidências científicas sobre a eficácia, a acurácia, a efetividade e a segurança, e esteja padronizado em protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde; (Incluído pela Lei nº 14.312, de 2022)

II - medicamento e produto recomendados pela Conitec e adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública do Ministério da Saúde e suas entidades vinculadas, nos termos do § 5º do art. 8º da Lei nº 9.782, de 26 de janeiro de 1999. (Incluído pela Lei nº 14.312, de 2022)”.

Destarte, a partir da vigência da Lei nº 14.313/2022 a Anvisa deixa de ser a instância administrativa sublimada com relação à última – e única! – palavra sobre a dispensação de medicamentos pelo SUS no País.

Agora, nos termos da bem-vinda – e esperada! – inovação legislativa entra em cena como protagonista a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec).

Perceba-se que o alterado Inciso II, do § Único, do Art. 19-T, da Lei nº 8.080/90, não repetiu a expressão final de seu Inciso I, qual seja, “e esteja padronizado em protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde” (!).

O que significa dizer que, agora, é permitido em todas as esferas de gestão do SUS a dispensação de medicamento para uso em programas de saúde pública, sem registro na Anvisa e não padronizado em protocolo estabelecido pelo Ministério da Saúde, desde que o medicamento seja recomendado pela Conitec e adquirido por intermédio de organismos multilaterais internacionais, como, p. ex., a Organização Pan-Americana de Saúde (Opas).

Oportuno trazer as lúcidas considerações da Câmara dos Deputados, no Parecer de sua Comissão de Seguridade Social e Família e de Constituição e Justiça, quando da aprovação da matéria sancionada:

“Para exemplificar, a Conitec aguarda (em alguns casos, desde 2015) o aval da Anvisa para indicação no SUS de medicamentos com funcionamento cientificamente comprovado para o tratamento de imunossupressão em transplantes de coração, imunossupressão em transplante de pulmão, imunossupressão em transplante de pâncreas, imunossupressão em transplante de células-tronco hematopoiéticas, Síndrome de Evans, transtorno do espectro autista, edema macular diabético e lúpus eritematoso sistêmico.

(...)

Ademais, o texto do Senado Federal também prevê a oferta de tecnologias em saúde que hoje não são encontradas no mercado brasileiro, adquiridas por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública do Ministério da Saúde. Esses medicamentos são fundamentais para tratamento de mazelas de caráter endêmico e com impacto socioeconômico localizado, como doenças tropicais negligenciadas tais quais tuberculose, malária, hanseníase e doença de Chagas.

Ante todo o exposto, considero o presente Projeto de Lei meritório para o aprimoramento dos procedimentos hoje adotados para incorporação de tecnologias pelo Sistema Único de Saúde”.

No Senado Federal, a conclusão sobre a matéria foi no mesmo sentido no Parecer Final:

“No atual cenário da pandemia de Covid-19, tal medida permitirá, por exemplo, eventuais avaliações da Conitec para medicamentos que vêm apresentando evidências científicas de qualidade para o tratamento da doença, como é o caso da dexametasona, um corticoide que tem se mostrado capaz de reduzir significativamente o risco de morte em pessoas entubadas. Para citar outros exemplos já consagrados, a iniciativa possibilitaria a autorização de uso pelo SUS de imunossupressores importantes em transplantes de órgãos, além do micofenolato de mofetila, importante no tratamento do Lúpus Eritematoso Sistêmico (LES).

Ainda, incluímos a previsão de oferta de tecnologias em saúde adquiridas por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso em programas de saúde pública do Ministério da Saúde. Historicamente, o Ministério da Saúde adquire medicamentos via organismos multilaterais internacionais, a saber a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS). Esses medicamentos não estão disponíveis no mercado brasileiro e são necessários para o tratamento de pessoas acometidas por doenças e agravos de perfil endêmico, com importância epidemiológica, impacto socioeconômico e que estão contempladas em programas estratégicos de saúde pública”.

Como se vê, a sanção da Lei nº 14.313/2022 representa mais uma esperança e ânimo para milhares de pacientes e seus familiares no País, no demorado e sinuoso caminho da obtenção de medicamentos ainda não aprovados pela Anvisa, mas demonstradas as evidências científicas sobre a eficácia, acurácia, efetividade e segurança mundo afora pela comunidade científica e respeitados organismos internacionais de saúde.

Por derradeiro, cumpre assinalar que a Lei nº 14.313/2022 terá imediata repercussão no Tema nº 793 do Supremo Tribunal Federal que, com o julgamento dos Embargos de Declaração no RE nº 855178, assentava na sua parte final que “as ações que demandem fornecimento de medicamentos sem registro na ANVISA deverão necessariamente ser propostas em face da União”.

Me parece que com a Anvisa deixando de ser a última palavra autorizativa de dispensação de medicamentos a nível de Sistema Único de Saúde, assumindo essa

condição a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), a ação judicial que demande o fornecimento de determinado medicamento deverá ser proposta em face da União, na Justiça Federal, somente no caso de ausência de recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec).

Dentro do entendimento esposado pelo Tema nº 793 do STF, não mais faria sentido o deslocamento da competência para a Justiça Federal, a atrair a competência da União, para processar e julgar ações judiciais de saúde em que determinado medicamento tenha expressa recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec), malgrado o silêncio da Anvisa. Porque, como dito, o alterado Inciso II, do § Único, do Art. 19-T, da Lei nº 8.080/90, determina ao SUS a dispensação de medicamento recomendado pela Conitec, independentemente da posição da Anvisa.

Enfim, havendo recomendação da Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec) sobre determinado medicamento competirá às Varas de Fazenda Pública Estadual e Municipal e de Infância e Juventude Cível o processo e julgamento dessas demandas de saúde pública. Remanescendo à Justiça Federal as demandas de medicamentos sem recomendação do Conitec, *ex vi* do Inciso II, do § Único, do Art. 19-T, da Lei nº 8.080/90, com a redação dada pela nova Lei nº 14.313/2022.

DA PRISÃO SEM MANDADO EM CASO DE CRIMES INAFIANÇÁVEIS À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – ART. 287 DO CPP

PAULO FIGUEIREDO FONSECA LIMA:

Graduado pela Universidade Estácio de Sá. Advogado. Pós-graduado em Direito Público e Privado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Resumo – O presente trabalho versa sobre possível espécie de (in)compatibilidade entre a norma do artigo 287 do CPP e a CR/88. Para tanto, analisa qual a ação objetiva de controle de constitucionalidade cabível, em tese, face a respectiva norma. Procura ainda esclarecer os elementos do mandado de prisão, bem como as consequências do descumprimento de tais formalidades. Questiona, por fim, a validade da norma que autoriza a prisão por crime inafiançável sem apresentação de mandado, à luz da Constituição Federal e de seus institutos processuais, amplamente reconhecidos como garantias fundamentais.

Palavras-chave – Direito Constitucional. Constitucionalidade. Recepção. Conflito Intertemporal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Preceito Fundamental. Mandado de prisão. Formalidades. Prisão sem mandado. Prisão em flagrante. Ordem judicial. Vício e irregularidade.

Sumário – Introdução. 1. Código de Processo Penal e seu controle abstrato de constitucionalidade. 1.1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental. 2. Mandado de prisão. 2.1. Dos elementos formais essenciais do mando de prisão. 3. Da prisão sem apresentação de mandado e sua constitucionalidade. 3.2. Da prisão por crimes afiançáveis e o registro do mandado de prisão no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – Resolução nº 251 04/09/2018. Conclusão. Referência.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende investigar as normas contidas no artigo 287 do CPP, a natureza do controle abstrato de constitucionalidade a que se submetem tais normas, caso sejam sob esse enfoque atacadas junto ao Supremo Tribunal Federal, o instituto do mandado de prisão e seus elementos formais, bem como espécie de (in)validade em caso de ausência em caso de falta de elemento, e as exceções a necessidade de apresentação do mandado quando de seu cumprimento, bem como suas justificativas.

A razão do trabalho é a necessária análise de compatibilidade constitucional das normas infraconstitucionais, em especial aquelas aparentemente anteriores à CR/88, à

luz da força normativa da constituição, para verificar sua regularidade e permanência no ordenamento jurídico. Sendo o instituto objeto do trabalho de natureza processual penal, são estes os elementos constitucionais que servirão de paradigma para sua análise, face à constituição.

Importante ainda elencar os requisitos constitucionais do mandado de prisão, bem como os requisitos formais, de regularidade e validade, do referido instituto.

Por fim, trata o presente artigo das hipóteses de prisão sem apresentação de mandado e respectivas exceções, à luz do CPP e da Resolução 251 do CNJ.

O artigo é desenvolvido pelo método hipotético-dedutivo. Assim, pretende o pesquisador eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa.

1 CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SEU CONTROLE ABSTRATO DE CONSTITUCIONALIDADE

Inicialmente cumpre esclarecer se as normas presentes no Código de Processo Penal podem submeter-se a juízo de constitucionalidade ou de recepção, aquele um confronto entre a regularidade formal e material da norma com a CR/88 e este juízo intertemporal e, em síntese, de revogação da norma.

O juízo de recepção constitucional é sempre pautado pelo conteúdo da constituição, já que não existe não recepção por aspectos de constitucionalidade formal, ficando a exceção por conta do aspecto formal orgânico, quando a norma passa da competência concorrente da União, Estados e DF para a competência privativa da União. Essa exceção decorre da impossibilidade, prática, de serem recepcionadas dezenas de leis Estaduais e Distritais como única lei federal.

Importante destacar que o fato de uma norma estar presente em um corpo codificado não a torna igual, para fins de controle de constitucionalidade, ao restante do diploma. Assim, um código de normas anteriores à CR/88 se submete a juízo de recepção, mas essa conclusão não se aplica a alguma norma incluída no texto codificado após a CR/88, que sofrerá análise de constitucionalidade.

Nesse sentido, o artigo 287 do CPP em comento, apesar de possuir origens remotas anteriores à CR/88, foi alterado pela Lei 13.964/19 (chamada de Pacote Anticrime por seu preâmbulo). Contudo, a alteração não afetou a norma da prisão sem mandado por

crime inafiançável, incluindo apenas a necessidade de realização de audiência de custódia quando da prisão.¹

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará à prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado.

Art. 287. Se a infração for inafiançável, a falta de exibição do mandado não obstará a prisão, e o preso, em tal caso, será imediatamente apresentado ao juiz que tiver expedido o mandado, para a realização de audiência de custódia.

Fato é que um dispositivo pode conter mais de uma norma², salvo exceções de dispositivos mais simples e unívocos. No caso do “novo” artigo 287 do CPP, as normas ali contidas seriam: (i) em caso de crime inafiançável a falta de mandado não obsta a prisão; (ii) nesse caso deve o preso ser apresentado ao juiz que expediu o mandado; e (iii) será realizado a audiência de custódia nesses casos.

Nota-se que as normas (i) e (ii) do parágrafo antecedente são anteriores à CR/88, enquanto a norma do item (iii) é posterior à CR/88. Logo, as duas primeiras normas estão submetidas ao controle intertemporal face à Constituição Federal e a última norma se submete a controle de constitucionalidade.³

Sendo assim, em que pese recente alteração do dispositivo em que inserida a norma objeto do presente estudo, fato é que esta não foi significativamente alterada, permanecendo o cabimento de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, caso se pretenda questionar a permanência da norma do mundo jurídico.

1.1 ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL

Não sendo o Direito Constitucional e suas ações próprias o escopo deste trabalho, analisaremos sucintamente os aspectos mais relevantes da ADPF, instrumento

¹ _____. Decreto-Lei nº 3.689/41. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

² ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

³ BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2011

que se prestaria a atacar as normas do artigo 287 do CPP que possuem relevância para o trabalho, como já referido anteriormente.

A ADPF está prevista no artigo 102 da CR/88⁴:

Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe:

§ 1.º A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado do parágrafo único em § 1º pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)

Possui ainda previsão infraconstitucional, em que é melhor detalhada e estabelecido rito para cautelar, julgamento e efeitos da decisão (Lei 9.882/99).⁵

O objeto da ADPF é evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público e também quando for relevante o fundamento de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual e municipal, incluídos os anteriores à Constituição.

Uma de suas características mais relevantes é a subsidiariedade a outro meio de igual eficácia, não necessariamente de controle abstrato de constitucionalidade.

São legitimados ativos os mesmos da ADIN, na forma do artigo 103 da CR/88. Por sua vez, o parâmetro para controle são os chamados preceitos fundamentais, previstos na CR/88 ou em tratados internacionais incorporados ao ordenamento na forma de emenda constitucional.

Nesse sentido, o STF já se manifestou sua posição sobre o alcance da expressão “preceitos fundamentais”, quais sejam: a separação e independência entre os Poderes; o princípio da igualdade; o princípio federativo; a garantia de continuidade dos serviços públicos; os princípios e regras do sistema orçamentário ; o regime de repartição

⁴BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

⁵_____. Lei nº 9.882/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm> Acesso em 09 abr. 2022.

de receitas tributárias; e a garantia de pagamentos devidos pela Fazenda Pública em ordem cronológica de apresentação de precatórios.⁶

EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. DECISÕES JUDICIAIS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E DO TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 1ª REGIÃO. BLOQUEIO, ARRESTO, PENHORA, SEQUESTRO E LIBERAÇÃO DE VALORES EM CONTAS DO PODER EXECUTIVO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. PAGAMENTO DE SALÁRIOS E BENEFÍCIOS DE SERVIDORES ATIVOS E INATIVOS. SATISFAÇÃO DE CRÉDITOS DE PRESTADORES DE SERVIÇOS. DEFINIÇÃO DE PRIORIDADES POLÍTICAS NA APLICAÇÃO DE RECURSOS PÚBLICOS. ATO DO PODER PÚBLICO. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL CABÍVEL. ARTS. 1º, CAPUT, E 4º, § 1º, DA LEI Nº 9.882/1999. ALTERAÇÃO DA DESTINAÇÃO ORÇAMENTÁRIA DE RECURSOS PÚBLICOS. TRANSPOSIÇÃO DE RECURSOS ENTRE DIFERENTES ÓRGÃOS OU CATEGORIAS DE PROGRAMAÇÃO SEM PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. VEDAÇÃO. ARTS. 2º, 84, II, e 167, VI e X, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. FUMUS BONI JURIS E PERICULUM IN MORA DEMONSTRADOS. MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM PARTE. SUSPENSÃO DOS EFEITOS DAS DECISÕES IMPUGNADAS EXCLUSIVAMENTE NOS CASOS EM QUE AS MEDIDAS CONSTRITIVAS TENHAM RECAÍDO SOBRE RECURSOS DE TERCEIROS, ESCRITURADOS CONTABILMENTE, INDIVIDUALIZADOS OU COM VINCULAÇÃO ORÇAMENTÁRIA ESPECÍFICA. 1. As reiteradas decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região que resultaram em bloqueio, arresto, penhora, sequestro e liberação de valores administrados pelo Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro para atender demandas relativas a pagamento de salário de servidores ativos e inativos, satisfação imediata de créditos de prestadores de serviços e tutelas provisórias definidoras de prioridades na aplicação de recursos públicos traduzem, em seu conjunto, ato do Poder público passível de controle pela via da arguição de descumprimento de preceito fundamental, cabível nos moldes

⁶ _____. Supremo Tribunal Federal. ADPF nº 405/RJ. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977301>>. Acesso em: 23 mar. 2022

dos arts. 1º, caput, e 4º, § 1º, da Lei 9.882/1999. 2. A efetividade do modelo de organização da Administração Pública preconizado pela Constituição Federal supõe a observância dos princípios e regras do sistema orçamentário (arts. 167, VI e X, da CF), do regime de repartição de receitas tributárias (arts. 34, V, 158, III e IV, e 159, §§ 3º e 4º, e 160, da CF) e da garantia de pagamentos devidos pela Fazenda Pública em ordem cronológica de apresentação de precatórios (art. 100, da CF). Expropriações de numerário existente nas contas do Estado do Rio de Janeiro, para saldar os valores fixados nas decisões judiciais, que alcancem recursos de terceiros, escriturados contabilmente, individualizados ou com vinculação orçamentária específica implicam alteração da destinação orçamentária de recursos públicos e remanejamento de recursos entre categorias de programação sem prévia autorização legislativa, o que não se concilia com o art. 167, VI e X, da Constituição da República. A aparente usurpação de competências constitucionais reservadas ao Poder Executivo – exercer a direção da Administração – e ao Poder Legislativo – autorizar a transposição, remanejamento ou transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro – sugere lesão aos arts. 2º, 84, II, e 167, VI e X, da Carta Política. Precedente: ADPF 387/PI, Relator Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 23.3.2017. Fumus boni juris evidenciado. 3. Satisfeito o requisito do periculum in mora ante o elevado risco de comprometimento do patrimônio e das receitas correntes do Estado do Rio de Janeiro. 4. Deferimento apenas parcial para suspender os efeitos das decisões judiciais impugnadas exclusivamente nos casos em que as medidas constritivas nelas determinadas tenham recaído sobre recursos escriturados, com vinculação orçamentária específica ou vinculados a convênios e operações de crédito, valores de terceiros sob a administração do Poder Executivo e valores constitucionalmente destinados aos Municípios, em afronta aos arts. 2º, 84, II, e 167, VI e X, da Constituição da República. 5. Medida cautelar deferida em parte.

Logo, sendo as normas em comento anteriores à CR/88, e inexistindo ato com igual eficácia para atacar a norma em abstrato, conclui-se ser cabível a ADPF na hipótese.

2 MANDADO DE PRISÃO

O mandado de prisão é elemento essencial para a decretação e cumprimento de prisão por ato judicial. Segundo ditames constitucionais, não é possível a prisão de alguém sem flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada. Por sua vez, o CPP especifica qual ordem escrita é essa, clarificando tratar-se justamente do mandado de prisão.

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;

Art. 285. A autoridade que ordenar a prisão fará expedir o respectivo mandado.

Tais preceitos compreendidos de forma conjunta leva, conseqüentemente, ao entendimento de que toda prisão por ordem judicial deve ser cumprida em razão do mandado de prisão. Essa compreensão, contudo, não impede a prisão sem a apresentação do mandado de prisão ao investigado/denunciado, como se verá mais adiante.

Vale ressaltar que a existência do mandado de prisão previamente à prisão possui ainda a finalidade de submeter o ato ao contraditório, ainda que posterior, sobre o ato judicial praticado, cumprindo com o princípio da ampla defesa e do contraditório, ambos de envergadura constitucional.

2.1 DOS ELEMENTOS FORMAIS ESSENCIAIS DO MANDADO DE PRISÃO

De acordo com o CPP o mandado de prisão depende de alguns elementos para ser considerado válido e, com isso, autorizar a execução material da ordem de prisão. Caso contrário haverá nulidade do ato processual e dos atos que dele decorram, à luz da teoria dos frutos da árvore envenenada.

Vale lembrar que prisão não é prova, porém como faz parte do conjunto de atos processuais realizados no curso do processo, se submete ao regramento de nulidade (absolutas e relativas) bem como tem o condão de eivar de vício insanável atos posteriores que dela decorram.⁷

São elementos essenciais do mandado de prisão (e aqui tomamos de empréstimo o rol definido pelo professor Guilherme Nucci⁸, por sua completude e clareza, atributos que lhe são peculiares): a) lavratura por escrivão ou escrevente, com assinatura

⁷BRASILEIRO, Renato. Curso de Processo Penal. Niterói: Impetus, 2013

⁸NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 16 ed. São Paulo: Forense, 2017.

do juiz, cuja autenticidade é certificada pelo escrivão-diretor; b) designação da pessoa a ser presa, com seus dados qualificadores (RG, nomes do pai e da mãe, alcunha, sexo, cor da pele, data do nascimento, naturalidade, endereço residencial e endereço comercial); c) menção da infração penal por ele praticada; d) declaração do valor da fiança, se tiver sido arbitrada, quando possível; e) emissão à autoridade policial, seus agentes ou oficial de justiça, competentes para cumpri-lo; f) colocação da Comarca, Vara e Ofício de onde é originário; g) número do processo e/ou do inquérito, onde foi proferida a decisão decretando a prisão; h) nome da vítima do crime; i) teor da decisão que deu origem à ordem de prisão (preventiva, temporária, pronúncia, sentença condenatória etc.); j) data da decisão; k) data do trânsito em julgado (quando for o caso); l) pena aplicada (quando for o caso); m) prazo de validade do mandado, que equivale ao lapso prescricional.

Vale ressaltar que de acordo com o artigo 286 do CPP, e diferentemente da prisão em flagrante, apenas o oficial de justiça, a autoridade policial e seus agentes podem cumprir o mandado de prisão.⁹

Art. 286. O mandado será passado em duplicata, e o executor entregará ao preso, logo depois da prisão, um dos exemplares com declaração do dia, hora e lugar da diligência. Da entrega deverá o preso passar recibo no outro exemplar; se recusar, não souber ou não puder escrever, o fato será mencionado em declaração, assinada por duas testemunhas.

3 DA PRISÃO SEM APRESENTAÇÃO DE MANDADO E SUA CONSTITUCIONALIDADE

A intenção do legislador ao estabelecer a possibilidade de prisão determinada em ordem judicial à míngua da apresentação de mandado de prisão decorre da necessidade de maior tutela sobre crimes graves, bem como a vontade de fazer sobressair o interesse público à segurança sobre a inviolabilidade de locomoção, em especial por já estar este direito afastado pela própria ordem.

Dessa forma, nos crimes inafiançáveis, em razão de sua gravidade em abstrato, associado a gravidade em concreto analisado quando da decretação da prisão, é possível o cumprimento da ordem sem dar ao apreendido imediato conhecimento do decreto. Isso não significa que o preso não conhecerá do mandado de prisão, mas apenas que esse conhecimento é diferido em razão da imediata possibilidade de cumprimento do ato associado ao superior interesse público na hipótese.¹⁰

⁹ _____. Decreto-Lei n° 3.689/41. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

¹⁰NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 16 ed. São Paulo: Forense, 2017.

Sendo o caso de prisão sem apresentação do mandado, os executores do ato devem encaminhar o custodiado diretamente ao juiz, para adoção das medidas cabíveis (atualmente, inclusive, a realização da audiência de custódia). Logo, difere da prisão em flagrante em que o apreendido é apresentado imediatamente à autoridade policial, que então lavra auto de prisão em flagrante.

Observe-se que a prisão sem mandado, ou seja, aquela em que não há mandado de prisão prévio, com realização do mandado *a posteriori*, é prática ilegal.

O dispositivo é amplamente encampado pela jurisprudência: “A prisão efetuada em comarca diversa da responsável pela emissão do mandado de prisão, sem a expedição de carta precatória, não torna a prisão ilegal, pois constitui mera irregularidade, perfeitamente sanável, prevalecendo, nessas hipóteses, o interesse público em ver o procurado recolhido ao cárcere. Não há falar em ilegalidade da prisão em virtude de suposta ausência de assinatura no decreto construtivo, pois, no caso, ao que tudo indica, a decisão advém de processo eletrônico com assinatura digital, tratando-se de ordem emanada por autoridade judiciária competente. Ordem denegada” (HC 82207/2015 – MT, 2.^a C. C., rel. Pedro Sakamoto, 29.07.2015)

Como a hipótese em análise neste trabalho é caso de prisão com ordem judicial (ainda que conhecido o decreto pelo custodiado após seu cumprimento pela autoridade policial) não há se falar em incompatibilidade com a ordem constitucional, logo, não é hipótese de não recepção da norma aqui discutida.

Como já referido a CR/88 determina que os indivíduos apenas serão presos em flagrante delito ou após ordem prévia, escrita e fundamentada de autoridade judicial. Contudo, a CR/88 não determina que será o mandado, sempre e necessariamente, apresentado ao indivíduo antes de sua prisão.

Dessa forma, a especificação da apresentação a posteriori procura dar maior efetividade a norma constitucional, determinando que em alguns casos é possível a prisão sem imediata apresentação do decreto, à luz da supremacia do interesse público.¹¹

Em que pese vozes da doutrina no sentido de ser o interesse público o fundamento jurídico para a norma do artigo 287 do CPP, ousamos acrescentar a praticidade e efetividade das medidas de caráter penal. Exigir do policial que se transforme em verdadeiro oficial de justiça e leve consigo todo o acervo de mandados de prisão em uma determinada comarca traz ônus desproporcional ao serviço público de segurança, direito fundamental previsto no *caput* do artigo 5º da CR/88.

¹¹PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Esses argumentos, contudo, não afastam o interesse público, pelo contrário, o complementam. Tanto assim o é que essa maior efetividade e praticidade apenas é conferida ao cumprimento de mandados de prisão por crimes inafiançáveis ou afiançáveis registrados em banco próprio, como se verá.

Logo, não deve ser outra a conclusão senão a de que as normas do artigo 287 do CPP, objeto do presente trabalho, foram integralmente recepcionadas pela CR/88: (i) em caso de crime inafiançável a falta de mandado não obsta a prisão; e (ii) nesse caso deve o preso ser apresentado ao juiz que expediu o mandado.

3.2 DA PRISÃO DE CRIMES AFIANÇÁVEIS E O REGISTRO DO MANDADO DE PRISÃO NO BANCO NACIONAL DE MONITORAMENTO DE PRISÕES – RESOLUÇÃO Nº 251 de 04/09/2018 DO CNJ

Conforme já esclarecido, a regra para a realização de prisão por mandado é a apresentação do decreto na sua execução. Excepcionalmente é admitida a apresentação posterior em casos crimes inafiançáveis. Como exceção da exceção, o legislador sentiu por bem acrescentar hipótese em que o mandado de prisão também não será imediatamente apresentado, no caso de crimes afiançáveis.

Prevê o artigo 289-A do CPP que:¹²

Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão decretada, ainda que sem registro no Conselho Nacional de Justiça, adotando as precauções necessárias para averiguar a autenticidade do mandado e comunicando ao juiz que a decretou, devendo este providenciar, em seguida, o registro do mandado na forma do caput deste artigo. (Incluído pela

¹² _____. Decreto-Lei nº 3.689/41. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º A prisão será imediatamente comunicada ao juiz do local de cumprimento da medida o qual providenciará a certidão extraída do registro do Conselho Nacional de Justiça e informará ao juízo que a decretou. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º O preso será informado de seus direitos, nos termos do inciso LXIII do art. 5º da Constituição Federal e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, será comunicado à Defensoria Pública. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5º Havendo dúvidas das autoridades locais sobre a legitimidade da pessoa do executor ou sobre a identidade do preso, aplica-se o disposto no § 2º do art. 290 deste Código. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6º O Conselho Nacional de Justiça regulamentará o registro do mandado de prisão a que se refere o caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

Percebe-se, portanto, que caso o decreto de prisão esteja, previamente ao ato de prisão, registrado no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões – BNMP 2.0, instituído pela Resolução nº 251 do CNJ, será possível seu cumprimento sem apresentação do mandado no momento de seu cumprimento.

Novamente, surge aqui o fundamento da praticidade e superior interesse público, associados à eficiência da máquina pública na execução de seus atos, dando cumprimento ao disposto no *caput* do artigo 37 da CR/88, com redação dada pela Emenda Constitucional 19 de 1998.

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Ainda, não deve ser ignorado o fundamento, já relatado, de que a ordem existe, é prévia e fundamentada, apenas será mostrada ao custodiado quando de sua apresentação à autoridade judicial que a exarou.

Por fim, vale ressaltar que elementos formais da expedição do mandado de prisão, desde que não digam respeito a validade do próprio ato (como é o caso da exposição dos fatos que o sustentam) são tratados pela jurisprudência como mera irregularidade.

A prisão efetuada em comarca diversa da responsável pela emissão do mandado de prisão, sem a expedição de carta precatória, não torna a prisão ilegal, pois constitui mera irregularidade, perfeitamente sanável, prevalecendo, nessas hipóteses, o interesse público em ver o procurado recolhido ao cárcere. Não há falar em ilegalidade da prisão em virtude de suposta ausência de assinatura no decreto construtivo, pois, no caso, ao que tudo indica, a decisão advém de processo eletrônico com assinatura digital, tratando-se de ordem emanada por autoridade judiciária competente. Ordem denegada” (HC 82207/2015 – MT, 2.^a C. C., rel. Pedro Sakamoto, 29.07.2015, v.u.)

CONCLUSÃO

O trabalho procura desenvolver os elementos básico do mandado de prisão, elencando requisitos formais e necessários para sua expedição. Ao se debruçar sobre a norma em análise, resta evidente que eventual controle de constitucionalidade desta se dará no campo temporal, em razão de ser norma anterior à CR/88.

Para fins de análise foram definidas as seguintes normas presentes no artigo 287 do CPP: (i) em caso de crime inafiançável a falta de mandado não obsta a prisão; (ii) nesse caso deve o preso ser apresentado ao juiz que expediu o mandado; e (iii) será realizado a audiência de custódia nesses casos. Contudo, são relevantes ao trabalho apenas as normas (i) e (ii).

Tratando-se de norma anterior à constituição caberia sua análise, em abstrato pelo STF, por meio de ADPF e apenas verificada sua regularidade material. Sendo a norma debatida reguladora da execução de mandado de prisão, *in casu*, sem apresentação do mandado, deve o confronto de validade da lei em comento ser realizado face os valores constitucionais relacionados ao processo penal.

A conclusão a que se chega é que pretendeu o legislador conferir maior amparo à segurança pública, interesse público, praticidade e eficiência no cumprimento de mandados por crimes inafiançáveis em razão da gravidade em abstrato dos crimes assim tratados. Esse tratamento não ofende a inafastabilidade da jurisdição e o comendo do

artigo 5, LXI, da CR/88, na medida em que a não apresentação do mandado não se equipara à justificação posterior.

Fato é que a norma exige ordem judicial, escrita e prévia ao cumprimento do mandado e o contrário seria verdadeira *contradictio in adjecto*, já que só possível cumprir mandado sem sua apresentação se este existir previamente.

Conforme trabalhado ao longo do texto, exceções à exibição do mandado de prisão são possíveis, desde que fundamentada em razões de superior interesse público, sendo, contudo, a regra, a apresentação do mandado no momento da execução da prisão.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição Federal da República de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em 23 mar. 2022.

_____. Decreto-Lei n° 3.689/41. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Decreto-Lei n° 2.848/40. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm> Acesso em: 08 abr. 2022.

_____. Lei n° 9.882/99. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9882.htm> Acesso em 09 abr. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADPF n° 405/RJ. Relatora: Ministra Rosa Weber. Disponível em <<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4977301>>. Acesso em: 23 mar. 2022

BRASILEIRO, Renato. **Curso de Processo Penal**. Niterói: Impetus, 2013

BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. 5 ed. São Paulo, Saraiva, 2011

CAPEZ, Fernando; COLNAGO, Rodrigo. Código de Processo Penal Comentado. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GALVÃO, Fernando. Direito Penal: Parte Geral. 7ª ed. rev. ampl e atual. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o pacto de São José da Costa Rica.** 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Legislação Penal Especial. 12 ed. São Paulo: Saraiva Jus, 2017.

JARDIM, Afrânio Silva; AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho. Direito Processual Penal 15 ed. Bahia: Juspodivm, 2018

JUNIOR, Aury Lopes. Direito Processual Penal. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2021

LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal: Volume único. 4 ed. rev. Ampl. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2017

NICOLITT, André. Manual de Processo Penal. 9 ed. Minas Gerais: D'Plácido, 2019

NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 16 ed. São Paulo: Forense, 2017.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

AS CONSEQUÊNCIAS DA ANTECIPAÇÃO DE FÉRIAS INDIVIDUAIS ATRAVÉS DE MEDIDAS PROVISÓRIAS

JULIANA DOS REIS HABR: Mestranda em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho pela Escola Paulista de Direito. Bacharel em Direito.

LUCAS ALVES LEMOS HERCULANO¹³

(coautor)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo trazer ao leitor uma reflexão a respeito do direito às férias anuais remuneradas, garantidas constitucionalmente aos empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho e sua finalidade, buscando, através de um viés crítico, elucidar sobre o real fundamento para qual as férias foram criadas, que é o descanso do trabalhador, a proteção à sua saúde física e mental. Passaremos a discorrer sobre as possibilidades de gozo e remuneração das férias, bem como abordaremos as consequências futuras decorrentes da antecipação de férias, individuais através da edição de Medidas Provisórias pelo Governo Federal relativas ao enfrentamento da crise econômica causada pela pandemia da COVID-19. Para a final, concluiremos que o instituto das férias se tornou uma verdadeira “válvula de escape” econômica imediatista objetivando beneficiar empregadores diante da economia estancada, na tentativa de proteger empregos, sem a preocupação com as consequências futuras da antecipação deste importante instituto.

Palavras-Chave: Férias. Antecipação. Medidas Provisórias. Consequências.

ABSTRACT: This article aims to bring the reader a reflection on the right to paid annual vacation, constitutionally guaranteed to employees governed by the Consolidation of Labor Laws and its purpose, seeking, through a critical bias, to elucidate the real basis for which vacations were created, which is the worker's rest, the protection of his physical and mental health. We will discuss the possibilities of enjoying and remunerating vacations, as well as the future consequences of early vacations, through the issuance of Provisional Measures by the Federal Government regarding the confrontation of the economic crisis caused by the COVID-19 pandemic. For the final, we conclude that the vacation institute has become a true immediate economic “escape valve” aiming to benefit employers in the

¹³ Mestrando em Direito na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Especialista em Direito do Trabalho *Lato Sensu* pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

face of stagnant economy, in an attempt to protect jobs, without worrying about the future consequences of anticipating this important institute.

Keywords: Vacation. Anticipation. Provisional Measures. Consequences.

1. INTRODUÇÃO

A Declaração Universal dos Direitos Humanos prevê no artigo 24 que "*toda pessoa tem direito a repouso e lazer, inclusive a limitação razoável das horas de trabalho e a férias periódicas remuneradas*"¹⁴.

Conceituar repouso e lazer não é tarefa fácil em razão das diversas formas pelas quais cada indivíduo considera de fato algo como repouso ou como lazer. Muitas vezes, o repouso pode ser confundido com o lazer; já em outras o lazer pode se distanciar do repouso. A leitura de um bom livro em uma rede pode, para alguns ser considerado um descanso e um lazer; enquanto para outros, executar um circuito de arborismo pode ser ao contrário de ser algo demasiadamente cansativo, um excelente lazer, que trará um enorme bem emocional como físico.

Distanciar o descanso físico do descanso emocional é um grande erro, porque a vida sem o descanso é como uma rosa sem água. A rosa sem água visivelmente demonstra o sofrimento; seus espinhos de proteção sucumbidos pela tristeza serão derrotados e a vida evadir-se-á bem devagar.

O descanso físico e emocional é fundamental para o ser humano, sendo as férias exatamente o período de descanso prolongado. A interrupção do contrato de trabalho se faz necessária para a saúde e bem-estar de cada indivíduo.

Vivenciando tempos de pandemia, inicialmente a Medida Provisória nº 927/2020 dispôs sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 615, de 20 de março de 2020 e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (Covid-19), prevendo a antecipação do direito de férias individuais.

14 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 26 de junho de 2021.

15 BRASIL. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DLG&numero=6&ano=2020&ato=b1fAzZU5EMZpWT794>>. Acesso em 26 de junho de 2021.

Posteriormente, expirou-se a vigência da referida Medida Provisória e no ano de 2021 foi editada a Medida Provisória nº 1.046/2021, prevendo novamente a antecipação do direito de férias individuais, sendo prorrogada a sua vigência através do CN nº 4217 de 15/06/2021.

A grande questão que pretendemos discorrer neste trabalho não são as Medidas Provisórias propriamente ditas, mas sim as consequências futuras para os empregados e empregadores decorrentes da antecipação de férias individuais.

Estamos começando a nos deparar com uma população física e emocionalmente doente, enfrentando dificuldades financeiras em um país desacreditado aos olhos dos brasileiros e de outras nações.

Empregadores, que no presente se ampararam em instrumentos normativos transitórios para manter seus estabelecimentos comerciais “em pé”, enfrentarão em breve tempo as consequências nefastas de medidas imediatistas nos contratos de trabalho.

Quais serão as possíveis consequências para os empregados e empregadores com a antecipação de férias individuais?

Apesar da situação de instabilidade que estamos vivenciando pretendemos demonstrar que Governantes editam instrumentos normativos visando interesses políticos e econômicos presentes, esquecendo-se muitas vezes da pessoa humana e principalmente das consequências futuras destes instrumentos.

2. BREVE DIGRESSÃO SOBRE O INSTITUTO DAS FÉRIAS

Na Constituição Federal brasileira, as férias estão previstas dentre os Direitos Sociais, no artigo 7º, inciso XVII, 18 e, na Consolidação das Leis do Trabalho, do artigo 129 ao artigo 145.

16 BRASIL. Medida Provisória nº 1.046, de 27 de abril de 2021. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 de abril de 2021. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1046.htm>. Acesso em 26 de junho de 2021.

17 BRASIL. Ato do Presidente do Congresso Nacional nº 42, de 15 de junho de 2021. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/norma/34188295>>. Acesso em 26 de junho de 2021.

18 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Capítulo II - DOS DIREITOS SOCIAIS, artigo 7º “*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: inciso XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal*”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 26 de junho de 2021.

Devemos relembrar que " *no plano constitucional, a Constituição de 1934 já arrolava as férias entre os direitos que deveriam estar previstos na legislação do trabalho (art. 121 parágrafo 1º, alínea "f"). De forma correlata dispuseram as Constituições de 1937 (art. 137, alínea "e"), de 1946 (art. 157, VII), de 1967 e de 1988 (art. 7, XVII)*".¹⁹

O Brasil também ratificou as Convenções Coletivas números 52 e 132 da Organização Internacional do Trabalho, Convenções estas específicas sobre férias.

Nas palavras do doutrinador Luciano Martinez:

as férias podem ser conceituadas como um intervalo anual de descanso, garantido constitucionalmente como direito social e outorgado exclusivamente aos trabalhadores exercentes de atividades por conta alheia (empregados, inclusive doméstico, trabalhadores avulsos e servidores ocupantes de cargo público). Trata-se, portanto, de um direito restrito apenas aos empregados e servidores públicos porque seu custeio cabe ao tomador dos serviços.²⁰

As férias visam acima de tudo o descanso do trabalhador, a proteção à sua saúde física e mental, tratando-se de uma necessidade fisiológica do corpo humano reconhecida pelo Tribunal Superior do Trabalho:

Decerto que o instituto das férias atende a objetivos específicos, como a proteção à saúde, segurança laborativa, reinserção familiar, entre outros, propiciando a recuperação das energias físicas e mentais do magistrado. O direito de férias foi tutelado de forma a garantir o atendimento de suas finalidades, impondo inclusive limitação ao direito da Administração de invocar a necessidade de serviços para não concedê-las ao magistrado, definindo que a acumulação pode se dar por até dois meses e, mesmo assim, se houver imperiosa necessidade do serviço. É da sua essência a garantia da integridade do trabalhador. Oriundo do Direito Internacional do Trabalho (Convenções nºs. 52 e 132 da OIT), ingressou em nosso sistema jurídico e, presentemente, tem assento na Constituição Federal, tornando-se dever do Estado garantir a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho, princípios fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 1º, III e IV). O instituto das férias é um dos fatores que assegura a eficácia

19 BARROS, Alice Monteiro. *Curso de Direito do Trabalho*. 4ª ed. São Paulo: LTr, 2008. P. 727.

20 MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva: 2012. P 353.

desses princípios constitucionais. O repouso se configura como norma de ordem pública, em razão de ser de interesse não somente do trabalhador, mas da sociedade e do Estado. Serve à recuperação das energias do trabalhador e permite a inserção do cidadão no seio da família e da comunidade, minimizando os riscos de doenças advindas do excesso de trabalho sem o repouso necessário. Nesse contexto, tem-se que a mens legis é no sentido de que as férias, em regra, sejam sempre concedidas, salvo nos casos excepcionais de necessidade de serviços, situação em que se admite acumulação de até sessenta dias.²¹

O direito de férias individuais é um direito fundamental, visa também a proteção da dignidade da pessoa humana com o resguardo da saúde do trabalhador diante do labor contínuo.

Devemos acrescentar ainda que as férias não são um prêmio, vejamos: *"que o empregador concede ao empregado; é um direito nascido do interesse do Estado em preservar a saúde do trabalhador mediante o repouso anual. Este o motivo por que tal direito é irrenunciável". "Interessa à sociedade que o empregado goze de boa saúde, pois, só assim, continuará sendo útil à coletividade e a seu grupo familiar".*²²

Ao empregado é vedado a renúncia ao direito ao gozo de suas férias, devendo gozá-las no prazo legal previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

3. GOZO E REMUNERAÇÃO DAS FÉRIAS CONFORME PREVISTO NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO.

O artigo 13423 da Consolidação das Leis do Trabalho dispõe que *"as férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período, nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito"*.

21 BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Procedimento de Controle Administrativo- Decisão Administrativa do 19º Tribunal Regional do Trabalho - 3054-61.2014.5.90.0000*, relator: Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, Data de Julgamento: 28/03/2014, Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Data de Publicação: 25/04/2014.

22 SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. *Consolidação das Leis do Trabalho, Comentada*. 45ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2007. P 220.

23 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Capítulo IV – DAS FÉRIAS ANUAIS, artigo 134 "As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito." Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1535.htm#art134>. Acesso em 26 de junho de 2021.

A Lei nº 13.467/2017 alterou o § 1º do artigo supramencionado permitindo o fracionamento das férias em até três períodos com duas condições: concordância do empregado e que um dos períodos não seja inferior a quatorze dias corridos e os demais não sejam inferiores a cinco dias corridos, cada um.

O trabalhador labora 12 meses contínuos e possui até 12 meses após o labor para gozar de suas férias.

Assim, o legislador considerou dois anos o limite máximo que a saúde do ser humano suporta de trabalho contínuo, que ao nosso ver já é um período extremamente longo e exaustivo para o corpo humano.

Segundo Sergio Pinto Martins

as férias visam proporcionar descanso ao trabalhador, após certo período de trabalho quando já se acumularam no organismo toxinas que não foram eliminadas adequadamente. Os estudos da medicina do trabalho revelam que o trabalho contínuo sem férias é prejudicial ao organismo. Sabe-se que, após o quinto mês de trabalho sem férias, o empregado já não tem o mesmo rendimento, principalmente em serviço intelectual.²⁵

Devemos ressaltar, também, que o *caput* do artigo 13526 da Consolidação das Leis do Trabalho prevê que o empregador deverá participar por escrito ao empregado que ele gozará de férias com antecedência mínima de trinta dias, exatamente para que ele possa se programar durante este período de descanso.

No tocante ao início das férias, importante, ainda, observar que a Lei nº 13.467/2017 acrescentou o § 3º ao artigo 134 da CLT, estabelecendo que "*é vedado o*

24 BRASIL. Lei 13.467 de 2017 de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em 26 de junho de 2021.

25 MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2002. P. 513.

26 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Capítulo IV – DAS FÉRIAS ANUAIS, artigo 135 "A concessão das férias será participada, por escrito ao empregado, com antecedência de, no mínimo, 10 (dez) dias, cabendo a este assinar a respectiva notificação." Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1535.htm#art134>. Acesso em 26 de junho de 2021.

27 BRASIL. Lei 13.467 de 2017 de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em 26 de junho de 2021.

início das férias no período de dois dias que antecede feriado ou dia de repouso semanal remunerado".

Com relação à remuneração, a Consolidação das Leis do Trabalho prevê que o pagamento da remuneração das férias será efetuado até 2 (dois) dias antes do início do respectivo período, sendo que o Tribunal Superior do Trabalho editou a recente Súmula 45028, dispondo que é "*devido o pagamento em dobro da remuneração de férias, incluído o terço constitucional, com base no art. 137 da CLT, quando, ainda que gozadas na época própria, o empregador tenha descumprido o prazo previsto no art. 145 do mesmo diploma legal*".

Assim, resta claro que a Consolidação das Leis do Trabalho contém norma coercitiva consubstanciada no seu artigo 13729, que estabelece o pagamento em dobro quando as férias forem concedidas após o prazo previsto no artigo 13430 do referido diploma legal.

4.A ANTECIPAÇÃO DE FÉRIAS INDIVIDUAIS E SUAS CONSEQUÊNCIAS

No início da pandemia da Covid-19 no Brasil foi editada a Medida Provisória 927/20 que previa a possibilidade de antecipação de férias individuais durante o estado de calamidade pública, bastando que o empregador informasse, por escrito ou por meio eletrônico, ao empregado sobre a antecipação de suas férias com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, indicando o período a ser gozado pelo empregado.

A referida Medida Provisória ainda previa que empregado e empregador poderiam negociar a antecipação de períodos futuros de férias, mediante acordo individual escrito.

Conforme já mencionamos, a referida Medida Provisória não está mais em vigor, porém, diversos trabalhadores tiveram suas férias individuais antecipadas, bem como, para evitar o desemprego, negociaram o gozo de férias futuras, ou seja, gozaram férias sem ter sido sequer iniciado o seu período aquisitivo.

A Medida Provisória nº 1.046/2021 por sua vez, novamente previu a possibilidade de antecipação das férias, nos mesmos moldes da previsão anterior, ainda que o período

28 BRASIL. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 450 FÉRIAS. GOZO NA ÉPOCA PRÓPRIA. PAGAMENTO FORA DO PRAZO. DOBRA DEVIDA. ARTS. 137 E 145 DA CLT. Súmulas do TST. Brasília. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_401_450.html#SUM-450>. Acesso em 26 de junho de 2021.

29 BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Capítulo IV – DAS FÉRIAS ANUAIS, artigo 137 "Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração." Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1535.htm#art134>. Acesso em 26 de junho de 2021.

aquisitivo a elas relacionado não tenha transcorrido, inclusive prevendo, a possibilidade adicional de negociar períodos futuros de férias, apenas ressalvando que as férias não poderão ser gozadas em períodos inferiores a cinco dias corridos.

Se não bastasse, ainda é possível que o empregador efetue o pagamento do terço constitucional relativo às férias concedidas durante este período após a sua concessão, até a data em que é devida a gratificação natalina, ficando esta decisão a critério exclusivo do empregador.

Além disso, neste período, a conversão do terço do período das férias em abono pecuniário dependerá da anuência do empregador, e o pagamento da remuneração das férias concedidas em razão do estado de emergência de saúde pública poderá ser efetuado até o quinto dia útil do mês subsequente ao início do gozo de férias.

Assim, desde abril do ano de 2020, trabalhadores, que já iriam permanecer em suas residências em razão da pandemia do Covid-19, passaram a gozar férias justamente durante a pandemia, bastando apenas aviso por meio eletrônico com, no mínimo, quarenta e oito horas antes do gozo e não mais de trinta dias de antecedência, conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

Permitiu-se, dessa forma o gozo de férias referentes a períodos ainda não adquiridos, bem como a antecipação de gozo de férias de períodos futuros.

Diante dessa situação, por exemplo, um trabalhador que deveria ainda laborar por mais 10 meses para adquirir o direito ao gozo de 30 dias de férias e usufruir nos 12 meses subsequentes ao decurso desses 10 meses, passou a gozar antecipadamente de suas férias. E, o que é pior, este mesmo trabalhador, após o gozo dessas férias, ainda pode ter negociado o gozo de suas férias futuras referente ao período aquisitivo posterior ao término deste período aquisitivo mencionado de 10 meses e que já forma antecipados. Neste caso, em menos de três meses o trabalhador poderá ter usufruído de férias que normalmente poderia usufruir em um período de quatro anos.

Há, portanto, empregados que gozaram 60 dias de férias e só voltarão a gozar de suas férias após três anos de trabalho ininterruptos.

E, para completar, esses empregados ainda gozaram férias no momento que não poderiam nem ao menos ir em um parque, praia ou até mesmo visitar familiares em outras cidades. Assim, ao contrário de descansar, iniciaram uma jornada de *stress* físico e mental, lidando com o desconhecido, muitas vezes protegendo seus filhos e demais familiares, atuando como professores primários, ou protegendo os pais, cuidando destes como filhos e outras vezes lidando simplesmente com a solidão.

Aos poucos, enfrentando uma vacinação lenta no país, a prisão temporária da vida está ganhando novos rumos, mas muitos trabalhadores estão fadados a trabalhar anos contínuos antes de usufruir o seu descanso constitucionalmente previsto.

Dessa forma, as férias tornaram-se uma “válvula de escape” econômica para beneficiar empregadores diante da economia estancada, na tentativa de proteger empregos imediatos.

Porém, a qual custo?

Ao nosso ver, com certeza, ao custo do sacrifício da pessoa humana. As férias estão nitidamente ligadas à saúde, ao bem-estar, ao descanso e conseqüentemente à dignidade da pessoa humana.

5.A INTENÇÃO DO LEGISLADOR

Para continuarmos a respondermos à pergunta supra, precisamos analisar a intenção do legislador quando editou Medidas Provisórias prevendo a antecipação de férias individuais.

Quando a pandemia da Covid-19 chegou ao Brasil e o estado de calamidade pública foi instalado, ocorreu a proibição de funcionamento de serviços não essenciais praticamente da noite para o dia e empresários passaram a enfrentar a situação de receita zero.

Além disso, serviços impossibilitados de realizar trabalhos *home office* como comércio de rua, lojas de shoppings centers, passaram a enfrentar o problema da folha de pagamento.

E, neste cenário surgiram interesses políticos acima de tudo e de todos.

Diante da situação provisória e da espera da população pela reação do Governo Federal, o Presidente da República editou a primeira Medida Provisória justificando que estaria protegendo os empregos imediatos e ajudando empresários a lidar com o grande problema que estariam enfrentando.

Porém, na realidade, os interesses políticos e econômicos prevaleceram na intenção do legislador e a dignidade da pessoa humana foi novamente esquecida agindo-se com descaso, mitigando o importante instituto das férias.

O descanso, o lazer, a saúde mental do empregado foram esquecidos, visando acima de tudo a preservação da economia ativa e conseqüentemente do emprego.

O Direito entregue ao legislador em um momento de crise política, econômica e social acarretou o seguinte resultado: emprego aparentemente garantido; Governo ajudando empresários a enfrentarem a grande crise econômica já anunciada; empresários aparentemente mais confortáveis, mas as consequências futuras das medidas imediatistas estão sendo esquecidas.

Segundo o doutrinador português Eduardo Vera-Cruz Pinto:

para defesa da pessoa humana o Direito não pode ser totalmente entregue ao legislador. Ele cuida de outra coisa, tem outra função e finalidade e outra educação; o Direito, como *ius*, é de criação jurisprudencial e a legitimidade das suas regras e soluções afere-se por critérios de *auctoritas* e não de *imperium*. A legitimidade do político e do jurisprudente obedecem a diferentes critérios. A legitimidade política para legislar e o seu *imperium* assentam no voto; a legitimidade jurisprudencial e a sua *auctoritas* assentam na *sapientia* (reconhecida pela sociedade) de encontrar pela *opinio* que interpreta regras jurídicas a solução justa para a paz entre as partes em litígio. Tanto Kant como Hengel automatizaram a legitimidade jurídica da política; mas apenas para substituir a vontade geral (contrato) pela vontade do Estado (soberania). O Direito seria uma emanção da teoria do Estado (Staatslehre) como depois desenvolveu Carl Schmitt, com efeitos desastrosos para o Direito-*ius*.³¹

A intenção do legislador não foi a proteção à vida e à dignidade da pessoa humana em um momento de pandemia, mas sim a acomodação da economia na visão de empresários e políticos.

A mitigação do instituto das férias da forma como foi realizada pode ter resolvido um problema imediatista, mas com certeza visando a acomodação do cenário político e econômico.

Muito fácil o raciocínio técnico: antecipando as férias, o empregador não estaria efetuando o pagamento de salário sem o efetivo trabalho e também não estaria suspendendo contratos de trabalho, no qual empregados não receberiam remunerações, mas simplesmente ocorreria a remuneração de empregados pelos empregadores através do pagamento de férias antecipadas exatamente da mesma forma como ocorreria com o

³¹Eduardo Vera-Cruz. *O Futuro da Justiça*. São Paulo: Editora IASP, 2015. P. 112.

pagamento do salário: até o quinto dia útil do mês subsequente e sem a obrigatoriedade do pagamento imediato de 1/3 Constitucional.

Do ponto de vista econômico e político, uma saída técnica legislativa para acomodar a situação pandêmica que se iniciava, mas, do ponto de vista humanista, uma catastrófica agressão ao ser humano.

Nas palavras do Ministro do Tribunal Superior do Trabalho, Maurício Godinho Delgado:

as férias atendem, inquestionavelmente, a todos os objetivos justificadores dos demais intervalos e descansos trabalhistas, quais sejam, metas de saúde e segurança laborativas e de reinserção familiar, comunitária e política do trabalhador. De fato, fazem parte de uma estratégia concertada de enfrentamento dos problemas relativos à saúde e segurança do trabalho, à medida que favorecem a ampla recuperação das energias físicas e mentais do empregado após longo período de prestação de serviços. São, ainda, instrumento de realização da plena cidadania do indivíduo, uma vez que propiciam sua maior integração familiar, social e, até mesmo, no âmbito mais amplo. Além disso, as férias têm ganhado, no mundo contemporâneo, importância econômica destacada e crescente. É que elas têm se mostrado eficaz mecanismo de política de desenvolvimento econômico e social, uma vez que induzem à realização de intenso fluxo de pessoas e riquezas nas distintas regiões do país e do próprio globo terrestre.³²

As consequências da antecipação de férias individuais com certeza ocorrerão em breve. Empregado e empregadores enfrentarão dificuldades no ambiente de trabalho, na força de trabalho e conseqüentemente no contrato de trabalho. E o Estado acabará enfrentado essas consequências em razão da sobrecarga de afastamentos de trabalhadores decorrentes de doenças ocupacionais ou acidentes de trabalho propriamente dito.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Férias ou desemprego; lazer, descanso ou manutenção do comércio inativo; dignidade da pessoa humana ou sensação de controle econômico e político.

³² DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007. P. 952.

Em um primeiro olhar Medidas Provisórias editadas em estado de calamidade pública, durante o enfrentamento de grave pandemia nunca enfrentado, traz um aparente alento para a população.

Porém, antecipar o gozo de férias individuais de períodos aquisitivos incompletos, e ainda negociar o gozo de férias individuais de períodos aquisitivos futuros da forma como ocorreu e está ainda acontecendo, parece-nos que acarretará um futuro próximo consequências à saúde do trabalhador, e, conseqüentemente, para as relações de trabalho.

Conforme discorreremos no corpo do presente artigo, as férias são destinadas ao descanso físico e mental do empregado. Possuem um propósito específico de renovação.

Medidas Provisórias editadas visando interesses políticos e econômicos presentes, sem a preocupação com a saúde futura dos empregados e conseqüentemente com o futuro das relações empregatícias podem resolver problemas imediatistas, mas com certeza durante anos ocorrerá grande sofrimento físico e emocional decorrentes de trabalhadores fatigados.

Muitos podem pensar que um País que enfrenta grande número de óbitos diários de sua população doente, deve proteger o presente evitando a fome e o desemprego.

Concordamos com essa preocupação, mas questionamos a forma como foi mitigado um instituto tão importante para a dignidade da pessoa humana que é o direito as férias.

Os próximos anos serão difíceis para os empregados, que trabalharão meses contínuos em época em mais precisarão de um descanso, de momentos com a família.

A pessoa humana esquecida será lembrada com o inevitável aumento de acidentes do trabalho em sentido estrito, moléstias ocupacionais físicas e emocionais e conseqüentes afastamentos para tratamento de doenças como stress, depressão e síndrome do pânico.

Vidas salvas hoje, serão vidas perdidas amanhã.

E, não devemos esquecer que trabalhadores são em grande maioria provedores de famílias com filhos menores e idosos dependentes.

O descaso com a pessoa humana, quando se negocia com o empregado fragilizado um direito tão importante como o gozo de suas férias futuras é patente e trará conseqüências futuras nefastas não só para ele, mas para seu empregador, e conseqüentemente para a economia do país acarretando cada vez mais uma sociedade fragilizada.

Devemos ressaltar que o empregado, normalmente para evitar uma rescisão contratual, assina acordos individuais que não lhe são benéficos. E, em um cenário de pandemia, o empregado certamente assinará qualquer acordo relativo à suas férias uma vez que pensará na imediata manutenção de seu emprego.

Alguns meses depois teremos empregados insatisfeitos, cansados, doentes que infelizmente enfrentarão difíceis momentos.

O grande respiro dos empregados lhes foi momentaneamente retirado com a edição de medidas provisórias imediatistas em meio de uma pandemia desastrosa. E, no futuro próximo, quando o descanso será extremamente necessário, empregados não terão como viajar com sua família ou simplesmente passar alguns momentos de lazer, de renovação física e emocional.

A leitura do livro em uma rede ou a prática do arborismo mencionados na introdução deste trabalho terá que esperar, mas será que o corpo humano esperará?

Provavelmente não. O corpo humano não espera. Dará sinais de que o descanso será necessário. E, neste momento, a sociedade enfrentará novas dificuldades econômicas em razão da grande cadeia que se inicia com a relação de trabalho e termina com sociedade abastecida e a economia ativa.

As Medidas Provisórias são provisórias e o legislador deveria acima de tudo ponderar os institutos que estão sendo tratados neste instrumento normativo e principalmente sua natureza, finalidade e consequências futuras.

A vigência destes instrumentos se expira, mas as consequências dos atos praticados com a permissão legal destas medidas ocorrerão de forma coletiva e não individual e a sociedade terá que enfrentar uma nova realidade ainda desconhecida.

Para empregadores as consequências futuras da antecipação do gozo das férias individuais talvez não sejam tão nefastas, principalmente porque detém o Poder de Direção de seus negócios.

Porém, para os empregados que negociaram a antecipação de suas férias individuais, as consequências futuras serão com certeza desastrosas, tanto profissional como física e emocional.

Com relação à Justiça do Trabalho esta será cada vez mais necessária e, em tempos de crise, relembremos a importância de uma Justiça especializada. Os efeitos futuros dos atos praticados com base nestes instrumentos imediatistas serão prolongados ao longo do tempo e a Justiça do Trabalho terá o grande papel de resguardar a dignidade da pessoa humana.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. Ato do Presidente do Congresso Nacional nº 42, de 15 de junho de 2021. Disponível em: < <http://legis.senado.leg.br/norma/34188295>>.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Capítulo IV – DAS FÉRIAS ANUAIS, artigo 134 “As férias serão concedidas por ato do empregador, em um só período nos 12 (doze) meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito.” Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1535.htm#art134>.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Capítulo IV – DAS FÉRIAS ANUAIS, artigo 135 “A concessão das férias será participada, por escrito ao empregado, com antecedência de, no mínimo, 10 (dez) dias, cabendo a este assinar a respectiva notificação.” Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1535.htm#art134>.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Capítulo IV – DAS FÉRIAS ANUAIS, artigo 137 “Sempre que as férias forem concedidas após o prazo de que trata o art. 134, o empregador pagará em dobro a respectiva remuneração.” Redação dada pelo Decreto-lei nº 1.535, de 13.4.1977. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1535.htm#art134>.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Capítulo II - DOS DIREITOS SOCIAIS, artigo 7º “*são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: inciso XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal*”. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>.

_____. Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020. Disponível em: < <https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=DLG&numero=6&ano=2020&ato=b1fAzZU5EMZpWT794>>.

_____. Lei 13.467 de 2017 de 13 de julho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>.

_____. Medida Provisória nº 1.046, de 27 de abril de 2021. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 28 de abril de 2021. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/Mpv/mpv1046.htm>.

_____. Superior Tribunal do Trabalho. Súmula nº 450 FÉRIAS. GOZO NA ÉPOCA PRÓPRIA. PAGAMENTO FORA DO PRAZO. DOBRA DEVIDA. ARTS. 137 E 145 DA CLT. Súmulas do TST. Brasília. Disponível em: [https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas com indice/Sumulas Ind 401 450.html#SUM-450](https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas%20com%20indice/Sumulas%20Ind%20401%20450.html#SUM-450).

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Procedimento de Controle Administrativo- Decisão Administrativa do 19º Tribunal Regional do Trabalho - 3054-61.2014.5.90.0000*, relator: Luiz Philippe Vieira de Melo Filho, Data de Julgamento: 28/03/2014, Conselho Superior da Justiça do Trabalho, Data de Publicação: 25/04/2014.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6ª ed. São Paulo: LTr, 2007.

Eduardo Vera-Cruz. *O Futuro da Justiça*. São Paulo: Editora IASP, 2015.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª ed. São Paulo, Saraiva: 2012.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: Editora Atlas. 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>.

SAAD, Eduardo Gabriel; SAAD, José Eduardo Duarte; BRANCO, Ana Maria Saad C. *Consolidação das Leis do Trabalho, Comentada*. 45ª ed. São Paulo: Editora LTr, 2007.

PSICOPATIA E O DIREITO PENAL: RESPONSABILIDADE DO PSICOPATA FRENTE AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

WERICA PEREIRA DA SILVA:
acadêmica do curso de Direito da
Universidade de Gurupi - Unirg

RESUMO: O presente artigo tem como escopo principal, evidenciar a abordagem dada ao indivíduo acometido por psicopatia, diante de posições doutrinárias e jurisprudenciais frente ao ordenamento jurídico brasileiro. O código penal brasileiro faz uma importante diferenciação entre aqueles que são imputáveis, semi - imputável e os inimputáveis, para que seja aplicada a sanção penal adequada à capacidade intelectual do indivíduo de discernir e entender o caráter ilícito do ato praticado. Ressalta-se que a psicopatia não é uma doença, mas um transtorno de personalidade, que em decorrência de uma anomalia funcional presente no cérebro, causando prejuízos em diversas esferas da vida do indivíduo. Desta forma, surge a demanda jurídica e social para lidar com esses indivíduos como também aplicar meios de punição eficaz a esses seres humanos. Contudo, as personalidades dos psicopatas são distintas dos demais criminosos e daqueles considerados doentes mentais, isso reforça a necessidade de buscar uma solução para enquadrar esses indivíduos no sistema penal brasileiro quando existe prática de condutas delitivas. Deste modo, é necessário o estudo da psicopatia na esfera do sistema jurídico brasileiro, sobre a ótica do Direito Penal.

Palavras-chave: Personalidade antissocial. Culpabilidade. Psicopatia

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONCEITOS DE PSICOPATIA. 3 CARACTERÍSTICAS DA PSICOPATIA. 4 CULPABILIDADE, IMPUTABILIDADE E INIMPUTABILIDADE. 5 RESPONSABILIDADE DO PSICOPATA FRENTE AO SISTEMA JURÍDICO. 6 CONCLUSÃO. 7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Com o passar dos anos, a sociedade sofre mutações assim como o ser humano de maneira isolada. Tais mudanças nos levam a crer que assim como a sociedade, as leis precisam ser alteradas e reformuladas. Temos visto com enorme frequência explanado nas grandes mídias, crimes brutais cometidos por pessoas aparentemente normais, bem sucedidas, sem o menor motivo aparente para tamanha crueldade.

Pessoas portadoras do transtorno de personalidade, conhecido popularmente como psicopatia, oferecem risco constante e crescente, tanto para quem convive próximo, quanto para si mesmo, levando em consideração que esses agentes não entendem as punições que recebem, são dissimulados e desprovidos de qualquer sentimento. Eles com

frequência estão dispostos a ir até o último fio de suas forças para concluírem seus ideais sem ao menos sentirem remorso.

O objetivo principal desta pesquisa é além de analisar as características notórias da psicopatia, é aludir forma como o estado está munido para lidar diretamente com esse transtorno, minimizando os danos que podem vir a ser causados à sociedade. Os crimes praticados por psicopatas, assim como já havia sido ressaltado, possuem uma grande comoção quando divulgados, por tanto, buscamos aqui entender qual o tipo de punição devida a esses indivíduos.

Para finalizar essa pesquisa, o estudo se manteve baseado através de buscas em pesquisas bibliográficas, documental, artigos, livros e em determinados sites que tratam com propriedade e didática simples, porém completa sobre o assunto analisado aqui por meio dessa pesquisa acadêmica.

2. BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE OS CONCEITOS DE PSICOPATA.

O estudo sobre o pensamento e comportamento humano surgiu na Antiguidade com os gregos. Alguns pensadores, como Platão e Aristóteles, passaram a usar da Filosofia para especular sobre o homem e sua interioridade. Etimologicamente, Psicologia significa “estudo da alma”. Para esses filósofos, o termo alma representava a interioridade do ser humano, ou seja, sua parte imaterial, assim como os pensamentos, os sentimentos, a irracionalidade, o desejo, a sensação e a percepção.

O conceito de psicopatia surgiu dentro da medicina legal, quando médicos se depararam com o fato de que muitos criminosos agressivos e cruéis não apresentavam os sinais clássicos de insanidade. Descrições desses pacientes e tentativas de criar categorias nosográficas adequadas aos mesmos são consideradas pela literatura o momento inicial da chamada tradição clínica de estudo da psicopatia.

Existe uma enorme preocupação por parte da ciência jurídica em como descrever quem são os psicopatas ao modo que não podem ser classificados como loucos ou débeis mentais, uma vez que possuem características específicas e apresentam uma personalidade intencionada para a prática de delitos.

Contudo ao longo do tempo, os sujeitos que apresentavam um comportamento diferente daqueles que se enquadravam nas normais sociais e jurídicas eram considerados como loucos, visto que até nos tempos da idade média, indivíduos que tinham comportamentos violentos e antinormativos, eram atribuídos a eles a influência demoníaca. Desta maneira tanto os doentes mentais quanto os criminosos ficavam reclusos e mantidos longe do convívio social. (NUNES, 2013).

Entretanto à medida que a ciência foi evoluindo, tornou-se possível chegar ao vínculo entre a loucura e a consciência. O indivíduo é considerado doente mental porque age sem a sua devida consciência dos seus atos, e o delinquente age conscientemente de forma discordante e antinormativa. (NUNES, 2013).

Ao longo dos séculos o conceito da psicopatia vem sofrendo mutações em razão de ser um alvo de estudo, fazendo com que exista uma complexidade de teorias de contribuem para a compreensão do funcionamento do cérebro do indivíduo portador de transtorno. Portanto é um conceito que em cada época faz surgir fatores tecnológicos, biológicos e científicos que permitem examinar o tema.

Segundo Roberto D. Hare (2013) enquadra-se como transtorno de personalidade anti-social, no manual de diagnósticos e estatísticos das perturbações mentais:

“O transtorno refere-se a um conjunto de comportamentos criminosos anti-sociais, enquanto que a psicopatia é definida como um conjunto de traços de personalidade além dos comportamentos sociais”. (ROBERTO D. HARE, 2013, p.40-41).

Deste modo, ambos os institutos possuem características diferentes. Em suma, os psicopatas não conseguem ascender relações verdadeiras de afeto ou de amor, infere-se que o sujeito possui um déficit de emoção, contudo o psicopata possui um sistema cognitivo completo e intacto.

O psicopata não compartilha de sentimentos, ele é um indivíduo cativante e controlador, no qual já tem seus objetivos definidos e mente com facilidade para alcançá-los, não tem respeito pelo direito do outrem e desrespeita a lei sem nenhuma preocupação, deste modo, de acordo com o ordenamento jurídico, esse comportamento é considerado criminoso.

Para eles o importante é excluir aqueles que tentam atrapalhar os seus planos, são pessoas que não tem o costume de sentir remorso ou arrependimento das coisas que fazem. O ponto de vista é de que os psicopatas não conseguem compreender que é preciso mudar de hábito, mesmos com possíveis correções.

De acordo com Palomba Guido Arturo define a psicopatia:

“Desta forma, considera-se a psicopatia aquele indivíduo que apresenta distúrbios de conduta e de comportamento. São pessoas que ficam na fronteira entre a normalidade mental e doença mental. Esse transtorno decorre do comprometimento de três estruturas psíquicas, quais sejam: afetiva, que está ligada ao sentimento de insensibilidade e indiferença; conação - violação, a

intenção mal dirigida; e a capacidade de crítica, que detona de um movimento voluntário em que o agente não pensa nas consequências". (PALOMBA G. ARTURO, 2003).

Verifica-se que os psicopatas buscam transferir para a vítima a culpa dos seus atos, visto que para os mesmos, as vítimas se põem em situações de perigo, quando se deixam em situações de vulnerabilidade ou por outro motivo que faça atrair os desejos de um psicopata.

Como analisado, o conceito de psicopata não é padronizado, sabe-se que apesar de muitas discussões, algumas características são sempre citadas, sejam elas: dificuldade em se relacionar com pessoas, a falta de afetividade, em regra costuma ser agressivo, sem nenhum respeito com os direitos das pessoas.

3. CARACTERÍSTICAS DA PSICOPATIA.

Cita-se a psicopatia um tema muito complexo de se abordar, devido à relevância em que se acompanha, por lidar com pessoas acometidas por transtornos psicopáticos e por ser tratar de uma doença considerada incurável. Consta-se que a psicopatia é uma doença mental que é ocasionada por ocorrências traumáticas na vida do indivíduo, como também o surgimento de sintomas na infância e na adolescência sinalizando que há algo errado com sujeito.

De acordo com a psicanalista Soraya Hissa de Carvalho "tratar de um psicopata é uma luta inglória, pois não há como mudar sua maneira de ver ou sentir o mundo, psicopatia é um modo de ser". (2011). Nesse sentido, o transtorno não tem cura, já que os psicopatas não sentem remorsos dos seus atos, não se arrependem das coisas que fazem.

Veremos algumas características do psicopata de acordo com Cleckley, que são: A) Charme superficial e boa inteligência; B) Ausência de nervosismo e manifestações psiconeuróticas; C) Ausência de delírios e outros sinais de pensamento; D) Não confiáveis; E) Falta de remorso ou vergonha; F) Tendência a mentira e insinceridade; G) Comportamento antissocial inadequadamente motivado; H) Juízo empobrecido e falha em aprender com a experiência; I) Egocentrismo patológico e incapacidade de amar; J) Pobreza generalizada em termos de reações afetivas; K) Perda específica de insight; L) Falta de reciprocidade nas relações interpessoais; M) Comportamento fantasioso e não convidativo sob a influência de álcool e às vezes sem tal influência; N) Ameaças de suicídio raramente levadas ao fim; O) Vida sexual impessoal, trivial e pobremente integrada; P) Falha em seguir um plano de vida. (1988, p. 337-338).

Existe uma diferença importante há se destacar entre os sintomas e os traços da personalidade do psicopata. Os sintomas retratam os fatores comportamentais que

essencialmente mostram a dificuldade de se adaptar às normas das quais a sociedade impõe, por outro lado, os traços da personalidade dizem respeito às relações com as demais pessoas de seu convívio, aos quais está relacionada ao sentimento de conseguir perdurar as amizades, ou relacionamentos amorosos, a ausência de culpa.

Entretanto, compreende que nem todas as pessoas evidenciam determinadas características como impulsividade, frieza ou insensibilidade, mesmo sem essas características também podem ser consideradas psicopatas. Segundo Hare (2013) “a psicopatia é uma síndrome – um conjunto de sintomas relacionados”. Diferente das pessoas não psicopatas, os considerados psicopatas são carecidos de consciência moral, portanto, não sofrem de constrangimento ou arrependimento, estão livres dos julgamentos da sua consciência moral interna, fazem o que querem de acordo com os seus impulsos destrutivos.

4.CULPABILIDADE, IMPUTABILIDADE, SEMI-IMPUTABILIDADE E INIMPITÁVEIS.

Entende-se a culpabilidade de modo em geral como um juízo de reprovação pessoal, onde é analisada a conduta típica e ilícita praticada pelo agente.

Segundo Coelho (2016):

“A culpabilidade é um juízo de valoração pessoal que recai sobre o fato e seu autor, dessa forma, para que um ato ilícito seja passível de punição legal e necessário ter como condições para a aplicação da pena: a imputabilidade, o potencial conhecimento da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa” (COELHO, 2016).

Se por ventura algumas dessas condições forem afastadas, não será possível executar a aplicação de uma pena, por se tratar de prerrogativas importantes e imprescindíveis para uma sanção. Portanto a culpabilidade é um dos recursos necessários para revelar se o psicopata terá a capacidade para responder ou não, pelos seus atos praticados na esfera criminal.

O que vem ser a culpabilidade? De acordo com César Bittencourt ele fala em sua que:

“Hodiernamente, a culpabilidade é vista como possibilidade de reprovar o autor de um fato punível porque, de acordo com os fatos concretos, podia e devia agir de modo diferente. Sem culpabilidade não pode haver pena e sem dolo ou culpa não pode existir crime. Pelo exposto a responsabilidade objetiva é insustentável no sistema penal brasileiro, que certamente, encapou as ideias da responsabilidade penal subjetiva”. (CÉSAR BITTENCOURT, 2012, P.14).

Por sua vez, podemos concluir que esses elementos por vários momentos possuem um atributo diferenciado por alguns estudiosos, mas em um modo geral se mantém sempre culpável para aquele que possui uma conduta tipificada como ilícita, através de uma reprovação constante ou naquele momento da sociedade em que o agente ali permanece.

O código penal brasileiro diz que a imputabilidade está ligada a culpabilidade, prerrogativa de ser aplicada a pena. Para alguns doutrinadores a culpabilidade possui três requisitos: imputabilidade, uma potencial consciência de ilicitude e exigibilidade de uma conduta diferente. De tal modo, é necessário que o indivíduo seja imputável para que ocorra a aplicação da pena.

A imputabilidade é formada por algumas características, que quando atribuída aos indivíduos, pode ou não aprovar a sua culpabilidade, Coelho e Fiúza citam três, que são; a biológica refere-se à idade do indivíduo, o psicológico diz respeito ao nível de discernimento do sujeito com relação a sua conduta e o biopsicológico que consiste na análise psicológica e biológica, característica adota pelo ordenamento jurídico brasileiro.

De acordo com Greco (2010):

“A imputabilidade é constituída por dois elementos: um intelectual (capacidade de entender o caráter ilícito do fato), ouo volitivo (capacidade de determina-se de acordo com esse entendimento). O primeiro é a capacidade (genérica) de compreender as proibições ou determinações jurídicas. Bettiol diz, eu o agente deve poder ‘prever as repercussões que a própria ação poderá acarretar no mundo social’ deve ter, pois, ‘a percepção do significado ético-social do próprio agir’. O segundo, a capacidade de dirigir a conduta de acordo com o entendimento ético-jurídico. Conforme Bettiol é preciso que o agente tenha condições de avaliar o valor que o impele à ação e, de outro lado, o valor inibitório da ameaça legal”. (GRECO, 2010, p.395).

Desta forma a imputabilidade demonstra aparência cognitiva, e corresponde a capacidade de entendimento, o volitivo, manifesta a competência para controlar e comandar a própria vontade. O indivíduo não será responsabilizado por suas ações, na falta de um desses elementos.

Conforme o artigo 26 do código penal brasileiro classifica o psicopata como um agente parcialmente incapaz de compreender a particularidade ilícita do fato ou de limitar-se conforme esse entendimento.

“Art. 26 – é isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo de ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determina-se de acordo com esse entendimento”.

Então para que o indivíduo seja considerado imputável, precisa possuir sanidade mental e maturidade, uma vez que os atos são direcionados pela capacidade de ter pleno discernimento.

A semi - imputabilidade está no parágrafo único do artigo 26 do CP:

“Parágrafo único. A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determina-se de acordo com esse entendimento”.

Portanto, a semi - imputabilidade é uma circunstância tratada por parte dos autores como “excêntrica”, onde pode encaixar o psicopata nessa situação. Na semi - imputabilidade a responsabilidade do indivíduo é considerada mínima, por causa do seu estado mental no momento do fato ilícito.

A inimputabilidade do sujeito é acometido por doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, quando o agente está inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato. O código penal brasileiro utiliza o critério biopsicológico, isto é, a junção dos critérios biológicos e psicológicos, o biológico versa sobre a anormalidade propriamente dita, e o psicológico versa sobre a capacidade de entender ou de se autodeterminar. Sendo assim, o inimputável não comete crime, logo não é lhe imposto uma pena, mas sim uma medida de segurança.

5. RESPONSABILIDADE DO PSICOPATA FRENTE AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO.

Destaca-se que o psicopata detém a consciência dos seus atos, mas de alguma forma essa consciência é disfuncional por existir uma modificação ética em sua personalidade, diferente do seu processo cerebral cognitivo que é responsável pela capacidade de entendimento e que não apresenta anormalidade. Observa-se que o psicopata não adota a nação de lei, portanto, ele não alcançará sua eficácia de incorporar no agente a ideia de punição e repressão mesmo que ainda seja aplicada a lei. (Trindade, 2012).

Devemos lembrar que para um fato ser considerado crime, faz-se necessário que haja uma conduta típica, antijurídica e culpável. Nesse viés, o comportamento precisa de uma previsão legal que o vede, o fato tem que ser considerado ilícito, ou seja, adverso do que

se encontra no nosso ordenamento jurídico, como também deve ter a imputabilidade, logo, o elemento deverá ter a consciência dos seus feitos.

Existem muitas divergências sobre sem-imputabilidade do agente psicopata de acordo com a grande parte da doutrina jurídica, em virtude que nem os próprios estudiosos do ramo não chegaram a uma validação. Os que escolhem a semi - imputabilidade do sujeito determina que o mesmo saiba discernir entre o que seria correto ou não, mas suas emoções não conseguem fazer essa diferenciação, agindo por esse meio.

Os que não optaram conseqüentemente não acreditam na semi - imputabilidade do psicopata, acredita que eles têm o discernimento completo do que estão fazendo. Portanto, o indivíduo acometido da psicopatia não pode ter sua pena reduzida ou se eximir dela, com o fundamento no caput do artigo 26 do CP.

Rogério Sanches da Cunha cita o doutrinador Nelson Hungria que atestou "a responsabilidade do psicopata" apesar de que com a atenuação facultativa da pena, não é somente uma dedução moderna da psiquiatria, uma necessidade de "defesa social". (HUNGRIA apud CUNHA, 2013).

Como já demonstrado o psicopata é extremamente egoísta, a psicopatia não é uma doença mental, mas o sujeito é insensível a amor, carinho, empatia, ele é indiferente a esses sentimentos para com o próximo. Desta forma, o psicopata não pode ser julgado como inimputável, logo, a psicopatia não é uma doença, por conseguinte, não tem sua capacidade mental, intelectual ou volitiva prejudicada. (BRAYNER, 2016).

Sendo assim, diante dos crimes cometidos pelos psicopatas que fogem da realidade, o Estado deve desempenhar seu papel de prevenção, punição e ressocialização para o indivíduo. O ponto alvo, é que os psicopatas não sofrem os efeitos da coerção, faz - se necessário uma análise mais detalhada sobre a personalidade do indivíduo, antes de aplicar qualquer pena.

No código penal brasileiro existe um vício em se tratando deste assunto, pois é tratado de forma genérica, não enquadrando, os agentes criminosos diagnosticados com a psicopatia em uma ou outra classificação.

Os crimes cometidos pelos psicopatas no Brasil, não raros, como o caso do Monstro do Morumbi que abusou sexualmente e matou em torno de 13 (treze) mulheres nos anos 70. José Paz Bezerra alegava que não controlava sua vontade de matar quando ela surgia inesperadamente. Foram em torno de 24 (vinte e quatro) mulheres mortas por ele, contudo a polícia não conseguiu incriminá-lo por todos os homicídios, acabou sendo acusado por apenas 4 (quatro) assassinatos. (CASOY, 2019).

Percebe-se que seu *modus operandi* de maneira padronizada, característica própria de assassinos em série, e suas vítimas eram sempre encontradas amordaçadas, nuas e com as mãos e pés amarrados. Segundo os laudos psiquiátricos José era descrito como psicopata de tipo sexual, necrófilo e sado masoquista fetichista. O Monstro do Morumbi foi condenado a pena de 30 anos e foi libertado em 2001.

Outro caso bem conhecido e o do Maníaco do Parque, um dos maiores casos de repercussão no Brasil. Conhecido como Francisco de Assis Pereira, ele abusou e assassinou 11 (onze) mulheres, além de estuprar outras nove. Em 2022 foi condenado há mais de 280 anos de prisão, mas a legislação brasileira da época não permitia que a pena passasse de 30 (trinta) anos.

Neste viés, ambos os crimes cometidos por pessoas que possuem transtorno de personalidade, denominados psicopatas, foram responsabilizados penalmente e cumpriram suas penas, no caso do Maníaco do Parque cumpre até hoje. Conclui-se que os psicopatas devem sim ser responsabilizados como qualquer outro sujeito que comete crime, sendo julgados e responsabilizados pelos seus atos.

6.CONCLUSÃO.

Existem vários estudos sobre o tema abordado ao longo dos anos, vários especialistas na área da psicologia, médica, criminal etc., mas até o presente momento ainda não se chegou a um consenso do que fazer e de como devem tratar os psicopatas no nosso ordenamento jurídico.

Considerado como transtorno de personalidade a psicopatia e marcada por características de manipulação, ausência de sentimentos, falta de empatia, egocentrismo. Sujeitos considerados psicopatas podem se infiltrar em qualquer ambiente sem ninguém saber quem realmente são. Mas quando são identificados, fica o questionamento acerca da sua capacidade mental.

Diante disso, conclui-se que existem lacunas a serem preenchidas no direito penal brasileiro, além de haver dificuldades em identificar o psicopata, quando o mesmo é identificado não existe uma lei própria que adéque em tal condição, e isso acaba ficando a critério do magistrado. Neste viés, os tribunais julgam de maneiras diferentes, não unificadas acerca dos psicopatas.

O psicopata possui um sistema de consciência sobre suas ações e tem a capacidade de praticar o mesmo crime, ou outro de maior gravidade. Diante disso, quando concluir sua reclusão, sua reincidência será ainda maior do que de uma pessoa comum.

Portanto é essencial criar uma legislação específica para que essa questão seja tratada de uma forma mais eficaz, objetivando a proteção social para o coletivo. Não se pode deixar um indivíduo considerado psicopata a solta, trazendo um risco a população, faz-se necessário uma mudança no ordenamento jurídico, criando uma lei própria, visto que a atual é bem omissa em relação os psicopatas, logo, objetivando a manutenção do psicopata, após o cumprimento da sua pena, fazendo-se assim, a população se sentir mais segura.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 17º Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRAYNER, Katyane Karla de Melo. **Psicopatas assassinos em série: desafios para o direito penal brasileiro**. Disponível em: <[HTTPS://www.repositorio.asc.es.edu.br](https://www.repositorio.asc.es.edu.br)> Acesso em: 11 de fev. 2022.

CARVALHO, Soraya Hissa de. **Psicopatia não tem cura, e um modo de ser, diz psicanalista**. Disponível em: [HTTPS://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2011/05/psicopatia-nao-tem-cura-e-um-modo-de-se-diz-psicanalista-3323647.html](https://gauchazh.clicrbs.com.br/comportamento/noticia/2011/05/psicopatia-nao-tem-cura-e-um-modo-de-se-diz-psicanalista-3323647.html)> Acesso em dezembro de 2021

CASOY, Ilana. **5 serial killers brasileiros sanguinários**. Disponível em: <[HTTPS://www.darksidede.blog.br/5-serial-killers-brasileiros-sanguinarios/](https://www.darksidede.blog.br/5-serial-killers-brasileiros-sanguinarios/)>. Acesso em 6 de fev. 2022

CLECKLEY, H. M. **The Mask of Sanity: An attempt to Clarify Some Issues About the So-Called Psychopathic Personality**. Fifth Edition. Augusta, Geórgia: Emily S. Cleckley, 1988.

Código Penal Brasileiro (Decreto Lei 2.848/1940). Disponível em: <[HTTPS://www.jus.com.br/tópicos/10637167/artigo-26-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940](https://www.jus.com.br/tópicos/10637167/artigo-26-do-decreto-lei-n-2848-de-07-de-dezembro-de-1940)> Acesso em: 20 de fev.2022.

COELHO, Gabriel Alves; FIÚZA, Cristiano Lazaro. **A figura do psicopata no direito penal brasileiro**. Conteúdo Jurídico. Salvador, BA. 2016. Disponível em: <[HTTPS://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj0577771.pdf/consult/cj0577771.pdf](https://www.conteudojuridico.com.br/open-pdf/cj0577771.pdf/consult/cj0577771.pdf)> Acesso em: 14 de jan. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches. **Curso de Direito Penal: parte geral (arts. 1º ao 20º)**. Salvador: Editora Juspodivim, 2013.

DSM-IV-TR. **Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais**. Tradução Cláudia Dornelles; 4. ed. ver. Porto Alegre: Artmed, 2009.

HARE, Robert D. **Sem consciência: o mundo perturbador dos psicopatas que vivem entre nós**. Tradução de Denise Regina Sales. Porto Alegre: Armed, 2013.

JESUS, Damásio E. de. **Direito penal: parte geral**. 28. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: Parte Geral**. 7. Ed. São Paulo, SP: Revista dos Tribunais, 2011.

NUNES, Laura M.; TRINDADE, JORGE. **Criminologia: Trajetórias Transgressivas**. 1. Ed. Porto Alegre: Livraria do advogado 2013.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde – CID-10

GAZETA, São Paulo. **Memória: Maníaco do Parque aterrorizava as mulheres há 23 anos**. Disponível em: [HTTPS://gazetasp.com.br/noticias/memoria-maniaco-do-parque-aterroizava-as-mulheres-ha-23-anos/1090173](https://gazetasp.com.br/noticias/memoria-maniaco-do-parque-aterroizava-as-mulheres-ha-23-anos/1090173). Acesso em 16 de Março. 2022.

PALOMBA, G. **A Tratado da Psicologia Forense**. São Paulo: Atheneu, 2003.

TRINDADE, J. (2012). **Manual da Psicologia Jurídica para os operadores do Direito**. 6. Ed. Rev. Atual. Em ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

ASPECTOS DO INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

ALEX CARLOS CAPURA DE ARAÚJO: Mestrando em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP. Advogado formado pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2009). cursou Extensão em Direito Imobiliário Material e Processual pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU (2010). Especialista em Direito Processual Civil pela Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC-SP (2013). cursou especialização em Direito do Entretenimento no Instituto Internacional de Ciências Sociais (2015).

Resumo: O presente trabalho visa estudar os aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica. Serão abordados uma breve origem do tema, teorias aplicáveis e os dispositivos legais que versam sobre a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica. Ao se aprofundar no mérito do instituto, serão apresentados os aspectos processuais, a evolução jurisprudencial, os aspectos gerais do incidente e os efeitos que a decisão afeta na esfera patrimonial da parte atingida pelo incidente.

Palavras-chave: Desconsideração da Personalidade Jurídica. Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. Código de Processo Civil.

Abstract: The present paper aims to study the procedural aspects of the disregard of corporate entity. Will be subjects of the paper a short history of the institute, applicable theories and the legal provisions that deal with the possibility of disregarding the legal personality. In a deeper analysis of the institute, there will be presented the procedural aspects, the jurisprudential evolution, the general aspects of the incident and the effects of a decision that attacks the patrimony of the party afflicted by the incident.

Keywords: Disregard of legal personality. Incident of disregard of legal. Civil procedure.

Sumário: 1-Introdução. 2-Conceito. 3-Aspectos do Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica. 4-Decisão que Desconsidera a Personalidade Jurídica; 5-As Modificações Introduzidas Pela Lei N. 13.874/2019 e Os Impactos para o IDPJ; 7-Conclusão; 8-Referências.

Introdução

A presente pesquisa abordará a sensível alteração que a desconsideração da personalidade jurídica sofreu nas últimas décadas, de modo a traçar uma evolução da doutrina, jurisprudência e legislação.

Far-se-á uma análise do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, que estancou de vez uma antiga divergência doutrinária sobre a necessidade de a desconsideração da personalidade jurídica ocorrer por ação própria ou de forma incidental no processo judicial.

Ademais, abordar-se-á a origem e a aplicação nos ramos do Direito brasileiro, empreendendo um breve histórico sobre a legislação, bem como a recente alteração introduzida pela Medida Provisória da Liberdade Econômica no Código Civil brasileiro.

O trabalho demonstrará o formato encontrado pelo Código de Processo Civil de 2015 aliado à prática forense, com os ajustes necessários para que houvesse respeito ao devido processo legal, ampla defesa, dentre outros aspectos e princípios constitucionais.

Conceito

A desconsideração da personalidade jurídica não visa sua desconstituição, busca apenas e tão somente a declaração de ineficácia da separação patrimonial entre determinada pessoa jurídica e aqueles que dela são sócios (pessoas físicas e, eventualmente, outras pessoas jurídicas) para um determinado processo.

O objetivo da desconsideração da personalidade jurídica é relativizar a proteção que a empresa possa trazer aos sócios para que haja a responsabilização patrimonial, diante dos requisitos legais autorizadores.

Apesar de ser denominado como um incidente, possui natureza jurídica de ação processual, configurando uma demanda incidental de responsabilização de terceiro, uma vez constatado, por exemplo, nos termos do artigo 50 do Código Civil, o abuso da personalidade jurídica por parte do sócio, caracterizado tanto pelo desvio de finalidade quanto pela confusão patrimonial.³³ Nos termos de Gilberto Gomes Bruschi, tem-se que:

A desconsideração da personalidade jurídica foi criada pela doutrina com a clara intenção de responsabilizar os sócios das empresas devedoras, com a penhora de bens particulares, quando ocorrer

³³ CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada & Questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 376.

fraudes perpetradas mediante o abuso da autonomia da pessoa jurídica 34.

A desconsideração da personalidade jurídica torna ineficaz, de forma episódica, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica, de modo a possibilitar a comunicação do patrimônio da pessoa física com o da jurídica conforme o caso concreto.³⁵

A doutrina elenca duas teorias de desconsideração da personalidade jurídica, quais sejam:

(a) Teoria Menor: dá-se pela simples prova de insolvência diante de tema referente: ao direito ambiental; ao direito do consumidor; ou à legislação trabalhista;

(b) Teoria Maior: exige o abuso de gestão, ou seja, quando a sociedade é utilizada pelos sócios como instrumento de fraude, referindo-se ao Código Civil.

Em que pese o direito material aplicável, o princípio da satisfação garante que o direito fundamental à tutela executiva “se dê em menor tempo possível e por modo que assemelhe a execução forçada ao cumprimento voluntário da obrigação do devedor”³⁶.

Aspectos do Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica

Anteriormente à vigência do Código de Processo Civil, a doutrina divergia acerca da necessidade de assegurar o exercício do contraditório pelos sócios chamados a integrar a lide.

Gilberto Bruschi, naquela oportunidade, defendia ser dispensável processo autônomo e prévia instauração do contraditório, o que significava dizer que a desconsideração poderia se dar por mera decisão nos autos do processo.³⁷

Fabio Ulhoa Coelho sustentava ser “inafastável a exigência de processo de conhecimento de que participe, no polo passivo, aquele cuja responsabilização se pretende”³⁸, posição esta que não encontrava suporte na jurisprudência que decidia pela

34 BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 130.

35 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 39.

36 ZAVASCKI, Teori Albino. *Título Executivo e liquidação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 72.

37 BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 91.

38 COELHO, Fabio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 79.

“dispensa de citação dos sócios, que podem dispor de instrumentos processuais outros adequados a esse desiderato”³⁹.

Independentemente da posição adotada em período anterior à vigência do atual Código de Processo Civil, concluía-se pela aplicabilidade do instituto no sistema jurídico brasileiro, em que pese a inexistência de legislação específica sobre o procedimento a ser observado.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica encontra-se previsto no Código de Processo Civil de 2015, em seu Capítulo IV, no Livro III, que trata da intervenção de terceiros e é destinado a resolver demandas que pleiteiam a extensão da responsabilidade patrimonial aos sócios de determinada sociedade (ou da própria sociedade, caso se busque a sua responsabilidade – desconsideração inversa).

A disciplina processual do incidente de desconsideração da personalidade jurídica permite que o patrimônio de determinadas pessoas – inicialmente estranhas ao processo – seja atingido, uma vez configuradas determinadas hipóteses autorizadas pelo direito material.

A finalidade do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma das espécies de intervenção de terceiros provocada, tal como a denunciação da lide e o chamamento ao processo, “pois se provoca o ingresso de terceiro em juízo – para o qual se busca dirigir a responsabilidade patrimonial”.⁴⁰

O incidente objetiva assegurar aos participantes o devido processo legal e a ampla defesa, de modo a garantir o que, por muitas vezes, não acontecia diante da lacuna legislativa, com a adequada observância dos princípios constitucionais do devido processo legal:

O CPC 135 apenas fala em “manifestação” do sócio ou da pessoa jurídica. Pressupõe-se, então, que essa manifestação se dará por meio de petição. Mas nessa petição deverão ser apresentadas todas as alegações e argumentos pelos quais não seria possível o reconhecimento de confusão patrimonial ou desvio de finalidade, bem como requeridas provas necessárias. É praticamente uma contestação àquele pedido incidente. A obrigatoriedade da cotação

39 STJ, Terceira Turma, AgRg no Recurso Especial 1459843-MS, Relator Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 23.10.2014. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em: 22 jun. 2021.

40 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 521.

e não mera intimação, do sócio ou da pessoa jurídica é forma de garantir-se amplamente o contraditório (CF 5º. LV).⁴¹

Ao estancar antiga divergência doutrinária sobre a necessidade de ajuizamento de ação própria ou de forma incidental, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica assegurou o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal:

[...] Suprindo a lacuna processual, o Código atual cuidou da matéria nos arts. 133 a 137, traçando o procedimento a ser adotado na sua aplicação, de maneira a submetê-lo, adequadamente, à garantia do contraditório, ampla defesa. Doravante, portanto, a sujeição do patrimônio do terceiro em razão da desconsideração só poderá ser feita em juízo com a estrita observância do procedimento incidental instituído pelo CPC/2015.⁴²

O Código de Processo Civil assegura a necessidade de requerimento da parte ou do Ministério Público a fim de que seja instaurado o incidente de desconsideração; tal opção tem como fundamento a inércia da jurisdição, de forma a evitar, assim, a aplicação *ex officio* do instituto.

O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial, por meio de um incidente processual.

O Código de Processo Civil, inclusive, ampliou a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que reconhece expressamente a possibilidade de desconsideração da personalidade de pessoa jurídica no próprio processo de conhecimento, assim como perante o tribunal.

Em que pese a nomenclatura adotada pelo Código de Processo Civil, a pretensão de corresponsabilização é cabível por meio do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, uma vez que, reconhecida a presença dos requisitos de direito material para o acatamento do requerimento da desconsideração, torna-se perfeitamente possível que a responsabilidade se estenda para um ex-sócio ou administrado que praticou o ato fraudulento.

41 NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 627.

42 THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 401.

Neste sentido, leciona Cassio Scarpinella Bueno:

[...] Para quem entender como este Curso que, a despeito da nomenclatura empregada pelo Código de Processo Civil, o incidente aqui estudado é apto a alcançar outras formas de corresponsabilização de sócios e também de administradores, as razões respectivas, sempre de acordo com o direito material, devem ser apresentadas no requerimento respectivo, sem prejuízo da produção da prova correspondente que seja possível de acompanhar o pedido.⁴³

Nesse mesmo diapasão, Gilberto Bruschi assevera que:

[...] Houve a instauração do incidente para a desconsideração, mas não há necessidade de que se instaure novo incidente para a extensão da responsabilidade para os ex-sócios, uma vez que já foi observada a presença dos requisitos de direito material para que fosse acatado o requerimento de desconsideração, sendo perfeitamente possível uma decisão interlocutória prima facie para que a responsabilidade se estenda para o ex-sócio que praticou o ato fraudulento ou que dele se beneficiou, facultando a ele a oposição de embargos de terceiro preventivos ou repressivos.⁴⁴

Visando conferir efetividade no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a doutrina largamente vem defendendo a possibilidade de deferimento de tutela provisória, conforme se depreende do excerto a seguir:

[...] aplica-se ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica o regime da tutela provisória da urgência. Pode-se, então, pedir a antecipação dos efeitos da desconsideração, uma vez preenchidos os pressupostos gerais da tutela de urgência (arts. 300 e ss., CPC).⁴⁵

O sócio ou pessoa jurídica será citado para, no prazo de 15 (quinze) dias, manifestar-se no processo apresentando sua defesa e também assegurando a ampla

43 BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. p. 576.

44 BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Recuperação de Crédito*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 305.

45 DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 645.

produção das provas que entender cabíveis, não ficando excluída a possibilidade de o juiz realizar audiência, colhendo prova testemunhal, ou realizar inspeção judicial.⁴⁶

Objetivando conferir proteção e o conhecimento de terceiros, o Código de Processo Civil determina que a instauração do incidente seja imediatamente comunicada ao cartório distribuidor, de modo a conferir publicidade ao incidente.

Assim, estacando de uma vez por todas antigas divergências da jurisprudência, o Código de Processo Civil definiu expressamente a possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Decisão que desconsidera a Personalidade Jurídica

O artigo 136 do Código de Processo Civil limitou-se às decisões proferidas em caráter incidental ou no decorrer do curso do processo, enquadrando-se na hipótese constante no artigo 203, § 1º, do Código de Processo Civil, sendo impugnável, portanto, por meio de recurso de Agravo de Instrumento.

Entretanto, quando a decisão desconsidera – ou não – a personalidade jurídica requerida na petição inicial do processo, estar-se-á diante de uma sentença, razão pela qual deverá ser impugnada por meio de Recurso de Apelação.

Em que pese este tema não gerar maiores controversas na doutrina e na jurisprudência, é importante pontuar o entendimento que esta última firmou no tocante à condenação aos ônus da sucumbência, quando a desconsideração da personalidade jurídica ocorrer de forma incidental.

Apesar de o art. 85, § 1º, do Código de Processo Civil não mencionar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o *caput* do referido artigo menciona que “são devidos honorários advocatícios na reconvenção, no cumprimento de sentença, provisório ou definitivo, na execução, resistida ou não, e nos recursos interpostos, cumulativamente”.⁴⁷

A título de exemplo, tem-se a hipótese do parágrafo único do art. 129 do Código de Processo Civil, que aborda a denunciação da lide: “se o denunciante for vencedor, a

⁴⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 21. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 290.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

ação de denunciação não terá o seu pedido examinado, sem prejuízo da condenação do denunciante ao pagamento das verbas de sucumbência em favor do denunciado”.⁴⁸

Nessa situação, resta evidente que o sistema processual permite, em hipóteses nas quais ocorra o encerramento do processo por meio de decisões que determinem parcialmente o mérito, a condenação ao vencido de que efetue pagamento de honorários advocatícios ao advogado do vencedor.

Todavia, não é este o entendimento que vem sendo consolidado pela jurisprudência⁴⁹, que, ao analisar literalmente o texto legal, vem afastando a condenação em verbas de sucumbência, por ausência de previsão legal.

Tal como visto neste trabalho, em que pese a nomenclatura do incidente da desconsideração da personalidade jurídica ser tratada pelo Código de Processo Civil como um incidente, possui natureza jurídica de ação processual.⁵⁰

Ao revés de outros incidentes processuais típicos, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica tem por mira a pretensão de condenação de terceiro pela responsabilização patrimonial, o que reforça que o incidente possui natureza jurídica de ação.

48 BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

49 “Não é cabível a condenação em honorários advocatícios em incidente processual, ressalvados os casos excepcionais. Precedentes. Tratando-se de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o descabimento da condenação nos ônus sucumbenciais decorre da ausência de previsão legal excepcional, sendo irrelevante se apurar quem deu causa ou foi sucumbente no julgamento final do incidente”. REsp 1845536/SC, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 26/05/2020, DJe 09/06/2020.

AGRAVO DE INSTRUMENTO – Incidente de desconsideração da personalidade jurídica – Decisão que rejeitou o pedido de reconhecimento de grupo econômico entre terceira empresa, a agravada, e a empresa interessada, está a executada – À míngua de circunstâncias que indiquem a configuração de grupo econômico, ou, ainda, outra forma de fraude perpetrada para fins de frustrar os direitos do credor, resta obstado o acolhimento da pretensão da agravante – Descabe a condenação no pagamento de honorários advocatícios em incidentes processuais, tais como de desconsideração da personalidade jurídica, já que não se enquadra no rol das decisões judiciais que admitem a condenação na verba honorária sucumbencial, nos termos previstos no art. 85, e § 1º, do Novo CPC – Precedentes do C. STJ, desta Câmara e deste Egrégio Tribunal – Condenação desconstituída - Decisão em parte modificada. Recurso parcialmente provido. TJSP; Agravo de Instrumento 2074883-49.2021.8.26.0000; Relator (a): José Wagner de Oliveira Melatto Peixoto; Órgão Julgador: 37ª Câmara de Direito Privado; Foro de Guarulhos - 6ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 07/05/2021; Data de Registro: 07/05/2021.

50 CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada & Questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 376.

Versando sobre a hipótese de o pleito de desconconsideração da personalidade jurídica ser formulado na petição inicial do processo, não seria difícil concluir que a decisão proferida faz coisa julgada formal.

Neste sentido, o STJ reconheceu a formação de coisa julgada em decisão que rejeitou novo pedido de desconconsideração da personalidade jurídica com novos fundamentos.⁵¹

Em sentido contrário, encontra-se jurisprudência também do STJ⁵² pela inexistência de formação de coisa julgada, por se tratar de decisão interlocutória proferida

51 RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. SÓCIOS EXCLUÍDOS EXPRESSAMENTE DA LIDE, SEM APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR, NA FASE DE CONHECIMENTO. FASE DE CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. NOVO PEDIDO DE DESCONSIDERAÇÃO, PELA MESMA RAZÃO: ENCERRAMENTO IRREGULAR DA PESSOA JURÍDICA. INVIABILIDADE.

QUESTÃO ANTERIORMENTE DECIDIDA. COISA JULGADA (CPC/73, ART. 467).

RECURSO PROVIDO.

1. Na hipótese, decisão proferida na fase de conhecimento, transitada em julgado, afastara a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e afirmara a inexistência de pressupostos processuais e materiais necessários a aplicação da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, com base no art. 50 do Código Civil.

2. Nesse contexto, é inviável a modificação de tal entendimento, quando do cumprimento da sentença, para se aplicar agora ao caso, com base na mesma razão já antes examinada, a Teoria Menor da Desconconsideração da Personalidade Jurídica e o CDC, afastados no título judicial, sob pena de ofensa à coisa julgada.

3. Recurso especial provido. REsp 1473782/MG, Rel. Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 15/08/2017, DJe 31/08/2017.

52 RECURSO ESPECIAL. CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DECRETAÇÃO INCIDENTAL. POSSIBILIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO. AÇÃO AUTÔNOMA. COGNIÇÃO AMPLA. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALEGAÇÃO. POSSIBILIDADE. COISA JULGADA. ART. 472 DO CPC/1973. NÃO CONFIGURAÇÃO. PRECLUSÃO. ART. 473 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. ART. 50 DO CC/2002. REQUISITOS. COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. CONFIGURAÇÃO.

1. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n^{os} 2 e 3/STJ).

2. O ato que determina a desconconsideração da personalidade jurídica em caráter incidental no curso de processo de execução não faz coisa julgada, por possuir natureza de decisão interlocutória. Decisões interlocutórias sujeitam-se à preclusão, o que impede a rediscussão da matéria no mesmo processo, pelas mesmas partes (art. 473 do CPC/1973). Precedentes. 3. O trânsito em julgado da decisão que desconsidere a personalidade jurídica torna a matéria preclusa apenas com relação às partes que integravam aquela relação processual, não sendo possível estender os mesmos efeitos aos sócios, que apenas posteriormente foram citados para responderem pelo débito.

4. A jurisprudência do STJ admite a desconconsideração da personalidade jurídica de forma incidental no âmbito de execução, dispensando a citação prévia dos sócios, tendo em vista que estes poderão exercer seus direitos ao contraditório e à ampla defesa posteriormente, por meio dos instrumentos processuais adequados

em incidente processual, incidindo, portanto, os efeitos da preclusão e não da coisa julgada.

Em que pese a divergência na jurisprudência sobre a eficácia da formação de coisa julgada no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, parece que os efeitos estariam limitados ao processo em que a decisão foi proferida, passando a serem legítimos os atos constitutivos dos bens dos sócios (pessoa física ou jurídica).

Modificações introduzidas pela Lei nº 13.874/2019 e os impactos para o IDPJ

A Lei da Liberdade Econômica (MP 881 – Lei nº 13.874/2019) é regida pelos princípios: (i) da liberdade como garantia no exercício de atividades econômicas; (ii) da boa-fé do particular perante o Poder Público; (iii) da intervenção subsidiária e excepcional do Estado sobre o exercício das atividades econômicas; e (iv) do reconhecimento da vulnerabilidade do particular perante o Estado.

As modificações introduzidas pela Lei nº 13.874/2019 no artigo 50 do Código Civil têm mostrado um impacto no Incidente da Desconsideração da Personalidade Jurídica, como se verifica por meio de decisões do Tribunal de Justiça de São Paulo.

A decisão⁵³ utilizou a Lei nº 13.874/2019 como fundamento jurídico e previu a necessidade de demonstração do preenchimento dos requisitos legais estabelecidos na atual redação do artigo 50 do Código Civil.

(embargos à execução, impugnação ao cumprimento de sentença ou exceção de pré-executividade). Precedentes.

5. Para aplicação da teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica (art. 50 do CC/2002), exige-se a comprovação de abuso, caracterizado pelo desvio de finalidade (ato intencional dos sócios com intuito de fraudar terceiros) ou confusão patrimonial, requisitos que não se presumem mesmo em casos de dissolução irregular ou de insolvência da sociedade empresária.

Precedentes.

6. Afastada a preclusão indevidamente aplicada na origem, deve ser garantida aos sócios a possibilidade de produzirem prova apta, ao menos em tese, a demonstrar a ausência de conduta abusiva ou fraudulenta no uso da personalidade jurídica, sob pena de indevido cerceamento de defesa.

7. Recurso especial provido. REsp 1572655/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018.

53 Agravo de Instrumento. Direito Empresarial. Cumprimento de sentença condenatória proferida em ação versando sobre uso indevido de nome empresarial. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica. Art. 28, § 5º do CDC. Inaplicabilidade. Relação de consumo não configurada. CDC inaplicável em relações interempresariais [sic]. Análise da situação concreta à luz do art. 50 do Código Civil. A simples alegação de dissolução irregular de sociedade, sem comprovação ou indícios das violações previstas no art. 50 do CC/2002, ainda que em harmonia com a insuficiência de bens, não se erige em motivo, por si só, suficiente

Em igual sentido, vale destacar o enrijecimento da jurisprudência⁵⁴ quando não preenchidos os requisitos legais autorizadores, o incidente da desconsideração da personalidade jurídica quiçá deverá ser processado.

para ser deferida a desconsideração da personalidade jurídica. Decisão denegatória mantida. Inteligência da Lei nº 13.874/2019: Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Agravo desprovido. TJSP; Agravo de Instrumento 2075622-56.2020.8.26.0000; Relator (a): Pereira Calças; Órgão Julgador: 1ª Câmara Reservada de Direito Empresarial; Foro de Bebedouro - 2ª Vara; Data do Julgamento: 10/09/2020; Data de Registro: 10/09/2020.

54 Processual. Execução. Incidente instaurado pela exequente com vistas apenas ao reconhecimento de grupo econômico entre a executada Anvid e outras empresas. Decisão de acolhimento, com inclusão das indigitadas integrantes do grupo no polo passivo. Recurso em nome da própria executada, além das demais. Falta de interesse recursal quanto à primeira, por já ser naturalmente integrante do polo passivo. Agravo não conhecido quanto a ela. Processual. Empresa apontada como integrante do grupo (Montezuma) que, embora não tenha figurado como ré na fase de conhecimento, firmou acordo em execução, assumindo responsabilidade pessoal pela dívida e sendo assim incluída no polo passivo da execução. Falta de interesse recursal também quanto a ela. Agravo de instrumento não conhecido nessa parte. Compra e venda. Cobrança. Cumprimento de sentença. Incidente de reconhecimento de grupo econômico. Pedido da exequente a rigor inepto, pela falta de indicação do nexa jurídico entre esse aspecto e a inclusão das supostas integrantes do grupo no polo passivo. Inexistência, no plano obrigacional, de solidariedade automática entre empresas integrantes de grupo econômico. Preservação da autonomia das personalidades e bem assim das relações jurídicas correspondentes. Empresas agravantes que não são coobrigadas e que, de resto, não poderiam de toda forma, ainda se o fossem, vir a ser incluídas na relação processual apenas em execução de sentença, por força do disposto no art. 513, § 5º, do CPC. Preservação, no mais, também da autonomia patrimonial das empresas. Impossibilidade de afetação do patrimônio de uma por dívidas de outras senão em caso de desconsideração da personalidade jurídica, presentes os requisitos legais correspondentes. Exequente que não fez, em seu pedido, sequer alusão a qualquer das hipóteses do art. 50 do Código Civil (abuso no emprego da personalidade por confusão patrimonial ou desvio de finalidade). Previsão legal expressa, além do mais, introduzida pela Lei de Liberdade Econômica, no sentido de não bastar o reconhecimento de grupo para a desconsideração da personalidade dos integrantes (art. 50, § 4º, do CC, com a redação da Lei nº 13.874/2019). Decisão agravada reformada, para afastar a inclusão no polo passivo da execução das agravantes. Agravo de instrumento provido na parte conhecida. TJ-SP - AI: 22658179520208260000 SP 2265817-95.2020.8.26.0000, Relator: Fabio Tabosa, Data de Julgamento: 22/02/2021, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/02/2021.

Processual. Execução. Incidente instaurado pela exequente com vistas apenas ao reconhecimento de grupo econômico entre a executada Anvid e outras empresas. Decisão de acolhimento, com inclusão das indigitadas integrantes do grupo no polo passivo. Recurso em nome da própria executada, além das demais. Falta de interesse recursal quanto à primeira, por já ser naturalmente integrante do polo passivo. Agravo não conhecido quanto a ela. Processual. Empresa apontada como integrante do grupo (Montezuma) que, embora não tenha figurado como ré na fase de conhecimento, firmou acordo em execução, assumindo responsabilidade pessoal pela dívida e sendo assim incluída no polo passivo da execução. Falta de interesse recursal também quanto a ela. Agravo de instrumento não conhecido nessa parte. Compra e venda. Cobrança. Cumprimento de sentença. Incidente de reconhecimento de grupo econômico. Pedido da exequente a rigor inepto, pela falta de indicação do nexa jurídico entre esse aspecto e a inclusão das supostas integrantes do grupo no polo passivo. Inexistência, no plano obrigacional, de solidariedade automática entre empresas integrantes de grupo econômico. Preservação da autonomia das personalidades e bem assim das relações jurídicas correspondentes. Empresas agravantes que não são coobrigadas e que, de resto, não

A redação original do Código Civil estabelecia genericamente que o abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, autorizaria a desconsideração da personalidade jurídica, a fim de atingir o patrimônio dos sócios ou administradores da pessoa jurídica. A nova redação do artigo 50, trazida por meio da Lei nº 13.874/2019, enrijeceu as hipóteses de desconsideração da personalidade jurídica, conceituando expressamente as hipóteses autorizadoras para a aplicação do instituto.

Destaca-se a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica somente do sócio ou administrador que tenha se beneficiado – ainda que indiretamente – do abuso. No artigo 50 também foram inseridos parágrafos que disciplinam os requisitos alternativos a serem preenchidos para que seja autorizada a desconsideração da personalidade jurídica.

Conclusão

Em linhas gerais, além destas expostas no presente trabalho, a novidade do instituto, derivado do direito material, constitui um aperfeiçoamento pela modalidade de incidente processual, abordando todos os aspectos controvertidos sobre o tema.

O Código de Processo Civil trouxe transparência e segurança jurídica aos atos processuais em que se visa responsabilizar terceiros, assegurando o regular exercício do contraditório e da ampla defesa ao sócio ou à pessoa jurídica a qual se busca responsabilizar.

Desta forma, preencheu uma lacuna legislativa, reconhecendo o que se mostrava muito controverso na doutrina e na jurisprudência, ante a ausência de previsão legal sobre o instituto da desconsideração da personalidade jurídica.

A dificuldade anteriormente enfrentada na prática forense atualmente é preenchida em razão do reconhecimento expresso da legislação, com amplo

poderiam de toda forma, ainda se o fossem, vir a ser incluídas na relação processual apenas em execução de sentença, por força do disposto no art. 513, § 5º, do CPC. Preservação, no mais, também da autonomia patrimonial das empresas. Impossibilidade de afetação do patrimônio de uma por dívidas de outras senão em caso de desconsideração da personalidade jurídica, presentes os requisitos legais correspondentes. Exequente que não fez, em seu pedido, sequer alusão a qualquer das hipóteses do art. 50 do Código Civil (abuso no emprego da personalidade por confusão patrimonial ou desvio de finalidade). Previsão legal expressa, além do mais, introduzida pela Lei de Liberdade Econômica, no sentido de não bastar o reconhecimento de grupo para a desconsideração da personalidade dos integrantes (art. 50, § 4º, do CC, com a redação da Lei nº 13.874/2019). Decisão agravada reformada, para afastar a inclusão no polo passivo da execução das agravantes. Agravo de instrumento provido na parte conhecida. TJ-SP - AI: 22658179520208260000. SP 2265817-95.2020.8.26.0000, Relator: Fabio Tabosa, Data de Julgamento: 22/02/2021, 29ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 22/02/2021.

procedimento, observação e preenchimento de sensível lacuna legislativa, visando assegurar o resultado prático efetivo dos provimentos executivos.

A Lei da Liberdade Econômica, de igual forma, preencheu sensível lacuna na legislação material, de modo a reforçar a autonomia patrimonial da pessoa jurídica e a preservação da empresa, coibindo, dessa forma, o uso do instituto da desconsideração da personalidade jurídica tão empregado em razão da ausência de bens para satisfação de seus credores.

Portanto, conclui-se que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica positivado pelo Código de Processo Civil proporcionou uma segurança jurídica alinhavada com os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do direito creditório, possibilitando a harmonização dos interesses em conflito.

Referências

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 21. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 03 mar. 2022.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. *Recuperação de Crédito*. 2. ed. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. v. 3. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CAVALCANTI, Marcos de Araújo. *Coisa Julgada & Questões prejudiciais: limites objetivos e subjetivos*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

COELHO, Fabio Ulhoa, *Curso de Direito Comercial*. v. 2. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 1. 18. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. execução. 10. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 3. 53. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Título Executivo e liquidação*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

CESSÃO DE CRÉDITOS TRABALHISTAS – ANÁLISE JURÍDICA FRENTE À NATUREZA ALIMENTAR DO CRÉDITO

MARCOS D'ANGELO FARIA:

Mestrando em Direito do Trabalho na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Advogado.

Resumo A cessão de crédito, que encontra assento no art. 286 e seguintes do Código Civil, é instituto através do qual o credor cede a terceiro o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei ou a convenção com o devedor. Se no âmbito das relações civis a possibilidade da cessão de crédito é indiscutível, sendo restrita apenas nas hipóteses previstas expressamente pelo legislador, no que tange aos créditos trabalhistas a questão jurídica da possibilidade deles mesmos serem objeto de cessão é tema que tem sido discutido contemporaneamente pela doutrina e pela jurisprudência, considerando a ausência de previsão legal específica, a natureza alimentar dos mesmos e a proteção do trabalhador. Ainda que se admita essa possibilidade de cessão de créditos trabalhistas, outra questão subjacente a ser analisada diz respeito à competência da Justiça do Trabalho para a discussão sobre o crédito, que a questão passaria a ser discutida entre ex-empregador e um terceiro, alheio à relação de emprego. O objetivo do presente artigo é analisar a questão jurídica posta e concluir sobre a possibilidade de os créditos trabalhistas serem objeto de cessão

Palavras-chave Cessão de crédito; Relação de emprego; Natureza alimentar; Proteção do trabalhador; competência da Justiça do Trabalho.

Sumário 1. Cessão de crédito – instituto de natureza civil; 2. Crédito trabalhista – natureza alimentar; 3. Competência da Justiça do Trabalho; 4. Cessão de crédito trabalhista – outras questões; 5. Conclusão.

1.Cessão de crédito – instituto de natureza civil

Como uma das espécies de transmissão de obrigações, a cessão de crédito, prevista nos artigos 286 a 298 do Código Civil é o negócio jurídico através do qual o credor de uma obrigação (cedente), transfere a um terceiro (cessionário), sua posição ativa na relação obrigacional. A cessão de crédito é possível se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei ou a convenção entre o devedor, e, não havendo qualquer desses impedimentos, independe da autorização do devedor (cedido).

Fabrizio Zamprogna Matiello conceitua cessão de crédito como sendo *"a transferência que faz o credor (cedente), a outrem (cessionário), de seus direitos creditórios em determinada relação obrigacional, no todo ou em parte. Tal transmissão, que pode ser onerosa ou gratuita, independe do assentimento do devedor (cedido) e o mantém atrelado ao dever jurídico, observada, porém, a alteração subjetiva no polo ativo da obrigação."*

A cessão de crédito pode se dar de forma gratuita ou de forma onerosa, sendo negócio jurídico que não exige qualquer forma especial para que tenha validade jurídica entre as partes.

No âmbito das relações civis, inclusive em decorrência da expressa previsão legal, a utilização da cessão de crédito como uma das formas de transmissão de obrigações é bastante utilizada, inclusive em relação a créditos obtidos em decorrência de processos judiciais.

No entanto, no âmbito trabalhista, como se verá nos itens a seguir, a aplicabilidade e a validade da cessão de créditos do trabalhador, em especial os obtidos em reclamações trabalhistas, não é tema pacífico e, exatamente por isso, o presente artigo pretende discutir a questão.

Antes de adentrarmos à análise específica, porém, e como forma, inclusive, de trazer elementos para a fundamentação do raciocínio a ser desenvolvido a respeito, é importante citar que a doutrina civilista aponta e analisa as hipóteses de restrição à validade da cessão de crédito, entre as quais estão situações que, aparentemente, levam à conclusão de não ser possível a cessão de crédito trabalhista.

Nesse sentido, Carlos Roberto Gonçalves afirma que não podem ser objeto de cessão, entre outros, os créditos referentes aos vencimentos de funcionários ou os créditos por salários. Ora, se os créditos salariais não podem ser objeto de cessão, considerando que os créditos trabalhistas obtidos em ações trabalhistas têm origem e são calculados a partir do salário, e têm natureza alimentar, como admitir sua cessão?

Flávio Tartuce aponta que não é possível ceder o crédito decorrente da obrigação de alimentos (art. 1.707, CC). Ora, considerando que o crédito trabalhista tem natureza alimentar, a questão que se coloca, mais uma vez, é como admitir sua cessão?

2. Crédito trabalhista – natureza alimentar

Os créditos trabalhistas são dotados de natureza alimentar, constituindo fonte de subsistência e necessidades básicas vitais do trabalhador e de sua família. São créditos, portanto, com destinação específica fundada na dignidade humana.

Exatamente por isso o ordenamento jurídico brasileiro reveste o crédito trabalhista de uma série de proteções, seja no curso da relação de emprego, seja quando o mesmo esteja sendo discutido no âmbito de processo trabalhista ajuizado pelo trabalhador em face de seu empregador.

No entanto, a realidade dos processos trabalhistas em trâmite na Justiça do Trabalho leva a diversos questionamentos sobre a prevalência dessa proteção do crédito de natureza alimentar, mesmo em situações em que a demora do trâmite processual pode levar o trabalhador a situação de necessidade, sem que essa natureza alimentar do crédito possa lhe assegurar a dignidade de prover o seu sustento e o de sua família.

A demora do Judiciário em entregar de forma rápida e efetiva o resultado da demanda judicial distribuída pelo trabalhador é realidade que não se pode negar. Segundo dados do Tribunal Superior do Trabalho, o tempo médio entre o ajuizamento de uma ação e o seu encerramento, no próprio Tribunal Superior - em 2019 - era de 1 ano, 5 meses e 26 dias; nos Tribunais Regionais do Trabalho, 10 meses e 7 dias, e, nas Varas do Trabalho, de 7 meses e 28 dias na fase de conhecimento e de 4 anos, 2 meses e 23 dias na fase de execução.

Ou seja, a lentidão do Judiciário Trabalhista é fator determinante para que cessão de créditos trabalhistas seja vista como uma alternativa, juridicamente fundamentada e que dá garantia à natureza alimentar do crédito, já que é um meio de antecipar o pagamento ao reclamante da verba que já lhe foi constituída por decisão judicial, mas que por fatores diversos acabará sendo disponibilizada somente após longos períodos de tramitação processual.

Portanto, é nítido que o interesse dos reclamantes na venda do crédito judicial é enorme, ainda mais com a possibilidade de recebimento dos valores em tempo muito menor, se desvencilhando do próprio risco do processo, que passa a ser da empresa cessionária e não mais do reclamante cedente.

Não existe, em nosso entender, qualquer óbice para que o empregado ceda a um terceiro interessado o seu crédito reconhecido por sentença transitada em julgado, legitimando, assim, o cessionário a promover a execução ou nela prosseguir, conforme o caso.

Segundo consta do Relatório Geral da Justiça do Trabalho publicado pelo TST relativo ao ano de 2019 (<https://www.tst.jus.br/web/estatistica/jt/relatorio-geral>), foram pagos aos reclamantes cerca de R\$ 30.726.528.090,17, sendo que este valor é 1,2% superior ao de 2018, e traduz 47,0% de acordos judiciais e 40,8% decorrentes de execução de sentença.

Já o número de demandas processuais distribuídas em comparação ao ano de 2018, aumentou 5,4%; somando, ao final de 2019, 3.056.463 casos novos, que representa que a cada 100.000 habitantes do País, 1.454 pessoas ingressaram com pelo menos uma ação ou recurso na Justiça do Trabalho.

Se o número de ações trabalhistas é bastante grande, a maior demora da Justiça do Trabalho na solução dos casos parece uma conclusão lógica, demonstrada, inclusive, pelas estatísticas de tempo médio de duração do processo realizadas pelo Tribunal Superior do Trabalho. Se os valores envolvidos nas ações trabalhista são bastante elevados, também parece óbvio que o tempo de demora na tramitação dos processos até que se dê a efetiva satisfação do crédito faz com que a natureza alimentar do mesmo perca a sua força.

Assim, a cessão de créditos trabalhistas é, repita-se, solução juridicamente fundamentada que pode solucionar essa equação jurídica vivenciada diariamente no âmbito da Justiça do Trabalho.

No entanto, os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais contrários à cessão de créditos trabalhistas sustentam que a natureza alimentar do crédito é sim atingida à medida que a cessão se dá sempre de forma onerosa, ou seja, o cessionário “compra” o crédito com deságio, implicando em perda, pelo trabalhador, de parte do seu crédito.

Outro fundamento apresentado por quem entende não ser possível a cessão de créditos trabalhistas é a alteração da redação do art. 878 da CLT dada pela Lei n. 13.467/2017 (Reforma Trabalhista): A legitimidade ativa atribuída pela CLT para iniciar a execução, antes da Reforma Trabalhista, era atribuída a “qualquer interessado” (redação anterior do art. 878); contudo, após a Reforma, o art. 878 limita às partes a promoção da execução.

Esse segundo argumento não nos parece impeditivo ao reconhecimento da possibilidade e validade da cessão de créditos trabalhistas, tendo em vista que o art. 567 do CPC, a nosso ver aplicável ao processo do trabalho, até porque a Instrução Normativa TST n. 39/2016, que dispõe, de forma não exaustiva, sobre as normas do Código de Processo Civil (CPC) de 2015 aplicáveis e inaplicáveis ao Processo do Trabalho, não indica esse dispositivo legal como sendo inaplicável, prevê que podem também promover a

execução, ou nela prosseguir: (...) II – o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos.

Assim, a cessão de créditos trabalhistas é, desde há muito, acompanhada e vista com certa desconfiança pela Justiça do Trabalho em razão da caracterização da natureza alimentar do crédito trabalhista, que, em tese, não poderia ser objeto de cessão por meio de contrato civil, sob pena de desvirtuamento do conceito assistencialista que as verbas trabalhistas possuem em relação ao trabalhador.

3. Competência da Justiça do Trabalho

Outro aspecto que amplia a discussão sobre a cessão de créditos trabalhistas é o da competência da Justiça do Trabalho para continuar processando a ação após a assinatura do contrato de cessão do crédito, já que o novo titular da ação deixa de ser o trabalhador e passa a ser o terceiro (empresa cessionária), que tem objetivos e interesses diretamente ligados ao retorno financeiro daquele processo, e não mais no direito ali tutelado.

A questão não é simples, até porque o art. 114 da Constituição Federal define a competência da Justiça do Trabalho a partir da relação jurídica base (relação de trabalho, e não relação de natureza civil, entre as partes da cessão de crédito: cedente, cedido e cessionário).

As interpretações sobre a matéria são diversas nos Tribunais Trabalhistas e trazem relevantes contradições que carecem de pacificação pelos Tribunais Superiores.

O Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, por exemplo, entendeu que (...) *“por se tratar a cessão de crédito de negócio particular, firmado extrajudicialmente, com terceiro estranho ao contrato de trabalho, o crédito cedido pelo trabalhador a terceiro perde sua natureza alimentar e, com ela, a própria natureza de crédito trabalhista propriamente dito, o que afasta a competência desta Especializada para a sua execução. De fato, a teor do disposto no art. 114, inciso I, da CF/1988, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações oriundas da relação de trabalho. E, no caso do crédito cedido pelo trabalhador a terceiro, este deixa de ser diretamente decorrente do contrato de trabalho, passando a se tratar de crédito oriundo de contrato particular de cessão de crédito, firmado entre o trabalhador e terceiro estranho à lide, o que afasta a competência*

desta Especializada para dar continuidade à execução, atraindo a competência da Justiça Comum.”⁵⁵

No entanto, o Supremo Tribunal Federal pacificou o entendimento no sentido de que a cessão de créditos constituído por meio de precatório, não altera a natureza jurídica do crédito – não perdendo, por exemplo, a sua condição de crédito alimentar e a sua preferência em relação a outros créditos (STF. Plenário. RE 631537, Rel. Marco Aurélio, julgado em 22/05/2020 [Repercussão Geral – Tema 361]).

Assim, inobstante os Tribunais Trabalhistas venham adotando entendimento mais restritivo sobre a cessão de créditos dos reclamantes, sob o fundamento da natureza alimentar dos mesmos e por implicar a cessão em deslocamento da competência material para o processamento e julgamento do processo, o fato é que o Supremo Tribunal Federal entende não haver afetação à natureza do crédito e, conseqüentemente, não há que se falar em incompetência da Justiça do Trabalho.

4. Cessão de crédito trabalhista – outras questões

Além dos questionamentos jurídicos acima apontados em relação à cessão de créditos trabalhistas, outras questões são objeto de discussão sobre o tema.

O TST recebeu em meados de 2017, informações das Centrais de Conciliação da Justiça do Trabalho, dando conta de que a cessão de crédito pelos reclamantes estaria inviabilizando a negociação de acordos judiciais em razão do detentor do direito já não mais ter interesse na causa, e o comprador do crédito só visar o valor que receberá ao final da ação.

À época dessa comunicação, o Ministro Emmanoel Pereira, que atuava como Vice-Presidente da Corte e era coordenador da Comissão Nacional de Promoção à Conciliação do Conselho Superior da Justiça do Trabalho, encaminhou consulta à OAB questionando se o advogado precisaria avisar o juiz sobre o contrato de compra e venda de créditos trabalhistas, já que *“esse fato vinha comprometendo sobremaneira a efetividade das audiências de conciliação”*.

Em resposta ao ofício do TST, o Órgão Especial do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), ratificou o entendimento de que a compra de créditos trabalhistas pelo advogado da causa, constitui prática antiética no seio da advocacia, sendo

⁵⁵ AP 0020800-77.1999.5.03.0001, Relator: Convocado Mauro Cesar Silva, 5ª Turma, DEJT 02/07/2018.

moralmente condenável ao permitir a sobreposição dos interesses do profissional aos do cliente, implicando em infração ética.

O próprio Tribunal de Ética e Disciplina da OAB/SP (deontológico) já havia enfrentando a questão de cessão de precatórios estaduais, decidindo que a compra de créditos pelo advogado da causa ofenderia o artigo 5º do Código de Ética da Advocacia, segundo o qual "*o exercício da advocacia é incompatível com qualquer procedimento de mercantilização*" (E-4.030/2011 - <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/pareceres/e-4-030-2011>).

Ou seja, para o CFOAB e TED-SP, "*é indiscutível que a compra de créditos resulta a certeza de que o advogado – conhecedor da condição econômica ou financeira de seu constituinte – se encontra em situação privilegiada, passando a figurar não como operador do direito, mas, à margem da relação processual da qual participa, como comerciante de ativos*".

Contudo, e quando quem compra o crédito está fora da relação processual? O entendimento seria o mesmo?

Para o mesmo TED de São Paulo, onde está a maioria dos advogados do Brasil e onde estão instalados os dois maiores Tribunais Trabalhistas do país a resposta é não. Segundo a Turma julgadora da questão, a cessão de créditos trabalhistas só pode ser feita à pessoas ou empresas de fora da relação processual da causa e em processos em fase de execução com valores já definidos judicialmente (E-4.498/2015 - <https://www.oabsp.org.br/tribunal-de-etica-e-disciplina/ementario/2015/E-.498.2015>).

Portanto, admitindo-se a cessão de crédito na Justiça do Trabalho, o entendimento que se deve adotar é no sentido de que a negociação só é válida se envolver pessoas ou empresas de fora da relação processual e desde que o processo já esteja em fase de execução de sentença.

Outra questão, porém, ainda merece análise sobre o tema, partindo-se do conceito de cessão de crédito, que é o negócio jurídico através do qual o credor, denominado cedente, transfere a um terceiro, denominado cessionário, seus direitos e créditos em uma determinada relação obrigacional (contrato de cessão).

Veja-se que o artigo 288 do Código Civil de 2002, preceitua que para que a cessão seja oponível a terceiro, a sua celebração deve ser feita por instrumento público, ou

instrumento particular revestido das solenidades previstas no artigo 654, §1º do Código Civil.

Portanto, em regra, toda e qualquer obrigação pode ser objeto de cessão, porém, o art. 286 do CC/02, elenca três hipóteses excepcionais em que a cessão não será permitida: i) Se a natureza da obrigação for incompatível com a cessão; ii) Se houver vedação legal; iii) Se houver cláusula contratual proibitiva, fixada pela vontade das partes contratantes.

E é justamente sobre o item “i”, que está o grande problema envolvendo a cessão de créditos trabalhistas: a possibilidade de consideração do crédito trabalhista como de natureza de obrigação incompatível com a cessão.

Muitos estudiosos defendem que o crédito trabalhista não pode ser objeto de cessão pois essa prática desvirtuaria os mecanismos criados pelo legislador para a proteção dos direitos trabalhistas - em especial, a proteção ao salário -, que é dotado de natureza alimentar e indisponível, como já ressaltado e analisado acima.

Sobre essa proteção, Maurício Godinho Delgado registrou em sua obra que *“esse articulado sistema de proteções justifica-se socialmente. As verbas salariais, na qualidade de contraprestação principal paga pelo empregador ao obreiro no contexto da relação de emprego, atendem a necessidades essenciais do trabalhador, como ser individual e ser social, respondendo, em substantiva medida, por sua própria sobrevivência e de sua família. (...) Do ponto de vista jurídico, esse articulado sistema de proteção também claramente se justifica. É que a ordem jurídica reconhece no salário um caráter essencialmente alimentar, deferindo, em consequência, à parcela o mais notável universo de proteções que pode formular em contraponto com outros direitos e créditos existentes”*.

Ocorre, porém, que a aplicação literal dessa rede de proteção em prol do trabalhador, sem se observar outros fatores determinantes para a satisfação do seu interesse processual e material, acaba por criar outro mecanismo desqualificador da vontade do titular daquele direito, o tratando como agente incapaz de decidir – ainda que representado por advogado -, o destino daquela verba reconhecida judicialmente e que é de sua plena titularidade.

Veja-se que essa ideia de incapacidade do trabalhador conferida pela rede de proteção que lhe é garantida pela Justiça do Trabalho, faz perder de vista direitos tão importantes quanto a própria tutela conferida pelo estado, qual seja, leva à perda da

liberdade e autonomia de sua vontade como sujeito dotado de personalidade própria. Seria como se o estado agisse como tutor daquele que não necessita mais ser tutelado.

Carlos Alberto Mota Pinto também registra que *"o negócio jurídico é uma manifestação do princípio da autonomia privada ou da autonomia da vontade, subjacente a todo o direito privado. A autonomia da vontade ou autonomia privada consiste no poder reconhecido aos particulares de auto-regulamentação dos seus interesses, de autogoverno da sua esfera jurídica. Significa tal princípio que os particulares podem, no domínio da sua convivência com os outros sujeitos jurídico-privados, estabelecer a ordenação das respectivas relações jurídicas. Esta ordenação das suas relações jurídicas, este autogoverno da sua esfera jurídica, manifesta-se, desde logo, na realização de negócios jurídicos, de actos pelos quais os particulares ditam a regulamentação das suas relações, constituindo-as, modificando-as, extinguindo-as e determinando o seu conteúdo"*.

Para que fique claro, não se advoga aqui a desnecessidade de intervenção do Estado na relação empregado-empregador cuja atuação certamente equilibra as forças exercidas por ambas as partes. Obviamente o Estado tem um papel importantíssimo de suprir eventual posição de vulnerabilidade do empregado diante de qualquer situação em que estiver sendo confrontado de forma desmedida pelo outro lado da relação jurídica. Porém, esse papel não pode ser tamanho ao ponto de interferir sobremaneira na própria vontade do trabalhador, deixando de preservar a sua autonomia privada em relação àquele direito que já lhe foi reconhecido judicialmente, sob pena desta atuação do estado caracterizar-se como sendo totalitária e não humanitária.

Sérgio Pinto Martins, registrou em uma de suas obras que *"vedada seria a cessão de situações pessoais, como a estabilidade, pois diz respeito apenas à pessoa do trabalhador"*, fato, este, que não ocorre com a mera cessão do crédito constituído judicialmente em favor do trabalhador ao terceiro interessado na compra do crédito.

Para Vólia Bomfim, é possível a cessão de crédito pelo trabalhador, porém, desde que seja feita na fase de execução, registrando que *"só será válida com a expressa concordância do ex-empregado exequente e desde que homologada pelo juiz"*.

Ou seja, a cessão seria possível somente na fase de execução, quando o crédito já está constituído, e não na fase de mérito onde as discussões para constituição do direito e, conseqüentemente, do crédito, ainda estão em curso e dependem da atuação isenta das partes para a entrega da tutela jurisdicional.

Veja-se que a referida doutrinadora também segue a tendência de outros juristas e do próprio Superior Tribunal de Justiça (em contraponto ao entendimento do STF sobre precatórios) de que *"a cessão de crédito trabalhista perde a condição de crédito privilegiado, de acordo com o art. 83 VII §4º da lei 11.101/05, pois passa a ser considerado como crédito quirografário."*

Nesse aspecto, percebe-se que embora a questão esteja longe de ser pacificada na Justiça do Trabalho, ao menos em parte a doutrina entende que a cessão de crédito trabalhista é ato legal e plenamente possível, inclusive, sob o argumento de que o antigo artigo 100 da Consolidação de Provimentos da Corregedoria-Geral da Justiça do Trabalho - que proibia a cessão de crédito trabalhista -, não foi reproduzido nas consolidações posteriores, o que permitiria a interpretação de que a ausência normativa de impedimento da cessão creditória indicaria a autorização para a plena efetivação perante a Justiça Laboral.

5. Conclusão

É de se concluir que embora parte da doutrina e da jurisprudência dos Tribunais Trabalhistas ainda veja problemas na cessão de crédito trabalhista, a tendência é que a referida prática efetivamente possa se mostrar como uma solução para a resolução de milhares de processos que se arrastam por anos perante a Justiça do Trabalho.

Assim, a demora na resolução de ações judiciais pode ser prejudicial ao trabalhador, que muitas vezes não consegue nem mesmo gozar do benefício obtido judicialmente em razão dos anos aguardando a solução do processo. Assim, a cessão de créditos, ocorrida no processo e, portanto, sob o crivo do Poder Judiciário, retira a posição de vulnerabilidade do empregado, agindo como solução para a demora na prestação jurisdicional almejada.

Portanto, se este mercado efetivamente vingar e começar a crescer nas proporções que se vem desenhando nos últimos anos, juízes, tribunais e demais agentes atuantes na Justiça Especializada do Trabalho deverão se acostumar com o respeito à autonomia privada e vontade de quem cede o crédito (reclamante), não se esquecendo obviamente dos princípios basilares do Direito do Trabalho, especialmente aqueles da proteção, inalterabilidade e irrenunciabilidade de direitos trabalhistas, trazendo segurança jurídica para os interessados nesta modalidade comercial, agindo para a pacificação da tendência jurisprudencial sobre a matéria.

Reconhecida como válida e eficaz, havendo a cessão do crédito trabalhista, evidentemente ocorre a transferência a outrem da qualidade de credor, passando a ser o cessionário detentor do direito respectivo. Trata-se de alteração subjetiva da obrigação: o credor passa a ser o cessionário, sendo que a ele é que o devedor deve pagar, e não mais ao reclamante, que já recebeu antecipadamente quando da celebração do negócio jurídico em que cedeu seu crédito.⁵⁶

BIBLIOGRAFIA

CASSAR, Vólia Bonfim. Direito do Trabalho. v. único. 9ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método. 2014.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do trabalho. v. único. 14ª edição. São Paulo: LTR. 2015.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito civil brasileiro, volume 3: teoria das obrigações contratuais e extraordinárias - 27 ed. - São Paulo: Saraiva, 2011, p. 40-1.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 2: Teoria geral das obrigações. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 216.

MACHADO JUNIOR, Dário Ribeiro e outros, coordenação Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, Humberto Dalla Bernardina de Pinho. Novo Código de Processo Civil Anotado e Comparado: Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Rio de Janeiro: Forense. 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; outros. Código de Processo Civil Comentado. Revista dos Tribunais.

MARTINS, Sérgio Pinto. Direito Processual do Trabalho. v. único. 36ª ed. São Paulo: Atlas. 2015.

MATIELLO, Fabrício Zamproga. Curso de Direito Civil, Volume 02: Direito das Obrigações. São Paulo: LTR. 2008. Versão Digital.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria Geral do Direito Civil - Coimbra, 2005, p. 102.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. v. único. 10ª ed. São Paulo: LTR. 2016.

⁵⁶ TRT-2, AP 0213000-19.1993.5.02.0044, Relator: MERCIA TOMAZINHO, 3ª Turma DEJT 25/08/2020.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito civil. v. único. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 385.

REVISITANDO A NATUREZA JURÍDICA DOS ANIMAIS DE COMPANHIA E SUAS REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES FAMILIARES

MARCELA MARIA BUARQUE DE MACEDO GADELHA:

Advogada OAB: 38248 PE. Formação Universidade Católica de Pernambuco, Pós Graduada em Direito Processual Civil.

RESUMO: O presente artigo parte do pressuposto de que uma melhor investigação e aprofundamento do debate relativo aos animais adaptados ao convívio doméstico, apenas venha a engrandecer os estudos pertinentes às relações jurídicas privadas. Por essa razão, é necessário um estudo e possível transporte para uma nova compreensão e interpretação do animal como um ser dotado de sentimentos para a legislação, o que conseqüentemente acarretaria uma possível alteração da sua natureza jurídica, causando modificações no âmbito do direito. Destaca-se, sobretudo, as repercussões positivas e negativas possíveis no direito de família. A substituição da perspectiva dos animais, vistos como objeto, para compreendê-los como seres sencientes, poderá acarretar grande repercussão nas relações familiares devido ao valor subjetivo e singular dos animais para os seus donos impossíveis de se valorar através de imagináveis perdas, totalmente diversos de qualquer outro tipo de propriedade privada.

Palavras chave: Animais; Sencientes; Família.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo está relacionado com a necessidade de possíveis modificações no ordenamento jurídico brasileiro, no que diz respeito à natureza jurídica conferida atualmente aos animais- especialmente aqueles categorizados enquanto animais de companhia⁵⁷, classificados, de forma alusiva, pelo Código Civil de 2002 (CC/02) como bens semoventes, suscetíveis de movimento próprio; não sendo, portanto, dotados de personalidade jurídica, tampouco sendo enquadrados como sujeitos de direitos. Tal circunstância faz com que sejam vistos como objetos de propriedade, revelando uma visão

⁵⁷ Para os fins desta pesquisa, entende-se como animal de companhia todo aquele possuído ou destinado a ser possuído pelo homem, designadamente em sua casa, para seu entretenimento e enquanto companhia. (BRASIL, 2003).

mais antiga marcada pelo especismo⁵⁸, o que faz surgirem questionamentos quanto à possibilidade de revisitar tal compreensão.

Diante disso, este artigo pretende ater-se à existente classificação jurídica do animal no Código Civil, o qual o classifica como um bem. Para Paulo Lôbo o bem pode ser definido como: “[...] todos os objetos materiais ou imateriais que podem ser suscetíveis de apropriação ou utilização econômica pelas pessoas físicas ou jurídicas.” (LÔBO, pág.200, 2018). Diante disso, faz-se mister analisar, de acordo com a época e contexto em que o código foi criado, se as transformações sociais vivenciadas, ao longo dos anos, não são suficientes para que seja estabelecida uma nova perspectiva em relação aos animais com uma consequente modificação em sua natureza jurídica. Pois, os animais são seres passíveis de sentimentos e sofrimentos, o que precisa ser observado, a fim de que se averigüe a possibilidade de revisitação da atual classificação da sua natureza jurídica.

Outra situação que se observa, também, é a aplicação constante, em julgados, com relação aos animais de companhia, de alguns institutos criados para regular situações que envolvem pessoas naturais (como guarda, visitação e alimentos), já demonstra uma perspectiva equivocada com relação à atual tutela desses seres, tal qual se apresenta na legislação.

Desse modo, tal revisitação da atual categorização, a partir da ideia de senciência animal⁵⁹, pode levar a ampliação da forma de tutela protetiva dos animais de companhia no âmbito específico das dissoluções das entidades familiares, destacando-se o que tange ao modo pelo qual os tribunais brasileiros vêm atribuindo a regulação de guarda, visitação e alimentos, desconsiderando, de forma evidente, a classificação atual do Código Civil, prevista pelo legislador. Essa modificação da natureza jurídica, se daria, assim através da legislação que acompanharia o desenvolvimento da sociedade e de suas respectivas demandas.

2.DESENVOLVIMENTO

O ordenamento jurídico brasileiro, no artigo 82 do vigente Código Civil (2002), tipificou os animais de companhia como bens móveis semoventes, sendo reconhecidos como objetos de propriedade. No entanto, em que pese tal classificação, são seres dotados de

⁵⁸ Nos dizeres de Ryder (2005): Especismo: “é como racismo ou sexismo - um preconceito baseado em diferenças físicas moralmente irrelevantes”.

⁵⁹ Senciência animal é capacidade que um ser possui de sentir dor, sofrimento, prazer e outros sentimentos, experimentando satisfação ou frustração. (NACONECY, 2006).

peculiaridades que permitem, por exemplo, a cogitação de direito de visitação e “posse compartilhada”.

Hoje, no Brasil, já se tem a lei de fauna (Lei nº5.197/03/1967) onde o animal silvestre é visto como um bem de uso comum do povo, a qual determina que não pode ser passível de nenhum direito real (compra e venda, por exemplo). E no mesmo sentido, segundo Paulo Lôbo (2018, p. 228) “O artigo 225 da Constituição, ainda que não defina a natureza dos animais, estabelece que todos devem proteger a fauna, vedadas as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, ou que submetam os animais a crueldade.” Destacando-se aqui a proteção à fauna. Além disso, tem-se a Lei Sansão (Lei nº14.064/20), que tutela especificamente cães e gatos, porém não aqueles que se encontram dentro de laboratórios, para testes em animais.

E pode-se destacar, ainda, os projetos de leis (PL’S) nº 3670/2015 e nº 6054/19 (antigo PL nº 6799/13), os quais, de forma diferente, tratam de uma nova perspectiva em relação aos animais diante das transformações sociais existentes.

Cita-se como exemplo, também, o que vem regulamentando Portugal e Espanha: a lei nº 8/2017, lei Portuguesa que reconheceu os animais como sencientes e a recente edição da lei nº 17/2021, de 15 de dezembro, que alterou o Código Civil Espanhol, a lei hipotecária e a lei de Processo Civil, sobre o regime jurídico dos animais. A nova lei espanhola, entrou em vigor no dia 05/01/2020, destacando as modificações das relações familiares com os seus animais de estimação. A lei dispõe que a natureza dos animais é diferente da natureza das coisas ou dos bens. A lei também destaca e regulamenta a natureza das relações com os animais, especialmente no que tange as questões relativas à divórcio dos tutores, determinando inclusive qual o juízo competente para analisar as questões pertinentes e parâmetros da decisão. Reconhecendo, inclusive, a senciência animal e a necessária observação do seu bem estar. Tratando também das situações de morte dos seus tutores, não extensão hipotecária aos animais, e a indisponibilidade dos animais de companhia, figuras singulares aos seus donos.

Situações observáveis também em decisões recentes, no Brasil, foram aquelas nas quais havia discussão sobre guarda, visitas e fixação de alimentos para a subsistência dos animais de companhia, demonstrando que o debate a respeito de uma proteção diferenciada para os animais está chegando ao judiciário, ainda que por vias questionáveis.

Com a modificação do conceito estabelecido pelo código civil em seu artigo 82 (CC-2002), é possível também evitar constantes confusões nos mais diversos julgados. Pois, estes adotam institutos de direito de família em alguns momentos e em outros, são

adotados institutos relativos a propriedade. Possibilitando uma uniformização da jurisprudência, e enaltecendo a segurança jurídica do ordenamento como um todo.

Além do mais, a natureza jurídica dos animais impacta diretamente na tutela jurídica deles. A forma como o ordenamento vem tratando, por exemplo, os animais adaptados ao ambiente doméstico apresenta-se de forma atécnica, diante das perspectivas atuais, gerando consequências jurídicas distantes das expectativas sociais e revelando a necessidade de alteração dessa sistemática. Inclusive, no tocante a uma ponderação sobre a pertinência do direito de família enquanto área mais adequada para suprir situações decorrentes dessas relações.

O próprio conceito de objeto e também do que vem a ser capacidade jurídica sofreu alterações com o passar do tempo, contribuindo essas alterações para enaltecer a necessidade de revisitação da natureza jurídica dos animais, atribuída no Código Civil. Porém, ocorreram mudanças na evolução do direito de propriedade, de modo que o que se observava como objetos em diferentes épocas sendo tidos como aprováveis (terras, móveis, ideias e escravos), ou quem foi considerado capaz de ser proprietário (indivíduos, as mulheres casadas) foi passando por uma mudança de *status* jurídico, fazendo com que, na medida dos avanços legais, fosse estimulada uma alteração da consciência, da extensão e da profundidade das percepções sobre o tema, tendo estas ações um caráter pedagógico. (FERRY, pág.16; GORDILHO e SILVA, pág. 340 2012).

Diante disso, este artigo pretende analisar especificamente os transtornos relacionados a necessidade de regularização legal de animais adaptados ao convívio domésticos na dissolução da conjugalidade⁶⁰, tendo em vista que a atual legislação não se ateve significativamente a uma perspectiva de compreender as transformações relativas à concepção em que se vê atualmente os animais, enquanto não mais objetos e sim seres dotado de sentimentos.

Justifica-se por atualmente existir muitas disputas, envolvendo animais de companhia, fato que provoca muita desordem em várias decisões judiciais, em que, o regramento jurídico dos bens não mais satisfaz as expectativas que os envolvem, visto que a percepção social não mais se amolda às noções de propriedade ou de posse.

⁶⁰ Conjugalidade – Segundo Diehl (2002): “O termo aparece como um neologismo da palavra conjugar, que dá a ideia de união, de ligação entre duas pessoas, sem necessariamente, a existência de um contrato formal entre elas. O surgimento de neologismo como conjugalidade se deve, em parte às amplas e profundas transformações sociais e culturais pelas quais vem passando a família na atualidade” (pag. 138).

Em algumas decisões, onde são discutidas a sua tutela jurídica, alguns magistrados aplicam, por analogia, o instituto da guarda compartilhada, de essência de direito de família, como fundamentação nas suas decisões, pelo fato de não poder se desprezar a importância da relação do homem com seu animal de estimação, levando em consideração que os animais de companhia são seres vivos, que possuem natureza especial, dotados de sentimentos, sensibilidades, semelhantes aos seres racionais, tendo necessidades biopsicológicas, e devem ter direito a sua comodidade.

Destaca-se aqui o recente julgamento do Agravo de Instrumento nº 2004100-66.2020.8.26.00000 (2019), Processo de nº 2004100-66.2020.8.26.00000, do poder judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Na decisão em questão, não foi reconhecida a possibilidade jurídica do pedido em relação ao estabelecimento de guarda, visita e alimentos ao animal, solicitada pelas partes no âmbito de ação de reconhecimento e dissolução de união estável, visto que, a dita questão não se inclui, *ratione materiae*, à competência da Vara de Família. Porém, a decisão, ao mesmo tempo, reconheceu a possibilidade do estabelecimento de guarda do animal com base no artigo 1.583 do vigente Código Civil (SÃO PAULO, 2019).

Importa destacar, ainda, que o STF, em decisões emblemáticas, com fundamento na vedação constitucional da crueldade (CF, art. 225, p.1, VII) proibiu a “ferra do boi” (RE 153.531) e as “rinhas de galos” (ADI 1.856), apesar de suas tradições culturais. (LÔBO, pág. 229, 2018).

A revisitação da natureza jurídica atribuída aos animais evitaria a existência de decisões conflitantes no judiciário, evitando uma análise por alguns magistrados pelo ângulo da afetividade, utilizando-se dos dispositivos relativos à guarda dos filhos (especificamente os artigos: nº 1.583 a 1.590 do CCB), ao oposto de outros, em virtude de existir no ordenamento jurídico pátrio ditame legal atinente ao Direito das Coisas, aplicam o Instituto da copropriedade, já que o CC/02 classifica os animais como bens móveis, sobre os quais recaem direitos de posse e de propriedade.

Dessa forma, gera para o sistema jurídico como um todo uma insegurança jurídica. Pois, o direito acaba sendo aplicado de forma diversa para situações inclusive semelhantes.

Importante destacar a garantia da estabilização dos direitos subjetivos. A garantia dos direitos subjetivos consubstancia-se exatamente na coisa julgada, no ato jurídico perfeito e acabado e no direito adquirido. As três garantias demonstram a preocupação com a segurança jurídica no sistema democrático nacional moderno (ÁVILA, 2001).

O sistema jurídico deve ser seguro, garantindo aos particulares, que suas relações jurídicas existentes irão possuir um amparo adequado pelo sistema posto. Dentro da citada garantia constitucional prevalece a centralização da excelência da segurança jurídica dentro do ordenamento. Um mínimo de sabedoria quanto às consequências sobre a atitude tomada e o consequente resultado da produção imediata de seus atos são de extrema importância para qualquer cidadão. Dessa forma, a uniformização de interpretação de situações jurídicas similares, se mostra de suma importância. O que não vem ocorrendo no Brasil no caso dos animais adaptados ao convívio doméstico, gerando decisões conflitantes.

3.CONCLUSÃO

O artigo possui a finalidade de estudar a natureza jurídica dos animais de companhia os quais foram tipificados em nosso Código Civil (CC/02) - Lei nº 10.406/2002, como coisas, e diante das novas tendências oriundas da realidade social, verificar como tutelar adequadamente a sua destinação nos casos de dissolução da entidade familiar.

Diante disso, apesar do Brasil ser um país com muitos animais de estimação, até a presente data não possui uma legislação que acompanhe tal evolução de forma mais atinente e específica, quanto a sua natureza jurídica e futuras consequências no direito das famílias.

Paulo Lôbo destaca: "mudanças legais na década de 1990 introduziram no Código Civil alemão o §9 para expressar claramente que os animais "não são coisas" e devem ser protegidos por leis especiais. Somente se lhes aplicam as disposições sobre coisas por analogia, na medida em que são se estabeleça algo distinto." (LÔBO, pág. 229, 2018). Diante disso, é evidente a necessidade de um olhar direcionado ao animal de forma mais específica, pois este, até pelo código civil vigente no brasil (2002) é apenas referenciado de forma alusiva.

Além do debate acerca da Lei Sansão (Lei nº 14.064/20) dos projetos (PL'S) N°3670/2015 e nº 6054/19 (antigo PL nº 6799/13). A lei sansão apesar de garantir proteção contra maus-tratos, apresenta-se de forma insuficiente. E os projetos de lei em questão geram divergências reais quanto a sua necessidade ou inutilidade. Sendo importante entender em que caminho estão os projetos em tramitação, seus limites e possíveis consequências caso ocorra uma revisitação da natureza jurídica dos animais. Atentando-se sobretudo, as consequências no âmbito do direito civil, âmbito das relações familiares.

A amplificação das relações familiares existentes, englobando nesses casos, os animais ditos de companhia e inseridos no ambiente familiar, inclusive fazendo parte e sendo figura importante na construção e constituição das famílias. Para Maria Berenice Dias “o fato é que a família, apesar do que muitos dizem, não está em decadência. Ao contrário, houve a repersonalização das relações familiares na busca do atendimento aos interesses mais valiosos das pessoas humanas: afeto, solidariedade, lealdade, confiança, respeito e amor” (DIAS, 2021, p. 49, 2021). Sendo, esses pilares essenciais que sustentam a formação das famílias modernas. Destacando a importância da valorização dos seus integrantes, sejam eles constituídos por animais ou pessoas.

A questão principal não gira em torno de uma possível humanização animal, mas sim em torno de que são situações existentes, reconhecidas pelo direito, porém estão notadamente sendo enquadradas em um contexto de normas criadas e preestabelecido para regular relações entre seres humanos. Parece, em verdade, que o mais adequado e necessário, seria a criação ou adaptação de institutos que atendam às nuances das relações constituídas por seres humanos com seus animais de companhia; efetivando, portanto, necessárias tutelas protetivas, que se afastem da ideia de coisificação.

Tal perspectiva possibilita, inclusive, transformações em relação a compreensão do animal enquanto não mais um objeto, mas sim como um ser dotado de sentimentos, levando a indagações quanto à necessidade e à pertinência de transportar essa nova compreensão e visão do animal para a legislação o que por conseguinte, acarretaria uma revisitação em sua natureza jurídica, observando com isso, as futuras repercussões jurídicas dessa alteração. Inclusive, especificamente no que tange às relações familiares e a tutela dos animais de companhia nesses contextos, notadamente com relação aos conflitos que se insurgem nos contextos de dissolução dessas relações.

Os institutos do direito de família já existem e já estão sendo aplicados, é uma realidade presente na maioria dos julgados que versam sobre o assunto. A revisitação apenas iria ser necessária para adequar uma realidade já corriqueira dos tribunais, provocando apenas uma análise mais minuciosa e retida as especificidades de cada caso direcionado ao ambiente cível familiar. Os animais são bens confundidos com coisa. A coisa sempre tem valor econômico e o animal por esse motivo não deve ser visto como coisa, merece ser protegido por leis especiais.

4. REFERÊNCIAS

ALVES, Antonio Luiz de Oliveira; VIEIRA. Tereza Rodrigues. **A tutela dos direitos dos animais de estimação sob a ótica processual Civil.** In: VIEIRA, Tereza rodrigues; Silva,

Camilo Henrique. **Família Multiespécie**: animais de estimação e Direito. Brasília: Zakarewics Editora, 2020. P. 377-395.

AVILA, Marcelo Roque Anderson Maciel. **Da garantia dos direitos fundamentais frente as emendas constitucionais**. Teresina: Jus Navigandi, 2002.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso jan. 2022.

BELCHIOR, G.P.N; DIAS, M.R.M.S, A Guarda Responsável dos Animais de Estimação na Família Multiespécie. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, V. 14, n.2, p. 64-79, maio-ago. 2019. Disponível em: <file:///C:/Users/cesar/Downloads/publica%C3%A7%C3%B5es/BELCHIOR%20E%20DIAS%20GC%20PETS.pdf> Acesso: jan. 2022.

Código Civil Anotado e Legislação Complementar. São Paulo: Atlas, 2004.

DIAS, Maria Berenice; **Manual de Direito das famílias**. 14ª ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

FALCKE, D.; Diehl, J.A.; Wagner, A. **Satisfação Conjugal na Antiguidade**. In: A. Wagner (Org.), Família em Cena. Petrópolis, Vozes, 2002.

GORDILHO, Heron José de Santana; SILVA, Tagore Trajano de Almeida. Animais em juízo: direito, personalidade jurídica e capacidade processual. **Revista de direito ambiental**, a, 17.v. 65, p.333-361. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jan. março 2012.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil. Parte Geral**. São Paulo, Saraiva, 2018.

MADALENO, Rolf. **Manual de Direito de Família**. São Paulo, Forense, 2020.

PENTEADO, Luciano de Camargo. **Direito das Coisas**. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2014.

RYDER, Richard. **All beings that feel pain deserves human rights**. The Guardian. 2005. Disponível em: <http://www.theguardian.com.uk.2005/aug/06/animalwelfare>. Acessado em jan. 2022.

SANTOS, Laura Mello dos; MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. Um olhar sobre a proteção animal no direito civil sob a perspectiva comparada. **RJLB**, n.1, 2019.



TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. São Paulo; Método, 2021.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Responsabilidade Civil**. São Paulo; Atlas, 2007.

O ABANDONO AFETIVO EM PERÍODO DE PANDEMIA NO BRASIL: REFLEXOS JURÍDICOS E SOCIAIS

MYLLA DUARTE DO AMARAL.
Bacharelado em Direito pela Universidade
de Gurupi – UnirG.

WELLSON ROSÁRIO SANTOS DANTAS⁶¹

(orientador)

RESUMO: A responsabilidade social e jurídica por abandono afetivo é um assunto delicado, pois trata da responsabilidade de cuidar, amar, instruir um filho para a vida. É nesse momento que o Poder Judiciário adentra nas relações de família, contudo, não com o desiderato de obrigar alguém a amar, pois tal obrigação não possui previsão legal, apenas existe o dever de cuidado previsto na legislação pátria. Entretanto, existe o dever de cuidado disposto no Código Civil e Estatuto da Criança e Adolescente. Assim, o presente estudo busca discorrer a respeito da responsabilidade que os genitores possuem ao abandonar afetivamente os seus filhos. Nesse sentido, discute-se esse fato diante da pandemia provocada pelo surgimento da Covid-19 que dentre outras medidas de prevenção, tem-se o isolamento social, o qual tem sido utilizado como meio de abandono afetivo. Na metodologia, baseia-se numa pesquisa bibliográfica. Sendo uma revisão de literatura, este artigo teve como base livros, artigos científicos, doutrinas jurídicas e a jurisprudência. Pelos resultados obtidos, ficou evidente que a jurisprudência brasileira já vem decidindo que os pais ao abandonar afetivamente os seus filhos responderão civilmente por esse ato. No período de pandemia, contudo, é preciso que haja consenso entre os genitores em detalhar os limites de visitação e convivência, sem deixar de exercer a responsabilidade afetiva.

Palavras-chave: Abandono afetivo. Pandemia. Consequências jurídicas.

ABSTRACT: Social and legal responsibility for affective abandonment is a delicate subject, as it deals with the responsibility of caring, loving, instructing a child for life. It is at this moment that the Judiciary enters into family relationships, however, not with the desideratum of forcing someone to love, since such an obligation has no legal provision, there is only the duty of care provided for in the national legislation. However, there is a duty of care provided for in the Civil Code and the Statute of Children and Adolescents. Thus, the present study seeks to discuss the responsibility that parents have when emotionally abandoning their children. In this sense, this fact is discussed in the face of the

⁶¹ Advogado e Docente do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG. E-mail: wellson.adv@gmail.com

pandemic caused by the emergence of Covid-19 that, among other preventive measures, has social isolation, which has been used as a means of affective abandonment. The methodology is based on a bibliographic research. As a literature review, this article was based on books, scientific articles, legal doctrines and jurisprudence. From the results obtained, it was evident that Brazilian jurisprudence has already decided that parents, when emotionally abandoning their children, will be civilly responsible for this act. In the period of a pandemic, however, there needs to be a consensus between the parents to detail the limits of visitation and coexistence, while exercising affective responsibility.

Keywords: Affective abandonment. Pandemic. Legal consequences.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Do afeto familiar. 3.1 Do abandono afetivo. 4. Contextualização da temática. 5. Das consequências jurídicas. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A instituição familiar é a maior garantia de desenvolvimento humano e social do indivíduo. É através da família que o ser humano amadurece e se torna um ser social. E é através dela, também, que o indivíduo pode aumentar e propagar a espécie humana (PEREIRA, 2015).

Sendo a família tão importante para a sociedade, o Direito, enquanto ciência social, não poderia de deixar de lecionar a seu respeito. Ao longo do processo jurídico brasileiro, a família teve diversas mudanças. Muito dessas modificações, respinga no fato de que a sociedade também se modificava, assim o direito também o fazia (CEGALLA, 2015).

A família se modificou tanto, que hoje existem diversas ramificações de formação familiar, não mais se sobressaindo aquela formada pelo pai, a mãe e seus filhos. Hoje, devido à pluralidade de gêneros e condições sociais, é possível verificar diversos tipos de família. Essa pluralidade é reflexo da mudança ocorrida na família nos últimos anos (CORREIA, 2017).

Dentro dessa estrutura familiar, encontra-se a relação entre pais e filhos, que como o próprio nome induz, se refere à relação familiar dos genitores e sua prole. Nesta relação, os pais, a priori, são responsáveis pela manutenção do crescimento dos filhos, dando-lhes condições para desenvolverem-se. Mas a responsabilidade vai além destas, chega-se também à obrigação afetiva (TARTUCE, 2017).

No decorrer da análise desse tema procura-se responder as seguintes indagações: qual o impacto da pandemia provocada pela Covid-19 nos casos de abandono afetivo? e; quais as medidas feitas pelo sistema jurídico na punição e prevenção desses atos?

Por ser um período de enorme complexidade, como medida de prevenção ao contágio da Covid-19 encontra-se o isolamento social, ao qual o limite de visitas e convivência familiar ficou mais restritivo. Nesse cenário, muitos genitores tem abandonado afetivamente sua prole, o que faz surgir uma série de efeitos, aos quais o Direito não pode negligenciar.

Diante disso, este estudo busca discutir o instituto da responsabilidade social e jurídica no âmbito das relações familiares no que concerne ao abandono afetivo. Buscando contextualizar esse tema, foca-se na discussão sobre o abandono afetivo ocorrido durante a pandemia provocada pela Covid-19.

2. METODOLOGIA

A metodologia utilizada para a realização do presente estudo se pautou no método indutivo. Caracterizada como uma revisão de literatura, a pesquisa bibliográfica foi feita através de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos científicos relacionados ao tema proposto.

A presente pesquisa foi realizada mediante o levantamento de documentos. Assim, a coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google, dentre outros, entre os meses de janeiro a fevereiro de 2022.

3. DO AFETO FAMILIAR

Não há como discorrer sobre abandono afetivo sem falar da família. É por meio dela que o ser humano se desenvolve e amadurece. Portanto, o assunto referente à família é de extrema importância.

Essa importância inclusive é amparada pelo Direito, que enquanto ciência social, traz um capítulo específico sobre a família e a regulamentação da sua formação e relações.

Em termos conceituais, família pode ser entendida como um agrupamento de pessoas que estejam ligadas por um vínculo jurídico ou familiar. De acordo com Venosa (2014, p. 26) é as que “vivem sob um mesmo teto, sob a autoridade de um titular”.

Com esse conceito inicial, pode-se observar que a família é acima de tudo um grupo de pessoas ligadas entre si, mantendo assim um vínculo. Pode-se correlacionar que a família é também a fonte natural da sociedade, pois é através dela que o indivíduo se relaciona com o próximo e difunde-se com os outros grupos familiares, criando assim uma comunidade (VENOSA, 2014).

Juridicamente, a família encontra solo legislativo por meio do o art. 226, *caput*, da Constituição Federal/88 onde se tem que: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1988). Verifica-se que o Direito insere a família como sendo o alicerce de uma sociedade, dando a ela uma importância que vai além da formação grupal de indivíduos.

Para Ribeiro (2010, p. 30), “designa-se por família o conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco entre si e vivem na mesma casa formando um lar”.

Tanto o direito dos pais quanto os dos filhos estão ligados juridicamente. Um é o complemento do outro, não podendo, portanto ser divisível. Com o passar dos anos, o menor passou a ter direitos. Esses direitos estão resguardados através do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), implantado pela Lei Federal nº 8.069 de 1990 em conformidade com o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 e a Convenção dos Direitos das Crianças.

A partir da Constituição de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), as crianças brasileiras, sem distinção de raça, classe social ou qualquer outra forma de discriminação ou segregação, passaram de objetos a sujeitos de direitos, como por exemplo à saúde, o lazer, a educação, etc. Desta forma, a criança e o adolescente têm resguardados os seus direitos e assegurados a sua proteção na formulação de políticas públicas. Dentre os direitos, para fins desse estudo, encontra-se o afeto.

A afeição é o principal laço que liga os indivíduos, configurando o conceito atual de família, no entanto, os laços consanguíneos e de afinidade, também são fonte dessa formação familiar.

Em sua definição, entende-se o afeto como um conjunto de fenômenos psíquicos que são demonstrados por meio de emoções e sentimentos, seguidos por ações humanas que tencionam mostrar esses sentimentos (CEGALLA, 2015).

Vários estudos apontam a importância do afeto no desenvolvimento humano. E as práticas afetivas são ainda mais importantes nos primeiros anos, ou seja, na fase infantil. É notório observar, como mostram os estudos, que desde a infância, a autoestima é reforçada, por exemplo, pela afetividade, haja vista que uma criança que recebe afeto se desenvolve com muito mais segurança e determinação (REGINATTO, 2013).

Como bem descreve Pereira (2017) não se precisa de muitas ações para que o afeto seja efetivo numa criança. Dispondo de meros minutos com a criança, no banho, no colo ofertado diante de uma situação de medo, o elogio sincero e preciso, uma risada bem humorada numa situação tensa, são atitudes extremamente importantes para que haja uma maior interação entre pais e filhos.

É assim, por meio de gestos cotidianos e aparentemente despreziosos, que os pais podem colocar em prática um consenso firmado pela neurociência: “o afeto oferecido à criança nos seus primeiros anos de vida moldará sua personalidade e servirá como efeito protetor contra doenças como a ansiedade e a depressão” (PEREIRA, 2017, p. 02).

Nota-se, portanto que o afeto se inicia dentro do núcleo familiar. A família representa a base de todo indivíduo e interfere consideravelmente no seu desenvolvimento, sendo que o afeto, é a principal característica que define o que seja uma família, ou seja, é o principal propagador desse desenvolvimento.

Segundo acentua Reginatto (2013, p. 03) “nada pode suprir ou substituir o amor e a atenção familiar. Um indivíduo pode até encontrar alternativas que amenizam a carência provocada pela ausência de uma família, mas certamente não a substituirá”.

A falta de afeto traz péssimas consequências não somente para o indivíduo, mas também para a sociedade. Sobre esse fato, cabe citar:

[...] Duas das mais importantes do mundo e mais ativas instituições a pesquisar o assunto são as universidades americanas de Harvard e de Yale. Vêm de pesquisas conduzidas nessas instituições constatações de que crianças privadas de afeto apresentam, entre outros prejuízos, alterações no funcionamento de áreas cerebrais associadas ao processamento das emoções. É a ausência do amor comprometendo a arquitetura cerebral (PEREIRA, 2017, p. 03).

Corroborando com o citado acima, Tiba (2012, p. 50) afirma que a desconsideração “emocional praticada por pais e cuidadores em relação às crianças deixa marcas nos circuitos neuronais e no futuro, essas cicatrizes podem contribuir para o surgimento de sérios distúrbios afetivos”.

Além dos efeitos na área cerebral, pode-se afirmar que crianças que não desfrutaram de vínculos afetivos sólidos terão maior tendência à agressividade e ao desenvolvimento de doenças psiquiátricas (depressão, por exemplo) e tendência a comportamentos agressivos e destrutivos (REGINATTO, 2013).

3.1 DO ABANDONO AFETIVO

A imagem que se tem de uma família é aquela composta pelos seus membros que são intimamente ligados pelo afeto recíproco. Sendo base, é na família que se encontra o amor, a solidariedade, o companheirismo, a ajuda, a afinidade e a fraternidade. São esses elementos que pressupõe o que seja uma família.

Entretanto, o que ocorre é que mesmo nesses núcleos, existem situações que corrompem o ideal de família. São situações extremas que ocorrem dentro do seio familiar causando a desordem e a desestruturação do grupo familiar. São atos praticados por um ou mais dos componentes do núcleo familiar que prejudica os outros membros desse mesmo núcleo.

Ocorre que a possibilidade de reparação civil no Direito de Família carrega em si uma série de questionamentos e divergências a respeito desse assunto. São muitos os autores que não acatam a ideia de se indenizar moralmente um membro de uma família assim como há outros que defendem o contrário.

De todo modo, encontra-se na responsabilidade civil a reparação por danos que afetem o indivíduo, ou em outra colocação, que afeta a esfera personalíssima da pessoa. Aqui não se fala em reparação pecuniária, nem comercialmente redutível a dinheiro.

Nesse sentido, cabe citar:

O dano extrapatrimonial, especificamente o dano moral, considerado *in re ipsa*, independentemente de comprovação, possui caracterização vasta na doutrina, importando ressaltar as mais comumente abordadas como a ideia de violação a direitos personalíssimos, a afronta à dignidade da pessoa humana, bem como a apuração de sensações e emoções negativas tais como a angústia, o sofrimento, a dor, a humilhação, sentimentos estes que não podem ser confundidos com o mero dissabor, aborrecimento, que fazem parte da normalidade do dia-a-dia (STERN, 2016, p. 13).

No tangente a falta de lei, cabe ilustrar que o Judiciário deve sempre conceder respostas a todas as ações que batem a sua porta. Nesse caso, cabe indagar: como ficaria a resposta jurisprudencial diante do caso de reparação dos danos sofridos na esfera familiar? Em resposta a essa questão, grande parte da doutrina e jurisprudência militam em prol da aplicação do art. 186 do Código Civil de 2002, *in verbis*:

Art. 186. Aquêle, que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

(BRASIL, 2002)

Assim, “não sendo expressa a falta de disposição legal, esta não inviabiliza sua aplicação. Para que fosse inviabilizada seria necessário que não houvesse nenhuma previsão concernente ao dano moral no âmbito maior do direito civil” (SAMPAIO; RIBEIRO, 2018, p. 42).

Importante reforçar que “não se podem usar parâmetros de ressarcimento que levem em consideração o estado social ou econômico da pessoa lesada, e sim a gravidade e repercussão social causado pelo dano” (CORREIA, 2017, p. 37).

A doutrina tem se posicionado favorável à aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família no que tange ao abandono afetivo pelos genitores. Também denominada de *abandono paterno-filial* ou *teoria do desamor*, tal aplicabilidade tem fundamento além do art. 186 supracitada no parágrafo anterior, no art. 3º, I da Constituição Federal de 1988 de maneira imediata a uma relação privada, resultando em eficácia horizontal (TARTUCE, 2017).

Sobre o posicionamento doutrinário, importante destacar as palavras de Pereira (2015, p. 401) nos dizendo que:

[...] o exercício da paternidade e da maternidade – e, por conseguinte, do estado de filiação – é um bem indisponível para o Direito de Família, cuja ausência propositada tem repercussões e consequências psíquicas sérias, diante das quais a ordem legal/constitucional deve amparo, inclusive, com imposição de sanções, sob pena de termos um Direito acéfalo e inexigível.

Insta salientar que além dos motivos impostos, tem-se como efeito do abandono afetivo o desrespeito à dignidade da pessoa humana. *In casu*, “afronta o princípio da dignidade humana o pai ou a mãe que abandona seu filho, isto é, deixa voluntariamente de conviver com ele” (PEREIRA, 2015, p. 406).

No campo jurisprudencial, tem-se julgado essa situação com resultados diversos. De um lado encontram-se aqueles que não acatam a responsabilidade civil dos genitores que abandonem afetivamente seus filhos. Desse grupo, entende-se que a justiça não pode obrigar um pai ou uma mãe a amar seu filho (s).

Apesar desses posicionamentos, é majoritário o entendimento da doutrina e da jurisprudência sobre a possibilidade de aplicabilidade da responsabilidade civil dos genitores derivada de abandono afetivo aos filhos. Na primeira ação judicial do Brasil que reconheceu a indenização extrapatrimonial por abandono filial, encontrou-se a condenação de um pai ao pagamento de indenização de 200 (duzentos) salários mínimos a título de danos morais ao filho, devido a sua não convivência com o mesmo.⁶²

62 TJMG - Apelação Cível 2.0000.00.408550-5/000, Relator (a): Des.(a) Unias Silva, Relator (a) para o acórdão: Des.(a), julgamento em 01/04/2004, publicação da súmula em 29/04/2004.

A partir dessa última decisão citada, outras vieram com o mesmo entendimento: na ausência de afeto e de abandono ao filho, os genitores serão responsabilizados civilmente pelos danos causados.

4 CONTEXTUALIZAÇÃO DA TEMÁTICA

Para melhor entendimento sobre a discussão aqui proposta, é importante contextualizar o cenário ao qual se debate o abandono afetivo. No caso em destaque, discute-se essa situação tendo como base o cenário atual situado por meio da pandemia provocada pela Covid-19. Sendo assim, nesse tópico será apresentado as principais informações sobre essa doença, para posteriormente relacioná-la ao tema central.

A Covid-19 é uma infecção respiratória aguda surgida através do coronavírus SARS-CoV-2. Contém alta taxa de transmissão entre humanos e é uma doença de nível grave. O seu surgimento se deu na cidade Wuhan, província de Hubei, na China em dezembro de 2019, onde fora encontrado em amostras de lavado bronco alveolar conseguidas de pacientes com pneumonia. Pertence ao subgênero Sarbecovírus da família Coronaviridae (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Produz sintomas semelhantes aos da gripe, febre, tosse, dispneia, mialgia e fadiga. Perda repentina também foi observada cheiro e sabor (sem muco sendo a causa). Em casos graves, é caracterizado produzir pneumonia, síndrome de angústia respiratória aguda, sepse e choque séptico que leva cerca de 3% dos infectados ao morte, embora a taxa de mortalidade seja. Está em 4,48% e continua subindo (PEREZ et al., 2020).

O impacto social é o que mais tem sido afetado, uma vez que milhares de cidadãos vem morrendo diariamente em decorrência da Covid-19. Por esse fato, é possível verificar um cenário de calamidade nos centros de saúde, onde se observa hospitais lotados, poucos equipamentos disponíveis, dentre outros problemas. A vacinação nesse âmbito tem sido uma alternativa mais viável para a prevenção da doença (MEDEIROS, 2020).

O impacto da Covid-19 também afetou a rotina diária da sociedade. Nos dias atuais, o que é normal é o uso constante de máscara, a aplicação de álcool em gel, o isolamento e distanciamento entre indivíduos, dentre outras mudanças (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2021).

Através das presentes buscas é notório ressaltar-se que não se pode afirmar a exatidão do índice de mortalidade (óbitos) de vítimas da COVID-19, em razão da constante propagação e agravamentos que variam de caso a caso.

Diante desse cenário, a presente doença - que tem como principal medida preventiva o isolamento e distanciamento social - tem afetado sobremaneira as relações familiares, dentre os quais emerge o abandono afetivo feito por um ou por ambos os genitores. A respeito dos efeitos dessa ação, apresenta-se o tópico seguinte.

5. DAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Para se falar de abandono afetivo é preciso entender que no Direito Civil existe o direito de convivência que se encontra normatizado pelo art. 1.589. Tal regra constitui um princípio importante para o Direito de Família, uma vez que consagra o direito à convivência, a companhia, as visitas, a proximidade estável e próxima dos genitores e seus filhos (BRASIL, 2002).

Esse artigo é um importante aliado à afetividade nas relações familiares, porque traz em seu bojo o entendimento de que os pais devem estar próximos de seus filhos, exercendo assim, na prática, o laço afetivo com a sua prole (VÍTOR, 2021).

Ocorre que quando há configurado um distanciamento ou total ausência de afeto dos pais com seus filhos, surge para o direito civil o instituto da reparação. Isso se dá porque entende-se que o afeto é o principal elo que liga os indivíduos, o que também corresponde a formalização de uma família, conforme já expressado anteriormente.

Imperioso destacar que a reparação civil por abandono afetivo já é uma realidade no meio jurídico brasileiro. Alguns julgados em décadas recentes tem estabelecido que o negligenciamento dos pais em relação ao afeto para seus filhos configura uma dano tão impactante e profundo, que há a possibilidade de repará-lo judicialmente (PEREIRA, 2017).

Como já mostrado em tópicos anteriores, no Brasil já existe a possibilidade de reparação civil em casos de abandono afetivo. Ocorre que essa ação ficou ainda mais evidente com o surgimento da Covid-19 que “obrigou” pais e filhos a manterem um distanciamento, em razão da expansão do contágio da presente doença.

São inúmeros os casos onde se configura filhos de pais separados. O que antes era comum ter em certa medida uma convivência compartilhada entre os genitores, no período pandêmico, muitos pais ou mães tiveram que se ausentar presencialmente do convívio de seus filhos.

Uma vez estabelecido esse cenário, também notou-se que muitos genitores aproveitaram a obrigatoriedade de afastamento social para não mais dispor do afeto com seus filhos, ou seja, os abandonou. Essa atitude tem sido corriqueira no presente momento, o que torna essa situação um facilitador ou uma ‘desculpa’ para justificar a ausência.

No Judiciário ficou a indagação de como lidar com a questão do isolamento social sem que isso afete a convivência familiar, principalmente em famílias onde os genitores moram em domicílios diferentes. Na busca por soluções, no campo legislativo adentrou a Recomendação emitida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), ao qual traz em seu texto as orientações para a proteção integral a crianças e adolescentes no período de pandemia; a saber:

18. Que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente. Para tanto, devem ser observadas as seguintes orientações:

a. As visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida;

b. O responsável que permanece com a criança deve manter o outro informado com regularidade e não impedir a comunicação entre a criança ou adolescente com o outro responsável;

c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos à situações de risco de contágio devem respeitar o período de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado;

d. O deslocamento da criança ou do adolescente deve ser evitado;

e. No caso de acordada a visita ou permissão para o período de convivência, todas as recomendações de órgãos oficiais devem ser seguidas;

f. O judiciário, a família e o responsáveis devem se atentar, ao tomarem decisões relativas à permissão de visitas ou períodos de convivência, ao melhor interesse da criança e do adolescente, incluindo seu direito à saúde e à vida, e à saúde da coletividade como um todo.

(BRASIL, 2020)

Apesar de possuir uma boa intenção, essa orientação normativa não gerou o efeito esperado, uma vez que diversas interpretações foram emitidas. Ao discorrer sobre essa questão, Silva (et al. 2021) explica que essa recomendação não representa uma lei ou uma norma limitadora, mas sim, uma sugestão para que famílias possam superar esses problemas de modo a não prejudicar seus filhos.

No campo jurisprudencial, os Tribunais já se posicionaram de diversas formas, como por exemplo, em autorizar a suspensão de convivência familiar quando configurado um

risco para a saúde do filho. Nesse caso, o genitor deverá manter o distanciamento em um período estabelecido, até que se volte a normalidade e o risco seja sanado.

Essa situação mesmo que justificável, gera outros problemas. Além do abandono afetivo, há a possibilidade de surgir a alienação parental, onde o genitor responsável direto pela criança aproveita da prerrogativa do afastamento do outro genitor para praticar atos que o desabone, afastando seu filho do mesmo.

Silva (et al. 2021) entendem que não se deve em hipótese alguma sanar qualquer direito da criança e do adolescente em ter convivência familiar, exceto em casos onde há uma justificativa plausível, como o ocorrido na pandemia. Mas ainda assim, defendem os autores, não há e nunca deverá haver espaço e justificativa para qualquer tipo de alienação parental.

Justamente para evitar o abandono afetivo e até mesmo a prática de alienação parental é que os Tribunais brasileiros tem flexibilizado a convivência familiar no contexto aqui analisado. Em determinadas decisões, há o entendimento de que a pandemia provocada pela Covid-19 não pode sobrepor aos direitos dos pais em ter a convivência familiar com seus filhos.

Nessa situação, o que pode (e deve) ser feito é uma adaptação temporária, de acordo com o caso apresentado. Algumas sugestões para driblar a ausência de um dos genitores tem sido divulgadas pelos órgãos públicos e pela mídia.

Tem-se como exemplo, a família pode aplicar após o período de pandemia, uma nova readaptação das férias, com a criança estando em períodos mais extensos, geralmente 15 dias com cada um dos genitores, o que diminuiria o deslocamento (DORIA, 2020).

Soma-se a isso o uso da tecnologia. *In casu*, pode ser utilizada toda a tecnologia disponível para que a distância física seja reduzida. O uso da internet, de Smartphones e computadores podem ser utilizadas pelas partes a fim de manter o contato (PEREIRA, 2020).

Cabe mencionar que a questão de guarda dos menores adentra nesse cenário como forma de garantir que a pandemia não afete de modo significativo a relação estabelecida judicialmente. No entanto, frente a excepcionalidade da situação aqui analisada, a questão de guarda pode ser alterada, conforme expressa o seguinte julgado:

RECURSO DE APELAÇÃO. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. **GUARDA COMPARTILHADA**. LAR DE REFERÊNCIA. GENITOR. MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

POSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO POSTERIOR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. [...] 4. **A excepcionalidade da situação de pandemia atualmente vivenciada acarreta a necessidade de maior cuidado com mudanças abruptas na rotina e referência da criança, haja vista a possibilidade de modificação do panorama fático com o retorno à normalidade.** 5. **As decisões que tratam de guarda e a estipulação de visitas não possuem a qualidade da inalterabilidade de seus julgamentos, mas, ao contrário, podem ser revistas a qualquer tempo, desde que modificadas as situações de fato** (artigo 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente). 6. Recurso conhecido e não provido. (TJDFT Processo nº 07501809520198070016 - (0750180-95.2019.8.07.0016 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. 8º Turma Cível. Relator: Eustáquio de Castro. Data de Julgamento: 07/07/2021. Publicado no PJe: 08/07/2021).

Pela decisão judicial acima, fica nítido observar que independente do tipo de guarda firmada judicialmente (unilateral ou compartilhada), no período de pandemia, essa situação pode ser revisada e alterada, sempre observando o melhor interesse da criança. No entanto, ela não é definitiva, podendo ser revista a qualquer tempo, desde que extinta a situação geradora da decisão, vide o texto do art. 35 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante do exposto, o que se entende é que o abandono afetivo praticado pelos genitores resulta em dano irreparável e que de fato prejudica moralmente e materialmente os seus filhos, sendo plenamente cabível a responsabilidade civil dos pais. Não há porque a jurisprudência negar esse direito, uma vez que o afeto é fundamental para a caracterização da família e mais ainda importante para o desenvolvimento do indivíduo, o qual sem esse instrumento pode-se fatalmente influenciar na sua construção como cidadão civil.

Desse modo, fica claro constatar que durante o período de pandemia, a responsabilidade civil dos genitores frente ao abandono afetivo é mister necessária, fazendo com que mesmo que uma família se divida territorialmente ou estruturalmente, o afeto deva continuar intacto.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

No mundo jurídico a família possui enorme importância, protegida por leis e atos normativos. Assim como é fundamental o apoio financeiro e alimentar de pais com os filhos o afeto também o é. Isso se dá porque a família para a legislação brasileira, além de outros

atributos, é constituída pelo afeto. Por conta disso, o afeto se torna essencial para a formação e manutenção de uma família.

Ocorre que em alguns casos há o abandono afetivo por parte dos genitores em relação aos seus filhos, ou vice-versa. Isso causa consequências sérias não apenas a eles, mas também ao mundo jurídico.

Frente a esse cenário, no decorrer desse estudo, ficou claro que o abandono afetivo traz uma série de consequências aos membros familiares; efeitos estes que são sentidos ao longo de toda uma vida e de difícil reparação. Aqueles que são efetivamente abandonados, em muitos casos não conseguem ter uma vida plena e digna, principalmente quando o abandono ocorre ainda nos primeiros anos de vida. Discutir os efeitos e a sua reparação do abandono efetivo, se torna assim fundamental para a área jurídica.

Soma-se a isso, o fato de que a pandemia provocada pela Covid-19 que se instalou no mundo em meados do fim de 2019 trouxe um enorme impacto não apenas na área da saúde, mas também na área familiar. Como o isolamento e distanciamento social é uma das mais importantes medidas para a expansão da doença, muitos membros familiares se “aproveitaram” dessa brecha para abandonar seus entes. Essa ruptura trouxe situações de total ausência de responsabilidade familiar e solidariedade ao próximo, além de ferir a dignidade humana.

No caso de medidas de prevenção a essa situação, a posicionamentos doutrinários que entendem que o melhor caminho a ser percorrido é a adaptação dessa situação, com o auxílio das redes sociais e meios diversos de comunicação nesse período. O genitor ou genitora afastado pode ainda manter contato por meio de conversas online, possibilitando o acompanhamento dos filhos.

A doutrina tem se posicionado favorável à aplicação da responsabilidade civil no Direito de Família no que tange ao abandono afetivo pelos genitores. Também denominada de *abandono paterno-filial* ou *teoria do desamor*, tal aplicabilidade tem fundamento além do art. 186 supracitada no tópico anterior, no art. 3º, I da Constituição Federal de 1988 de maneira imediata a uma relação privada, resultando em eficácia horizontal.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. **Recomendações do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do COVID-19.** 2020. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid_19_25032020.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2022.

CEGALLA, Domingos Paschoal. **Dicionário escolar da língua portuguesa**. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2015.

CORREIA, Eveline de Castro. **A Alienação Parental e o Dano Moral nas relações de família**. Artigo apresentado à Universidade Fortaleza. Fortaleza-CE, 2017.

DORIA, Isabel I. Z. **Guarda compartilhada em tempos de pandemia de COVID-19**. 2020. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/artigos/1397/Guarda+compartilhada+em+tempos+de+pandemia+de+COVID-19>>. Acesso em: 07 fev. 2022.

MEDEIROS, Daniel. **Coronavírus: impactos históricos e sociais provocados pela pandemia da COVID-19**. 2020. Disponível em: <<https://saudebate.com.br/noticias/coronavirusimpactoshistoricosesociaisprovocados-pela-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 08 fev. 2022.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **O que é a Covid-19?** 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/coronavirus/o-que-e-o-coronavirus>. Acesso em: 02 fev. 2022.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos da Metodologia Científica**. 5 ed. Editora Atlas: 2003.

OLIVEIRA, E.S; MORAIS, A.C.L.N. **COVID-19: uma pandemia que alerta à população**. InterAmerican Journal of Medicine and Health. 2020;3:e202003008.

PEREIRA, Cilene. **Primeira infância: a importância do afeto**. 2017. Disponível em: <<https://istoe.com.br/primeira-infancia-importancia-do-afeto/>>. Acesso em: 06 fev. 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Responsabilidade civil por abandono afetivo**. In: Responsabilidade civil no direito de família. Coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada**. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>>. Acesso em: 28 jan. 2022.

REGINATTO, Raquel. **A importância da afetividade no desenvolvimento e aprendizagem**. REI – Revista de Educação do IDEAU. vol. 8. Nº 18. Jul./Dez. 2013.

RIBEIRO, G. F. A. **A quantificação do dano**. **Boletim Jurídico**. 2010. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=950>>. Acesso em: 05 fev. 2022.

SAMPAIO, José Augusto Santiago; RIBEIRO, Ricardo Almeida Mota. **(IM) Possibilidade do Dano Moral do Direito de Família**. Monografia apresentada à Universidade Salvador – Departamento de Ciências Sociais Aplicadas. Salvador-BA, 2018.

SANTOS, V. D.; CANDELORO, R. J. **Trabalhos Acadêmicos**: Uma orientação para a pesquisa e normas técnicas. Porto Alegre/RS: AGE Ltda, 2006.

SILVA, Gabriela Eduarda Marques; ONO; Isabela Gautier; NASCIMENTO, Júlia Gaioso; FERRARI, Melissa Mayumi S.; SILVA, Thiago Eduardo Marques. **A pandemia Covid-19: como evitar que o vírus se torne uma escusa para a alienação parental**. Brazilian Journal of Development, Curitiba, v.7, n.2, p. 13900-13916 feb. 2021.

STERN, Ana Letícia Attedemo. **O conceito de dano moral segundo o STJ**. 2016. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2009/relatorio/dir/ana_leticia.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2022.

TARTUCE, Flávio. **Da indenização por abandono afetivo na mais recente jurisprudência brasileira**. 2017. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/FamiliaeSucessoes/104,MI262537,61044Da+indenizacao+por+abandono+afetivo+na+mais+recente+jurisprudencia>>. Acesso em: 01 fev. 2022.

TIBA, I. **Quem ama educa**. São Paulo: Gente, 2012.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito de família. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VÍTOR, Paulo Henrique da Silva. **O aumento da alienação parental em tempos de pandemia**. 2021. Disponível em: <<http://silvavitor.com.br/o-aumento-da-alienacao-parental-em-tempos-de-pandemia/>>. Acesso em: 29 jan. 2022.

ZHANG, W. **Manual de prevenção e controle da Covid-19 segundo o Doutor Wenhong Zhang**. São Paulo (BR): PoloBooks; 2020.

OS LIMITES CONSTITUCIONAIS AO PODER DE TRIBUTAR

LARISSA ALBUQUERQUE MARQUES SILVA:
Engenheira Civil

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo o estudo dos limites constitucionais ao poder de tributar, que se traduzem em princípios e imunidades tributárias. A abordagem será realizada mediante uma análise das normas constitucionais, das jurisprudências dos tribunais superiores e dos entendimentos doutrinários mais recorrentes acerca do tema. Os limites previstos, no plano abstrato, constituem verdadeira proteção e garantia aos contribuintes e à ordem democrática, buscando não só a prevalência dos direitos fundamentais, mas também proporcionar segurança jurídica frente à atuação do Estado. Contudo, no plano concreto, alguns princípios não atingem o fim visado pelo legislador quando de sua edição, isso ocorre, por exemplo, nos tributos indiretos, que afrontam, muitas vezes, o princípio da capacidade contributiva e do não confisco. Ademais, devido ao diferente cenário nacional quando da elaboração da Carta Magna, algumas imunidades, hoje, se distanciaram dos objetivos democráticos previstos, como à que se refere aos partidos políticos. Assim, é necessária a análise da justiça tributária desejada pela Constituição Federal de 1988 e a efetivamente alcançada quando de sua aplicação.

Palavras-chave: Princípios, imunidades, direitos fundamentais, segurança jurídica, poder de tributar;

ABSTRACT: This paper aims to study the constitutional limits to the power to tax, which are the principles of Constitutional tax and the tax immunities. The approach will be carried out through an analysis of the constitutional norms, the jurisprudence of the higher courts and the most recurrent doctrinal understandings regarding this subject. Those limits, in the abstract plan, constitute a real protection and guarantee to the taxpayers and to the democratic order, seeking not only the prevalence of fundamental rights, but also to provide legal certainty beyond the State's performance. However, some principles do not reach the end sought by the legislator when they were issued, this occurs, for example, in indirect taxes, which often face the principle of contributory capacity and non-confiscation. Furthermore, due to the different national scenario at the time of the Federal Constitution, some immunities today have distanced themselves from the democratic objectives, such as the one which refers to political parties. Thus, it is necessary to analyse the tax justice desired by Federal Constitution of 1988 and the one effectively achieved when applied.

Keywords: Principles, immunities, fundamental rights, legal certainty, power of tax;

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1. A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS TRIBUTOS. 2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS. 2.3. NÃO-INCIDÊNCIA. 2.4. ISENÇÃO. 2.5. IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Mediante um movimento contrário à concepção liberal e ao Estado mínimo, que defendia a presença do Estado apenas nos setores essenciais e com o mínimo de interferência na seara econômica, teve início, no século XIX, uma intervenção maior do ente público no comportamento dos indivíduos e dos agrupamentos, seguindo caminho inverso ao da emancipação da sociedade civil em relação ao Estado (BUFFON *et al*, 2016).

Segundo LENZA (2019), diferentemente dos Estados Unidos que adotaram uma constituição garantia, promovendo o liberalismo econômico, a Constituição Federal de 1988 traduz uma constituição dirigente, que busca a igualdade substancial e a promoção dos direitos sociais. Assim, a Carta Magna instituiu como destinação da tributação não só o financiamento do Estado, mas também como uma forma de redistribuição de renda, buscando concretizar a tributação como um meio de promover a justiça social e tributária. Isso também se deve ao fato de que o Brasil ainda é um país que apresenta acentuada desigualdade social em todo o seu território.

Na relação jurídico tributária entre os contribuintes e o Estado, aqueles estão em uma posição inferior devido à supremacia do Poder Público. Diante disso, as limitações constitucionais ao poder de tributar estabelecem garantias aos indivíduos de forma a impedir a atribuição ao Sistema Tributário Nacional de arbitrariedades que possam ferir os direitos fundamentais dos nacionais, mas sim que seja um sistema justo e solidário, pautado por determinações legais e que não possuam efeito confisco sobre a renda dos contribuintes.

A despeito da Carta Magna instituir limitações ao poder de tributar buscando a justiça tributária, no que concerne aos tributos incidentes sobre o consumo, ocorre não a progressividade da tributação, como deveria, mas sim a regressividade, onerando mais aqueles que possuem menor renda e atingindo frontalmente o princípio da capacidade contributiva (D'ARAÚJO *et al*, 2013).

Assim, no presente trabalho serão discutidas as limitações constituições ao poder de tributar impostas pela Constituição Federal de 1988, a eficácia do Sistema Tributário Nacional quanto ao respeito a tais limitações e a promoção dos fins visados no plano abstrato na norma e sua efetivação no plano concreto. O desenvolvimento será composto por um estudo da eficácia econômica dos tributos, dos princípios constitucionais tributários e da não incidência, isenção e imunidades tributárias.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. A EFICIÊNCIA ECONÔMICA DOS TRIBUTOS

Segundo BUFFON *et al* (2016), quanto à eficiência econômica dos tributos, é preciso uma análise das funções distributiva, alocativa e estabilizadora. A primeira objetiva a diminuição da diferença econômica entre os indivíduos do país, promovendo ajustes na distribuição de renda, e se consagra mediante os princípios complementares da capacidade contributiva e da redistribuição de riquezas. A função alocativa consiste na promoção de ajustes na alocação de recursos, pois o ônus tributário é revertido para a própria população mediante a oferta de bens e serviços essenciais e desejados, e que não são ofertados pelo sistema privado.

Por fim, os autores explicam que a função estabilizadora está relacionada com a manutenção da estabilidade econômica, mediante a aplicação combinada de gastos e receitas para impactar ou amortecer tendências cíclicas da economia.

Assim, é possível afirmar que, em sua essência e de forma otimizada, os tributos devem ser recolhidos considerando as peculiaridades sociais e econômicas, de forma a não onerar os indivíduos sem observar a proporcionalidade, e o mesmo deve ser devolvido à população, mediante bens e serviços, buscando a equidade social e econômica.

2.2. PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS TRIBUTÁRIOS

Os princípios tributários previstos na Constituição Federal de 1988 são verdadeiras garantias aos contribuintes, estabelecendo limites à atuação estatal e funcionando como vetores interpretativos da própria Carta Magna (PEZZI, 2006).

Os princípios não são taxativos nem absolutos. Assim, a aplicação prática em situações que gerem conflitos deve sempre buscar a ponderação dos princípios conforme o caso concreto.

Por não serem absolutos, ALEXANDRE (2017) enumera diversas exceções aos princípios tributários, muitas delas foram estabelecidas pela própria Carta Magna, como para os tributos extrafiscais que, em alguns casos, não respeitam o princípio da anterioridade e em podem ter suas alíquotas alteradas por ato do Poder Executivo, dispensando a necessidade de edição de lei. Essa sistemática é necessária para que o tributo possa atingir a sua própria finalidade de intervir na economia, quando necessário.

Contudo, quando da análise do caso concreto, nem sempre os princípios são realmente respeitados no Sistema Tributário Nacional. Um caso alvo de muitas discussões se refere ao princípio do não confisco que, por ser um conceito indeterminado e, conseqüentemente, não ter contornos bem definidos sobre o que seria ou não confisco sobre a renda do contribuinte, é muitas vezes desrespeitado, principalmente quanto aos tributos que incidem sobre o consumo e sobre a renda. Nesse cenário, DIDIER (2018) afirma que o STF negou eficácia às limitações constitucionais ao poder de tributar quando

expressamente optou por não analisar o significado e conceito de renda por entender que essa atribuição cabe à legislação infraconstitucional.

Segundo CABRAL (2018), a tributação brasileira é, em sua maioria, indireta e regressiva, onerando mais os contribuintes de baixa renda. Isso se deve ao fato que tais contribuintes possuem uma elevada parcela de seus rendimentos comprometidos com o pagamento de tributos, ao passo que o indivíduo com renda e patrimônio elevados, ainda que pague um valor superior, esse valor proporcionalmente ao rendimento auferido é bem menor e não compromete seu patrimônio.

Diante desta discussão, o princípio da capacidade contributiva reafirma que a arrecadação de tributos também deve respeitar a proteção do mínimo existencial, princípio também elencado na CF (BORGES *et al*, 2016).

2.3. NÃO-INCIDÊNCIA

Segundo ALEXANDRE (2017), juridicamente, a incidência tributária está relacionada com a ocorrência de uma hipótese prevista abstratamente e anteriormente na lei tributária como necessária e suficiente para o nascimento de uma obrigação tributária. Assim, a não incidência corresponde a ocorrências não previstas na regra tributária.

ALEXANDRE (2017) sintetiza três formas em que a não incidência pode ocorrer. A primeira delas seria o caso em que o ente tributante não define determinada situação como hipótese de incidência tributária, mas ela poderia ter sido prevista. O segundo caso consagra a situação em que a hipótese de incidência não estaria abarcada na atribuição constitucional do ente tributante. Por fim, o último caso se refere às imunidades tributárias constitucionalmente previstas, ou seja, a Constituição Federal de 1988 delimita a competência do ente federativo de forma a estabelecer que determinadas situações não podem configurar hipóteses de incidências.

O instituto da imunidade tributária será mais bem analisado em um tópico posterior.

2.4. ISENÇÃO

Segundo ALEXANDRE (2017), diferentemente das imunidades tributárias que consistem em uma delimitação da competência do ente tributante, as isenções se referem ao próprio exercício da competência tributária. Assim, as isenções não estão previstas constitucionalmente, mas em leis, atuando no exercício legal de uma competência.

Ademais, por vezes a Constituição Federal de 1988 institui verdadeiras imunidades sob o título de isenção. Contudo, por estarem previstas constitucionalmente e não legalmente, tais hipóteses de isenção são essencialmente imunidades tributárias. Um

exemplo que constitui verdadeira imunidade é o parágrafo 7º do artigo 195 da Carta Magna, que dispõe (BRASIL, 1988):

Art. 195. §7º São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei (Título VIII, Capítulo II, Seção I).

2.5. IMUNIDADES TRIBUTÁRIAS

Segundo ALEXANDRE (2017), a imunidade tributária é uma espécie do gênero não incidência.

Ainda que as imunidades tributárias estejam intrinsecamente vinculadas aos princípios tributários, estes não são sinônimos, de forma que as imunidades necessariamente devem conter previsão na Constituição Federal (PORTELLA, 2016).

A Carta Magna atribuiu aos templos religiosos, partidos políticos e instituições sem fins lucrativos o instituto da imunidade tributária, buscando resguardar os próprios valores elencados na Constituição e a manutenção da ordem democrática (RIBEIRO *et al*, 2016).

Contudo, a exemplo dos partidos políticos e instituições religiosas, segundo CALDAS (2017), configura abuso de direito a utilização indevida da norma imunizante e a mesma não deve ser interpretada de forma absoluta, uma vez que o patrimônio, renda e serviços de determinadas instituições possuem valores bastante elevados, e a imunidade, nestes casos, fugiria da própria real vontade do legislador constituinte.

Assim como apresentado quanto aos princípios constitucionais tributários, também nas imunidades, o Sistema Tributário Nacional se mostra falho e alvo de diversas críticas.

3. CONCLUSÃO

Conforme exposto no presente artigo, embora a Carta Magna tenha instituído princípios e imunidades visando a proteção dos contribuintes frente ao poder de tributação do Estado, sobretudo quanto aos hipossuficientes, no plano concreto, o fim alcançado muitas vezes é contrário.

A despeito das críticas apresentadas neste estudo, é possível afirmar que diversas limitações ao poder de tributar constituem sim garantias aos indivíduos, alcançando os resultados desejados pelo legislador. Contudo, de forma geral, o Sistema Tributário Nacional se mostra falho, principalmente nos tributos incidentes sobre o consumo, dificultando ainda mais a justiça social e econômica.

Assim, é necessária uma reestruturação da tributação, de forma que seja alcançada e respeitada não só a capacidade contributiva dos indivíduos, mas também a solidariedade econômica. O Sistema Tributário Nacional deve levar em consideração as diferentes realidades sociais que cada região brasileira apresenta, servindo como um instrumento extrafiscal quando necessário, para que seja alcançada a justiça tributária mediante uma melhor redistribuição do ônus fiscal e, em sequência, a arrecadação seja efetivamente mais bem redistribuída para a população.

4. REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, R. **Direito Tributário/Ricardo Alexandre** – 11. Ed. rev., atual. e ampl. – Salvador – Ed. JusPodivm, 2017.

BORGES, A. de M.; OLIVEIRA, A. M. **Limitações ao Princípio da Capacidade Contributiva: Mínimo Existencial e Confisco**. Conpedi Law Review, v. 2, n. 4, p. 180-200, Uruguai, 2016.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 de junho de 2020.

BUFFON, M.; MARCOLAN, E. P. **Tributação como Instrumento de Intervenção Estatal: Breve História, desde a Modernidade à Idade Contemporânea**. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento – RFPTD, v. 4, n. 4, 2016.

CABRAL, M. V. C. **Imposto de Renda e Justiça Fiscal à Luz do Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva**. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento – RFPTD, v. 6, n.6, 2018.

CALDAS, F. R.. **O abuso da imunidade tributária**. 01/06/2017. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-tributario/o-abuso-da-imunidade-tributaria/>. Acesso em: 10 jun. 2020.

DIDIER, T. V. **A Ineficácia das Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar na Construção do Conceito de Renda pela Jurisprudência do STF**. Revista de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento – RFPTD, v. 6, n. 7, p. 159-176, 2018.

D'ARAÚJO, P. J. S.; GASSEN, V.; PAULINO, S. R. da F. **Tributação sobre Consumo: O esforço em onerar mais quem ganha menos**. Sequência (Florianópolis), n.66, p. 213-234, jul. 2013.

LENZA, PEDRO. **Direito Constitucional Esquematizado/Pedro Lenza**. – 23. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019. (Coleção esquematizado ®)

PEZZI, A. C. G. **Dignidade da Pessoa Humana, Mínimo Existencial e Limites à Tributação no Estado Democrático de Direito.** Dissertação (mestrado) – Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Faculdade de Direito. Porto Alegre, RS, 2006.

PORTELLA, A. **As Limitações ao Poder de Tributar Estabelecidas na Constituição Federal, de 1988.** Revista ESMAT, ano 8 – nº 10, p. 89-110, 2016.

RIBEIRO, M. de F.; SILVA, T. N. **Imunidade Tributária e o Princípio da Segurança Jurídica.** Revista *Thesis Juris* – RTJ, eISSN 2317-3580, v. 5, n. 2, p. 531-547, São Paulo, 2016.

O JUIZ COMO VIABILIZADOR DA COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL

MARCELA MARIA BUARQUE DE MACEDO GADELHA-
Advogada OAB: 38248 PE. Formação Universidade Católica
de Pernambuco, Pós Graduada em Direito Processual Civil.

RESUMO: O objeto de estudo do artigo está relacionado com o questionamento no tocante a atuação em conjunto dos juízes diante da cooperação judiciária nacional. Ademais, uma análise em relação ao avanço com a normatização do instituto, que já era presente no código anterior (CPC-1973), porém teve uma ampliação em sua importância e estudo com o novo código de processo civil (CPC-2015). O cerne da questão gira em torno da dimensão que esse instituto vem tomando no direito brasileiro, a influência da técnica para um maior envolvimento dos juízes com as mais diversas causas e o quanto a cooperação viabiliza uma comunicação entre os magistrados, possibilitando uma atuação mais integrada e não solitária. Sendo o estudo da figura do juiz de extrema importância, pois este com a sua atuação, pode viabilizar uma aplicação mais abrangente da cooperação dentro do Poder Judiciário, gerando um verdadeiro aprimoramento da prestação jurisdicional.

Palavras chave: cooperação; magistrados; Poder Judiciário.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 1.1. BREVE ANÁLISE. 2. DESENVOLVIMENTO. 2.1 DIVERSAS FUNÇÕES DO JUIZ. 2.2 PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. 2.3 PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO OBJETIVO A SER ALCANÇADO PELO JUIZ. 3. CONCLUSÃO. 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

Apesar da cooperação judiciária poder ser realizada por todos os membros do poder judiciário, conforme estabelece o CPC/2015, em seus artigos 67 ao 69, o presente artigo pretende ater-se a figura do juiz. Sua função no processo tem muita importância, principalmente quando utiliza-se das técnicas de cooperação.

Essa modificação na forma de ver o juiz na sua atuação no processo é de suma importância, ocorrendo substituição de um juiz equidistante das partes, por um juiz cada vez mais proativo e cooperativo com os problemas inerentes as mais diversas demandas. Buscando-se analisar meios de introduzir a cooperação entre os juízes, acostumados a atuar em consonância com o conceito tradicional do juiz natural. Sendo necessário para implementar na prática a cooperação uma modificação de pensamento em relação a

tradicional teoria do juiz natural, também em relação a dimensão e importância da atuação desempenhada pelo juiz no processo e da atuação do Poder Judiciário como um todo.

O distanciamento da formalização das cartas (art. 237 CPC-15), meios de comunicações padronizados e engessados, possibilita uma laboração jurisdicional mais consistente e cooperativa por parte dos juízes, servidores e órgãos.

O Código de Processo Civil de 2015, trouxe copilado em seu texto o instituto da cooperação judiciária nacional, mais precisamente em seus artigos 67 ao 69. Este tema que já era previsto na Resolução número 38 do CNJ (03-11-11), que estabelecia as diretrizes para a criação e aplicação do sistema de cooperação. Essa Resolução, foi revogada e substituída, recentemente, pela Resolução 350 (27-10-20), também do CNJ.

Constitui a cooperação judiciária nacional, de forma objetiva, em um dever-poder de mútua cooperação entre os juízes e demais órgãos do poder judiciário, além da possibilidade de interação entre juízes com tribunais, tribunais com tribunais, tribunais com tribunais arbitrais, ou com órgãos administrativos.

Em seu aspecto de dever, o código assegura possibilidades da cooperação ser efetuada das mais diversas maneiras, buscando um trabalho eficiente e conjuntivo. Conjuntivo, pois as mais variadas questões, poderão ser analisadas por diferentes juízes, órgãos e esferas do poder judiciário. Devendo estes, contribuir para uma melhor prática dos atos, visando além da eficiência, a eficácia da atividade jurisdicional como um todo, segundo estabelece o artigo 67 CPC/2015.

Trata-se também de um poder, pois possibilita aos juízes, com detrimento e respaldo legal, a utilização dos mais diversos meios de comunicação disponíveis, para solucionar problemas emergentes durante o processo. Enaltecendo aqui além de processos mais célere, que estes sejam também satisfativos.

A doutrina diverge se a cooperação poderia ser considerada ou não um poder, ou seja, se a sua solicitação deve ser prontamente atendida. Porém, é pertinente destacar palavras doutrinárias sobre a questão.

Como ressalta Neves (2016):

O pedido de cooperação jurisdicional nacional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como auxílio direto; reunião ou apensamento de processos; prestação de informações e atos concertados entre os juízes cooperantes, que em

rol meramente exemplificativo vêm previstos no parágrafo 2 do art. 69 do Novo CPC: prática de citação, intimação ou notificação de ato; obtenção e apresentação de providências para recuperação e preservação de empresas; facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial; centralização de processos repetitivos e execução de decisão jurisdicional. (Neves, 2016, pág. 95).

O estudo do tema mostra-se muito importante, inclusive em relação a amplitude dessa cooperação entre órgãos do poder judiciário. A atuação de forma conjuntiva, leva a uma reflexão que vai além da eficiência. Essa atuação em conjunto, encaminha o poder judiciário, a uma atuação mais qualitativa, técnica e incentiva os órgãos e juízes a trabalharem de uma forma mais cooperativa.

Para que os processos possuam uma duração dita razoável, porém com resultados eficientes, pois a eficiência e razoabilidade processual caminham juntas. A atuação de vários juízes (servidores e órgãos) para solucionar os mais diversos problemas que surjam nos casos, diante sobretudo das mais diversas situações em que possa se encontrar o país, possibilita ao judiciário, que esse trabalho seja efetuado de uma forma mais célere, humana e econômica.

Pois, no geral, a informalidade dos atos de cooperação, já permite que esse trabalho seja mais célere e autoriza sobretudo os magistrados a esmiuçar novos meios, objetivando a satisfação da tutela pretendida e possibilitando um maior envolvimento destes na solução das causas. Podendo essa busca ser feita das mais diversas formas possíveis, porém indica-se a documentação dos atos de cooperação realizados, visando que sejam feitos de acordo com o previsto em lei.

Sendo de grande importância a influência do instituto objetivando um processo cada vez mais humanizado. Porém, algumas questões ainda devem ser levantadas em relação a técnica da cooperação e estas serão analisadas.

A criação do instituto da cooperação, além de ter sua aplicação prática ampliada, necessita de uma colaboração por parte dos juízes no geral, estes, muitas vezes, engessados com o tradicional pensamento do juiz natural, podem se esquivar desse trabalho em equipe, por esse motivo, se mostra importante o estudo da cooperação na perspectiva dos magistrados. Pois, para que seja possível a sua aplicação concreta, estes são figuras centrais de viabilidade.

Também tem como objeto a investigação sobre meios de possibilitar aos juízes de modo geral, a tomarem conhecimento e aderir de forma mais natural possível ao instituto da cooperação. Pois, é evidente que a mudança de pensamento sobre a atuação restrita e solitária, para uma atuação geral, cooperativa e conjuntiva, não se modifica instantaneamente.

Apesar da vigência do Código de Processo Civil de 2015, a cooperação judiciária na prática, ainda se apresenta de forma discreta.

E mesmo existindo atos de cooperação que não demandam tanto a participação do juiz, a pesquisa sobre a sua participação é relevante. Citando-se, como exemplo, os atos de cooperação que tratam de mera comunicação dos atos processuais, estes atos, para serem praticados, necessitam muito mais do atuar dos oficiais de justiça ou dos servidores, do que propriamente do juiz. Porém, só o fato de a realização desses atos necessitarem, primariamente, de uma ordenação por parte do magistrado, já enaltece a importância de sua atuação.

1.1. BREVE ANÁLISE

Nesse contexto, faz-se necessário uma breve análise, para uma melhor de alguns pontos. Dentre eles, da evolução em nosso ordenamento jurídico em relação a cooperação, também em relação a atuação do juiz, a celeridade e eficiência dos procedimentos processuais.

No Código de Processo Civil de 1973, em seus artigos 200 ao 212, estabelecia que a comunicação entre juízos seria através de cartas, pelas seguintes formas: carta rogatória, carta de ordem, carta precatória. Essa forma de se comunicar, limitava a atuação do judiciário, burocratizava e retardava demasiadamente o sistema como um todo, indo contra o princípio da celeridade processual.

Com a promulgação da Carta Magna do Brasil (CF), no ano de 1988, esse diploma legal trouxe elencado em seu artigo 5º, inciso LXXVIII, uma referência indireta em relação a cooperação judiciária, o qual profere:

Art. 5º, LXXVIII – a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004).

A cooperação judiciária nacional, foi inovada pelo Novo Código de Processo Civil (CPC-15), ao prever expressamente o aludido princípio em seu art. 6º:

Art. 6º. Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva (CPC-15).

Desta maneira, o Novo Código de Processo Civil (CPC-2015) amolda-se à Constituição Federal, trazendo em seus artigos 67 ao 69, o dever de cooperação recíproca entre órgãos do Poder Judiciário, conforme se confere com a transcrição abaixo:

CAPÍTULO II - DA COOPERAÇÃO NACIONAL

Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

Art. 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.

Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:

I - auxílio direto;

II - reunião ou apensamento de processos;

III - prestação de informações;

IV - atos concertados entre juízes cooperantes.

§1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

§2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;

II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

III - a efetivação de tutela provisória;

IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;

V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;

VI - a centralização de processos repetitivos;

VII - a execução de decisão jurisdicional.

§3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.

Ao entrar em vigor, o CPC-2015, trouxe a inovação da cooperação nacional, deixando a relação processual de ser triangular, ou seja, Autor, Réu e Juiz, passando a envolver inclusive funcionários da justiça, conforme as necessidades para a solução dos conflitos. Tendo a eficiência e a celeridade processual, como alguns dos principais objetivos a serem alcançados

O tema cooperação é bastante recorrente, a Lei dos Juizados Especiais (Lei nº 9.099/95), em seu artigo 13 §2º, também já enaltecia a prática de cooperação de maneira informal, conforme vejamos:

Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995:

Art. 13. Os atos processuais serão válidos sempre que preencherem as finalidades para as quais forem realizados, atendidos os critérios indicados no art. 2º desta Lei.

§ 2º A prática de atos processuais em outras comarcas poderá ser solicitada por qualquer meio idôneo de comunicação. [...]

Ou seja, já eram realizado atos por meio de cooperação judiciária, mais informais e flexíveis, no nosso ordenamento Jurídico.

Como destaca Cunha:

[...] Não bastasse isso, é possível haver acordos de procedimentos (art.190) e o calendário processual (art. 191), de forma que as partes

podem convencionar, antes ou durante o processo, sobre seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais. Elas podem estipular mudanças no procedimento, visando a ajustá-lo às especificidades da causa, e, juntamente com o juiz, quando for o caso, o calendário para a prática dos atos processuais. Observa-se que o CPC-15 permite a flexibilização do procedimento comum. (Cunha, 2020, pág. 55).

Com isso, busca-se, cada vez mais, o distanciamento de um sistema judiciário defasado no tempo.

2. DESENVOLVIMENTO

2.1. DIVERSAS FUNÇÕES DO JUIZ

A análise da figura do juiz para a construção do raciocínio é de suma importância. Antes de ser visto como um gestor do processo, o juiz deve ser visto, de uma maneira geral, como servidor público que é. Devendo todas as suas atuações serem pautadas tanto pelos princípios processuais, quanto pelos princípios que estruturam a administração pública.

Os princípios mencionados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal (CF-88), em um total de cinco, formam uma base dentro do Direito Administrativo e se aplicam à Administração Pública direta e indireta.

O dispositivo:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. (CF-88).

Diante disso como servidor público em sentido amplo, deve o juiz estar atento, em sua atuação, aos princípios acima referidos. Destacando-se, o princípio da eficiência, o qual determina que o juiz se comprometa durante sua atuação, a praticar os atos de forma ativa e por objetivar resultados efetivos em tempo hábil – princípio da eficiência visto na sua dimensão administração judiciária. Respeitando as técnicas necessárias para atingir esse fim, devendo também, visar a qualidade do resultado e a economia processual.

Como afirma Didier:

O órgão jurisdicional competente deve ser aquele que, no exame das capacidades institucionais, seja o mais adequado para julgar o caso, a fim de que seja alcançado o melhor resultado jurisdicional – o que resume a perspectiva qualitativa da eficiência. (Didier, 2020, pág. 45).

Vindo a cooperação judiciária nacional, para ampliar essas possibilidades e destacar a figura do juiz como verdadeiro gestor de atos, objetivando a eficiência na realização de todos os procedimentos em que a cooperação se apresente, aplicando meios que considere adequado para tanto, evitando atuações protelatórias e descabidas (artigo 370 do CPC/2015). Almejando ao fim, a efetividade das suas decisões, ressaltando que o juiz competente para o processo, deve ser o que viabiliza a sua concretização.

Além dessa visão do juiz como um servidor, de forma geral, deve a atuação cooperativa ser pautada pela busca de resultados em tempo hábil, de forma econômica, e que o processo leve um tempo razoável para findar-se satisfatoriamente.

Segundo os artigos do CPC/2015, fica evidente que o legislador, visa com o novo código uma atividade cooperativa entre os envolvidos processuais e entre os gestores:

Segue os ditos artigos:

Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa. (...)

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva. (...)

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (CPC-15).

A função do juiz, fica cada vez mais enaltecida. A criação de normas reguladoras mais efetivas e a cooperação entre os membros do Poder Judiciário, possibilita a redução dos danos provocados pela morosidade do poder em questão. E, vem a cooperação como meio de combater essa questão da lentidão dos processos. Existindo a possibilidade de acordo de cooperação pelos mais diversos órgãos do poder judiciário, reduzindo a burocracia do sistema de forma geral.

Pode-se dar exemplos, como ressalta Didier:

Também não parece haver impedimento para convenções processuais envolvendo a Ordem dos Advogados do Brasil e órgãos do Poder Judiciário para, por exemplo, estipular um calendário de implantação de processos eletrônicos ou outros instrumentos de gestão da administração da justiça. Na medida em que interfiram no andamento de um processo, esses negócios serão processuais. (Didier, 2020, p. 40).

Que esses tempos sejam reduzidos, porém com uma entrega da prestação de forma célere, eficiente e eficaz, ganhando com isso, as partes, o Judiciário, os seus servidores, ou seja, o sistema processual como um todo.

Continua Didier:

Pode haver ato concertado (tipo de cooperação), por exemplo, para a realização conjunta de comunicações processuais a um litigante habitual, que está como parte em processos em diversos juízos. Essa concertação pode ser muito útil, também, para casos em que a parte se encontra em local distante da sede da vara federal ou trabalhista, cujos juízos podem acordar com o juízo estadual da localidade, independentemente de carta precatória, a citação ou intimação do sujeito. (Didier, 2020, pág. 89).

O instituto tem como escopo possibilitar ao Judiciário meios de gestão mais eficientes para a concretização da atividade jurisdicional.

Segundo destaca Hartmann:

Perpassa, portanto, pela capacidade de minimizar os custos sociais da resolução de conflitos, de modo a garantir que a destinação de recursos, que sempre é escassa, se dê para um número maior de casos em relação aos que já são atendidos pelo judiciário. (Hartmann, 2018, pág. 136).

Destacando-se também na questão em estudo, que a atuação do magistrado deve ser guiada e predeterminada pela lei, ou seja, é preciso que os atos de cooperação judiciária nacional, desde que praticados, estejam dentro dos conformes legais, devendo ao fim de sua prática serem documentados, para que sua atuação, mesmo pautada e justificada pela cooperação judiciária nacional, não fuja dos limites permitidos legalmente.

2.2. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

A cooperação judiciária nacional, veio como um instituto necessário para viabilizar a atividade prática do poder judiciário, porém não podendo ela servir como escopo para uma atuação dos juízes ilimitadas, justificadas na existência de uma cooperação livre e irrestrita. Devendo sua atuação está nos conformes da lei. É importante, durante a pesquisa, destacar o princípio da legalidade.

Como destaca Didier:

Toda a cooperação judiciária deve ser documentada. (Didier,2020, pág. 75)

O direito processual brasileiro, possui algumas características assecuratórias para que sejam possibilitados o pleno exercício e a efetivação de direitos referentes a cidadania, tais características, são ditas, garantias. Falar de garantia, significa firmeza, uma boa estruturação constitucional - processual que possibilita e garante as partes envolvidas a efetividade do poder judiciário.

As garantias, são assecuratórias de direitos, e estão totalmente ligadas a limitação do poder. Sendo, a garantia constitucional da legalidade, fundamental para essa compreensão, pois, todos os atos efetivados pelo poder público, devem ser embasados em lei ou ato formal com força de lei.

A legalidade como garantia constitucional está apoiada na legitimidade essencial para a lisura da atividade pública. Seguir essa legalidade, é necessária para todos os envolvidos no processo. A obediência aos valores prescritos na norma deve ser sempre observada, rechaçando-se qualquer injustiça ou arbitrariedade. Portanto, a atuação do poder judiciário, justificada pela cooperação judiciaria nacional, precisa ter um embasamento legal justificável, correndo o risco, de tal cooperação servir para a prática de ditas injustiças.

Devendo a técnica ser realizada dentro de um leque abrangente, porém é necessário que esses atos de cooperação sejam documentados, visando a certeza de que estão sendo realizados dentro do previsto na lei e respeitando, mesmo que minimamente, a instrumentalidade das formas.

Como ressalta Grinover, Cintra e Dinamarco:

As formas não devem sufocar a naturalidade e rapidez do processo. Trata-se de um problema técnico- político: a aversão as formas são motivadas, em geral, *pelo excesso de formalismo*, mas não é aconselhável evitar esse inconveniente abolindo por completo as exigências formais ou deixando ao juiz a tarefa de determinar as formas-, pois essa solução abriria caminho ao arbítrio. (Grinover; Cintra; Dinamarco, 2011, pág. 205).

2.3. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA COMO OBJETIVO A SER ALCANÇADO PELO JUIZ

Como exposto anteriormente, o princípio da eficiência é de suma importância, para que o juiz e o judiciário, tenham como possibilidades a busca e aplicação do instituto da cooperação judiciária nacional.

Como ressalta Didier:

O processo para ser devido, há de ser eficiente. O princípio da eficiência aplicado ao processo, é um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal. Realmente é difícil conceber como devido um processo ineficiente. (Didier, 2020, p.50).

O estudo do princípio da eficiência é necessário para uma verdadeira compreensão da perspectiva de aplicabilidade ao processo. Sempre presente na Constituição Federal de 1988, mais precisamente em seu artigo 37. Ganhou espaço no CPC-15, artigo 8º.

O sistema como um todo, é altamente engessado, sendo necessários meios menos burocráticos e mais eficientes para se alcançar os resultados almejados nas demandas. Para isso ser atingido, devem existir meios de inserir de forma natural, entre os magistrados (figura central do presente trabalho), principalmente, a cooperação judiciária, pois, este é um dos grandes temas de destaque do CPC/2015, aonde o foco é a satisfação da demanda pretendida, que deve ser entregue de forma eficiente.

Didier destaca a relação entre a cooperação judiciária e o princípio da eficiência:

[...] é também, e sobretudo, a concretização do princípio da eficiência (art.8, CPC). Por isso, a cooperação judiciária possui uma dimensão administrativa (no sentido de servir a própria administração judiciária) e processual (no sentido de servir à solução de casos). É uma forma de obter resultados melhores com menor custo e mais rapidez. (Didier, 2020, pág. 63)

O princípio do juiz natural, este universal, em seu sentido original estabelece algumas questões que hoje podem e devem ser refutadas.

Os critérios tradicionais que embasam a figura do juiz natural, são a proibição da criação de juízos de exceção - incorporado ao ordenamento pátrio no artigo 5, inciso XXXVII, CF-88, e o estabelecimento de juízo prévio competente - artigo 5 LIII, CF-88.

De acordo com o artigo 5º da CF/1988:

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:

XXXVII - não haverá juízo ou tribunal de exceção;

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente; (CF-88).

Em sua concepção tradicional e objetiva, o juiz natural é aquele juiz previsto no texto normativo. Devendo ser pré-constituído aos fatos narrados na causa de pedir, ser ordinário e regular, ou seja, a criação de um órgão do poder judiciário pré-constituído aos fatos, é determinante para que o princípio do juiz natural seja respeitado. Destacando-se a vedação a criação de tribunais de exceção pela nossa carta magna.

Como destaca Cunha:

Em razão de garantia do juiz natural, não se permite a criação de juízos extraordinários ou de tribunais de exceção, nem a instituição de juízos *post factum*, havendo necessidade de os critérios de competência estarem abstrata e genericamente predeterminados em lei. (Cunha, 2020, pág 33).

Essa vedação, revela a importância que o conceito tradicional de juiz natural tem no ordenamento como um todo. Além disso, as regras que determinam a competência, devem ser estabelecidas em lei. Não deixando margem para uma livre escolha do aplicador. Devendo sua atuação ser adstrita as regras da lei.

Para Cunha:

[...] A garantia de um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, *estabelecido anteriormente* por lei, diz respeito não apenas à acusação penal, mas igualmente à determinação de direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (Cunha, 2020, pág. 34).

Além da visão tradicional do juiz, como sendo pré-determinado, pré-estabelecido e equidistante, alguns doutrinadores, com base no CPC-2015, passaram a ver o princípio do juiz natural de uma forma diferente. Essa visão inovadora e contemporânea, merece também uma análise.

O juiz, passou a ser visto como um gestor do procedimento, ou seja, atuando de forma mais próxima as partes e administrando de maneira integral o processo, suprimindo as necessidades emergentes das demandas. A percepção do juiz como um gestor do procedimento é muito importante, tornando a resolução das demandas como cerne principal das questões. E a entrega satisfativa das pretensões se tornando o mais importante.

Dessa forma, o processo precisa ser breve, célere, porém eficaz. Não é suficiente entregar o resultado da demanda em tempo hábil, se para isso for altamente custoso para o poder judiciário e insatisfatório como resposta aos solicitantes.

Para isso, é preciso analisar de forma contemporânea a figura do juiz natural. Pois, a sua visão tradicional, apenas funciona de forma idealizada. Sendo ineficiente na prática.

Didier destaca a visão de Cabral sobre o tema:

O instrumental normativo, contudo, não é suficiente para operar a cooperação transjudicial. A cooperação judiciária depende de mudanças culturais na burocracia judiciária e na postura do juiz, que, acostumado a atuar solitariamente, deverá aprender e exercitar a cooperação com outros órgãos. (Didier, 2020, pág. 67)

A flexibilização na interpretação do princípio do juiz natural, é fundamental para viabilizar de maneira concreta a cooperação judiciária.

A necessidade da cooperação, é evidente há bastante tempo, em situações, por exemplo, como na realização de mutirões judiciais. Onde muitos processos são colocados em pautas, existe ali algum critério de seleção desses processos? Que critérios são esses? Não iria de encontro a ideia de juiz equidistante e pré-estabelecido, postulado por meio

do juiz natural? Além desse exemplo, muitos outros trazem à tona essa questão do juiz natural e sua ideia tradicional. É preciso uma ressignificação do juiz natural, mas como seria essa ressignificação?

O mundo está em constante mudança, algumas situações inusitadas podem acontecer, sendo necessário, que o direito e as suas teorias avancem de encontro com essas mudanças. Ou seja, é importante uma observação das teorias pré-estabelecidas, porém é necessário acompanhar essas mudanças e estudar formas de readaptação do todo.

Diante disso, é possível ver que no trabalho do poder judiciário (como um todo), dos juízes entre si, dos juízes com seus servidores, e dos juízes com as causas, já demonstram situações constantes de compartilhamento na realização das suas atividades. Vindo apenas a normatização da cooperação pelo Novo CPC (2015), para implementar mais ainda esses compartilhamentos.

Sempre focado no magistrado como administrador do procedimento e figura fundamental para que a cooperação judiciária aconteça de uma forma legal e instrumental. Sendo importante buscar exemplos de cooperação já existentes, como é o caso do estabelecido pelo princípio do promotor natural.

Segundo o Princípio referido anteriormente, o ordenamento veda a designação de um promotor específico para a prática de um determinado ato (*ad hoc*). Garantindo aos cidadãos que sejam acusados por um órgão independente do estado.

Segundo Oliveira:

A doutrina do promotor natural, portanto, sobretudo no que respeita ao aspecto da vedação do promotor de exceção, fundamenta-se no princípio da independência funcional e da inamovibilidade (funcional) dos membros do Ministério Público, exatamente para que a instituição não se reduza ao comando e às determinações de um único órgão da hierarquia administrativa, impondo-se, por isso mesmo, como garantia individual. É nesse ponto, precisamente, que o aludido princípio vai encontrar maior afinidade com o juiz natural. Este, orientado também para a exigência do juiz materialmente competente, além da vedação do tribunal ou juiz de exceção, constitui garantia fundamental de um julgamento pautado na imparcialidade. (Oliveira, 2009, pág. 444).

Por que motivo fazer essa análise comparativa é importante? É importante fazer esse estudo pois, mesmo os postulados do princípio do promotor natural tendo alguma proximidade aos estabelecidos pela visão tradicional do juiz natural. Existe diferença, qual seja: os membros do Ministério Público, buscam com respaldo em suas normas, trabalhar de uma forma mais colaborativa. Ou seja, se o trabalho em conjunto dos promotores é eficaz, por qual motivo, o trabalho dos juízes não seria? O trabalho dos promotores, de forma integrada para a prática de atos, é um grande exemplo de uma cooperação judiciária anterior ao Código de Processo Civil de 2015 - CPC, e que de fato funciona. Agir de forma cooperada não induz em agir parcialmente.

Segundo os ensinamentos de Antônio Cabral, para redefinir o conceito de juiz natural, seria necessária uma breve alteração em alguns pontos de seu conceito tradicional, porém preservando o núcleo essencial do juiz natural. De forma resumida, para ele: Normas estabelecidas de competência e de procedimento para definir a competência precisam existir e serem levadas em consideração. As competências devem sim, ser fixadas em parâmetros objetivos, devendo sempre ser evitado o subjetivismo, a impessoalidade (ad personae) deve estar presente como requisito e também a invariância.

O Código de Processo Civil de 2015, nos seus mais diversos artigos, procura estruturar para que o sistema processual seja cada vez mais flexível, sendo a cooperação judiciária, um dos meios de se atingir essa flexibilidade processual.

As consequências da aplicação da cooperação judiciária nacional, diante sobretudo de situações práticas, sua aplicação possibilita uma redução de custos, ficando evidente a sua necessidade em casos altamente complexos, aonde existem a valoração repetida de várias provas similares. Essa valoração, diferente de provas iguais, gera uma enorme sobrecarga no sistema. A cooperação pode possibilitar, nesses casos, uma redução de custos e redução de atos repetidos. Prezando pela economia.

Pois, os núcleos de Cooperação podem captar essas demandas mais complexas e de maneira sistemática, resolver de forma técnica e menos burocrática.

Apesar do CPC/2015, tratar da temática da cooperação judiciária, é possível destacar, que desde sua vigência, na prática os atos nela imanados, ainda correm de maneira discreta. Sendo relevante esse estudo, ir além da figura da cooperação como um todo e centrar-se fundamentalmente no desempenho do juiz, e as consequências benéficas que a cooperação pode trazer para uma nova sistemática dentro do nosso ordenamento jurídico.

Devendo aqui destacar o estudo da cooperação tanto em casos simples ou nos casos complexos, pois, em demandas simples, quando burocratizadas, retardam todo o sistema judiciário, sendo importante dar relevâncias a todos os tipos das demandas.

A figura do juiz, é fato pertinente e relevante para os deslindes das demandas, porém, deve-se entender quais os limites pessoais, procedimentais e legais dessa atuação. Limites também em relação ao subjetivismo para a prática dos atos.

O trabalho do Ministério Público de forma conjuntiva, serve de grande exemplo para ser seguido por outras esferas do poder judiciário.

3.CONCLUSÃO:

Através da resolução 38 do CNJ, que tratou desde então da cooperação judiciária nacional, a doutrina buscou entender melhor quais os meios de utilização dessa técnica procedimental na prática. Essa resolução foi ser revogada e substituída recentemente pela resolução 350 também do CNJ, segundo a qual, determina diretrizes para a aplicação do instituto. Vindo o autor Fredie Didier Jr., a contribuir consideravelmente para o entendimento dessa técnica, com a publicação do seu livro: *Cooperação judiciária Nacional*.

A contribuição do doutrinador Leonardo da Cunha, também é de importante destaque, pela sua preocupação em relação aos institutos processuais e aos princípios basilares. Buscando sempre com seu estudo, enaltecer a necessidade de um ordenamento mais eficiente e eficaz, utilizando-se de meios, como a instrumentalidade das formas, para atingir esse fim.

Para Cunha:

O juiz deve, sempre que possível, superar os vícios, estimulando, viabilizando e permitindo sua correção ou sanção, a fim de que possa efetivamente examinar o mérito e resolver o conflito posto pelas partes. O princípio da primazia do exame de mérito abrange a instrumentalidade das formas, estimulando a correção ou sanção de vícios, bem como o aproveitamento dos atos processuais, com a colaboração mútua das partes e do juiz para que se viabilize a apreciação de mérito. (Cunha, 2016, pág. 62).

Uma análise voltada para o juiz foi desenvolvida diante de um estudo da tese inovadora apresentada por Antônio do Passo Cabral. Destacando um pensamento

diferente em relação ao juiz natural e a competência, associando esse pensamento ao instituto da cooperação judiciária e a atuação dos órgãos judiciários de maneira mais flexível. Sendo determinante para a realização prática da cooperação, a mudança de pensamento dos juízes, estes arraigados pela visão tradicional do princípio do juiz natural.

Segundo enaltece Cabral:

Desenvolveu-se uma série de exceções ao princípio do juiz natural e aos sistema de competências. É possível avaliar instrumentos que excepcionam o referido princípio ao modificar a competência de forma casuística e discricionária, como, por exemplo, federalização de casos (art. 109, V-A, da CF-1988), incidente de assunção de competência (art. 947 do CPC0, julgamento de casos repetitivos (art. 928 do CPC), foro de eleição (art. 63 do CPC), não alegação de incompetência relativa (art. 306 do CPC), ato concertado entre juízes cooperantes (art. 69, p.2, do CPC). (Cabral, Antônio do Passo Cabral. Juiz natural e eficiência, vol. 970, 2016).

Pois, diante do surgimento de novas técnicas processuais, o modelo tradicional do juiz natural não se enquadra objetivamente na realidade.

Na mesma linha contribui para engrandecer o tema, Maria Gabriela Campos, em relação ao compartilhamento de competências no processo civil. Mostrando, a sua viabilidade, sem prejuízos ao ordenamento jurídico como um todo, inclusive destacando definições de competência.

Segundo Campos:

A definição de juízo competente diz respeito mais à organização do exercício da atividade jurisdicional *in concreto*, para um caso específico, do que propriamente, aos critérios de competência abstratamente considerados. (Campos, 2020, pág. 45).

Além de definir competências, Maria Gabriela Campos continua:

Como a competência é relacional, variando conforme os atos a serem praticados e os sujeitos a quem incube a sua prática, o caso concreto poderá redirecionar os vetores de eficiência, apontando para outros órgãos jurisdicionais que se mostrem igualmente aptos à prática do ato, porém de forma mais adequada. (Campos, 2020, Pág. 75).

Busca-se com o artigo, ressaltar a importância da figura do juiz, e o seu papel na viabilização da cooperação judiciária nacional. Enaltecendo o instituto da cooperação, para que o estudo dessa técnica contribua para um maior amadurecimento sobre a questão. Contribuindo para uma busca de um judiciário cada vez mais integrado e eficaz.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORBA, Mozart. *Diálogos Sobre o CPC*. 7ª edição. Salvador, Ed. JusPodivm, 2020.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. V.2, São Paulo, Ed. Atlas, 2014.

CABRAL, Antônio do Passo Cabral. *Convenções processuais*. Salvador, Ed. Juspodivm, 2016.

CABRAL, Antônio do Passo Cabral. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil*. Tese apresentada no concurso de provas e títulos para provimento do cargo de Professor Titular. Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: edição do autor, Rio de Janeiro, 2017.

CAMPOS, Maria Gabriela. *O Compartilhamento de Competências no Processo Civil- um estudo do sistema de competências sob o paradigma da cooperação nacional*. 1ª ed., Salvador, Ed. Juspodivm, 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. Lisboa, Ed. Almedina, 2002.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda pública em juízo*. Ed 17ª, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2020.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Direito intertemporal e o Novo Código de processo civil*. Ed. 1ª, Rio de Janeiro, Forense, 2016.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Jurisdição e competência*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2013.

DIDIER JR, Fredie, *Cooperação Judiciária Nacional- Esboço de uma teoria para o Direito Brasileiro*. Ed. 1ª, Salvador, Ed. Juspodivm, 2020.

DIDIER JR. Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Curso de direito processual civil*. 13ª Ed, Salvador, Ed. Juspodivm, 2016, V. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. Ed. 27^a, Ed. Malheiros, 2011.

HARTMANN, Guilherme Kronemberg. *Controle da Competência Adequada no Processo Civil*. Tese (doutorado)- URJ, Rio de Janeiro, 2018.

JOBIM, M.F; RIBEIRO, D.G. *Desvendando o Novo CPC*. 2^a ed. Porto Alegre, Ed. Livraria do advogado, 2016.

JUNIOR, Fredie Didier. *Cooperação Judiciária Nacional- Esboço de uma teoria para o direito brasileiro* – 1^a ed. Salvador, Editora Juspodvim, 2020.

MACÊDO, Lucas Buriel de. *Precedentes judiciais e o direito processual civil*. Salvador, Ed. Juspodvim, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Curso de processo civil*. V.2, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MELLO, Marcos Bernardes de. *Teoria do Fato Jurídico: Plano da Eficácia* – 8^a ed., São Paulo, Ed. Saraiva, 2003.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das leis*. São Paulo, Ed. Martin Claret, 2002.

NERY JÚNIOR, Nelson; Nery, Rosa. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo, RT, 2015.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção, *Novo Código de Processo Civil Comentado artigo por artigo*. 1 ed. Salvador: Ed. Juspodvim, 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 12^a Ed, Ed. Lumens Júris, 2009.

ANÁLISE ACERCA DA PROTEÇÃO À IMAGEM DA MULHER NOS CRIMES CIBERNÉTICOS CONTRA A HONRA, À LUZ DA LEI 12.737/2012

EMILE GOMES LASMAR:
Graduanda do curso de Direito da
Faculdade Metropolitana de
Manaus – FAMETRO

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA
(orientador)⁶³

RESUMO: O objetivo desse estudo é analisar os critérios de proteção à imagem da mulher nos crimes cibernéticos contra a honra. À luz da lei 12.737/2012. Dessa maneira, para a realização deste estudo foram realizadas pesquisas bibliográficas por meio de artigos e periódicos sobre conceitos e teorias relacionadas a jurisprudencial acerca do tema proposto por meio de pesquisa qualitativa. O estudo justifica-se pela necessidade acerca da proteção à imagem da mulher nos crimes cibernéticos e contra a honra, à luz da Lei 12.737/2012 que foi criada para combater os crimes virtuais e delitos informáticos que possam atingir a imagem da mulher. Conclui-se que a internet traz vários benefícios, mas em contrapartida propicia um meio para criminosos agirem. E a mulher tendo um direito básico e fundamental violado que é sua intimidade e vida privada, causando danos psicológicos e materiais a vítima, sendo necessária a constante atualização dos legisladores com leis que garantem a eficácia e a efetivação das normas constitucionais para que as leis sejam cumpridas.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes cibernéticos. Proteção da Mulher. Imagem.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 CRIMES CIBERNÉTICOS. 2.1 Marco civil da internet. 2.1.1 Espécies de crimes virtuais. 3 LEI “CAROLINA DIECKMANN” 12.737/2012. 3.1. Como agir em casos de crimes virtuais. 3.1.2 Análise da lei 12737/2012. 4 CONCLUSÃO. 5 REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O compartilhamento de mídia íntima é atitude que vem se disseminando e abrangendo todos os grupos sociais e etários e o envio de fotos e vídeos entre casais ajuda a manter relacionamentos, criando laços de confiança e intimidade. Os problemas surgem quando esses laços são quebrados, e uma das partes, na intenção de atingir a outra, divulga

⁶³ Professor orientador do curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO. E-mail: dario.almeida@fametro.edu.br

conteúdos trocados dentro de uma relação de confiança ou quando o dispositivo da vítima e invadido, como por exemplo: notebook ou celular.

Além disso, é possível ressaltar que há uma falsa ideia de impunidade e que a internet é uma “terra sem lei”, quando não é, uma vez que a violência virtual é complexa, pelo fato de não se encerrar no espaço cibernético, pois permite que essas informações possam chegar a milhares de usuários por meio de apenas um clique, pois a internet passa por fronteiras e continentes do mundo e assim se torna reiterada a agressão publicada. O estudo justifica-se pela necessidade acerca da proteção à imagem da mulher nos crimes cibernéticos e contra a honra, à luz da Lei 12.737/2012 que foi criada para combater os crimes virtuais e delitos informáticos que possam atingir a imagem da mulher, pois é importante pesquisar sobre o tema para mostrar que os crimes virtuais e delitos informáticos são punidos sim, além de desmitificar que a internet é uma terra sem lei.

Diante disso, surge o questionamento quais os principais impactos da lei 12.737/2012 no combate à proteção da imagem da mulher nos crimes cibernéticos contra a honra? Em hipótese o anonimato, tornou a internet um meio atraente para prática de crimes e delitos virtuais com a falsa ideia de que o crime não será punido, por que traz impactos pelo fato de não se encerrar no espaço cibernético, pois permite que essas informações possam chegar a milhares de usuários por meio de apenas um clique, visto que a internet ultrapassa fronteiras e continentes do mundo e assim se torna reiterada a agressão publicada. Dessa maneira, foi criada a lei 12.737/2012 para ajudar no processo de proteção a imagem da mulher e no combate aos crimes cibernéticos para que sejam punidos todos que cometem crime dessa natureza.

O objetivo desse estudo é analisar os critérios de proteção à imagem da mulher nos crimes cibernéticos contra a honra. À luz da lei 12.737/2012. Arelado a isso delimitou-se os objetivos específicos: explicar a relação entre a internet e os crimes virtuais; conceituar crimes cibernéticos e mostrar as ineficácias e as falhas que a referida Lei contém.

O presente estudo foi realizado por meio de pesquisas bibliográficas que, de acordo com Gil (2013), a pesquisa bibliográfica é elaborada a partir de material já publicado, a fim de buscar conceitos e teorias relacionadas a jurisprudência a partir de uma pesquisa qualitativa. Além disso, foi utilizado a pesquisa exploratória, que Gil (2013) visa proporcionar maior familiaridade com o problema, com o intuito de torná-lo mais explícito ou de construir hipóteses. Marconi e Lakatos (2014) corroboram esta ideia ao afirmarem que “a pesquisa exploratória, consiste na investigação de pesquisa empírica, cujo objetivo é formulação de questões ou de um problema”. Também serão utilizadas Normas vigentes com o intuito de embasar e dar veracidade ao texto. Como método de abordagem do conhecimento científico indutivo através de diversas leituras, que é a maneira mais simples de aprender a aprender é não imitar.

Portanto, o estudo também visa contribuir com a comunidade acadêmica e para novos estudos sobre a temática que será desenvolvida ao longo dessa pesquisa em relação aos critérios de proteção a imagem da mulher contra crimes cibernéticos que são vivenciados por elas no âmbito virtual.

2 CRIMES CIBERNÉTICOS

A evolução tecnológica está veemente e todos os dias surgem novas ferramentas à disposição dos usuários para se conectarem uns com os outros, entretanto, apesar desta constante evolução, surgiram problemas e crimes virtuais, pois muitos criminosos utilizam desta ferramenta de fácil acesso para cometer delitos.

O conceito de “delito informático” poderia ser talhado como aquela conduta típica e ilícita, constitutiva de crime ou contravenção, dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva, praticada por pessoa física ou jurídica, com o uso da informática em ambiente de rede ou fora dele, e que ofenda, direta ou indiretamente, a segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade a confidencialidade (ROSSINI, 2012, p. 127).

Dessa maneira, é possível entender que o conceito de crime cibernético é também qualquer violação de um sistema informático sem qualquer tipo de consentimento para que seja usado tendo como principal objetivo a subtração dos dados da vítima. Além disso, ao contrário do que muitos imaginam, os crimes virtuais não são tão atuais, entretanto passaram a ter mais atenção com o passar do tempo. Além disso, o ordenamento jurídico brasileiro passou grandes mudanças em relação aos crimes cibernéticos, sendo possível destacar o novo Marco Civil da Internet (MCI), sancionado em abril de 2014 através da lei nº12.965/2014 cujo avanço é bastante significativo. Pode-se afirmar também sobre o ciberespaço que “apesar do conceito de ciberespaço não abranger um corpo físico ou espaço geográfico, ele representa uma construção social, feita à imagem e semelhança do mundo físico” (EMAG, 2017).

Por conseguinte, é possível citar como principais exemplos de crimes cibernéticos impuros, temos os contra honra, condutas que envolvam o armazenamento de fotos de pornografia infantil, estupro virtual, e vingança pornô ou um outro termo (do inglês, reveng porn). Todos esses crimes estão relacionados com as mídias sociais que são cometidos por meio de tablets, aparelho celular, computadores ou algum dispositivo conectado à internet o que contribui para que estes crimes virtuais é o fácil acesso a fotos, às vezes até mesmo a vítima compartilha fotos íntimas sem ter a noção que pode ser usada contra ela, e isto acaba atingindo-a de forma negativa. Há sistemas criados que facilitam à consumados crimes virtuais, e segundo Vianna (2001, p.62) em sua tese de mestrado, os

sujeitos que desenvolvem os Malwares, levando em conta o modus operandi em uma forma objetiva, classificam-se em:

CRACKERS DE SISTEMAS – piratas que invadem computadores ligados em rede.

CRACKERS DE PROGRAMAS – piratas que quebram proteções de software cedidos a título de demonstração para usá-los por tempo indeterminado, como se fossem cópias legítimas.

PHREAKERS – piratas especialistas em telefonia móvel ou fixa.

DESENVOLVEDORES DE VÍRUS, WORMS e TROJANS – programadores que criam pequenos softwares que causam algum dano ao usuário.

PIRATAS DE PROGRAMAS– indivíduos que clonam programas, fraudando direitos autorais.

DISTRIBUIDORES DE WAREZ – webmasters que disponibilizam em suas páginas softwares sem autorização dos detentores dos direitos autorais. (VIANNA, 2001, p. 62).

Existem também indivíduos de acordo com Viana (2001, p.65) que possuem habilidades técnicas para acessar os sistemas tecnológicos e cometerem os crimes de acordo com a lista abaixo:

CURIOSOS – agem por curiosidade e para aprender novas técnicas. Não causam danos materiais à vítima. Leem os dados armazenados, mas não modificam nem apagam nada. Muitos seguem códigos de ética próprios ou de um grupo ao qual são filiados.

PICHADORES DIGITAIS – agem principalmente com o objetivo de serem reconhecidos. Desejam tornar-se famosos no universo cyberpunk e para tanto alteram páginas da Internet, num comportamento muito semelhante aos pichadores de muro, deixando sempre assinado seus pseudônimos. Alguns deixam mensagens de conteúdo político, o que não deve ser confundido com o cibe terrorismo.

REVANCHISTA – funcionário ou ex-funcionário de uma empresa que decide sabotá-la com objetivo claro de vingança. Geralmente

trabalharam no setor de informática da empresa, o que facilita enormemente a sua ação, já que estão bem-informados das fragilidades do sistema.

VÂNDALOS – agem pelo simples prazer de causar danos à vítima. Este dano pode consistir na simples queda do servidor (deixando a máquina momentaneamente desconectada da Internet) ou até mesmo a destruição total dos dados armazenados.

ESPIÕES – agem para adquirirem informações confidenciais armazenadas no computador da vítima. Os dados podem ter conteúdo comercial (uma fórmula de um produto químico), político (e-mails entre consulados) ou militar (programas militares).

CIBERTERRORISTAS – são terroristas digitais. Suas motivações são em geral políticas e suas armas são muitas, desde o furto de informações confidenciais até a queda do sistema telefônico local ou outras ações do gênero.

LADRÕES – têm objetivos financeiros claros e em regra atacam bancos com a finalidade de desviar dinheiro para suas contas.

ESTELIONATÁRIOS – também com objetivos financeiros; em geral, procuram adquirir números de cartões de créditos armazenados em grandes sites comerciais. (2001, p. 64/65).

Através da análise das classificações dos crimes cibernéticos, e das técnicas utilizadas, percebe-se uma amplitude de crimes que podem ser praticados na rede, bem como a complexidade das ações cometidas, até a consumação dos crimes.

2.1 Marco civil da internet

O Marco Civil da Internet foi sancionado como Lei 12.965/2014, possuindo 32 artigos. Apresentado na Conferência Multissetorial Global sobre o Futuro da Governança da Internet (NET Mundial), realizada em São Paulo, nos dias 23 e 24 de abril de 2014. Consistindo em um considerável progresso para o ordenamento jurídico brasileiro, tornando-se essencial para pacificar conflitos que decorrem do uso da internet no Brasil. Influenciando de uma forma ampla a área do Direito Digital. A internet surgiu e ela permite a troca de informações a todo instante, dessa forma, este meio de comunicação permite cada vez mais as pessoas serem próximas umas das outras e permite a liberdade de expressão.

Entretanto, há também alguns problemas relacionados a dificuldades para apuração. Os crimes cometidos na internet tais como: fraude, estelionato virtual, racismo, xenofobia e misoginia são alguns dos exemplos de crimes que podem e são praticados nela. Sendo assim será discutido o marco que a Lei 12.965/14 e sua aplicabilidade tal legislação entrou em vigor no ano de 2014. Abaixo será mostrado o que garante a lei.

Art. 3º A disciplina do uso da internet no Brasil tem os seguintes princípios - garantia da liberdade de expressão, comunicação e manifestação de pensamento, nos termos da Constituição Federal; II - proteção da privacidade; III - proteção dos dados pessoais, na forma da lei (BRASIL, 2012, F).

É possível perceber a partir do que a lei da garantia da liberdade expressão, privacidade e proteção em relação aos dados pessoais, entretanto apesar de ter este amparo legal ainda há muitos crimes que são cometidos e a lei nem sempre é cumprida da forma como deveria ser. Por conseguinte, Leonardi (2012), confirma o que foi citado em relação a proteção dos dados pessoais e cadastrais do usuário:

Os dados cadastrais e de conexão do usuário não se confundem com o conteúdo das comunicações eletrônicas realizadas por ele. O sigilo dos dados cadastrais e de conexão é protegido pelo direito à privacidade, que não prevalece em face de ato ilícito cometido, pois, do contrário, permitir-se-ia que o infrator permanecesse no anonimato (LEONARDI, 2012, p. 35)

A Lei estabelece que no Artigo 22 que quando há algum tipo de crime ilícito cometido pelo usuário poderá ocorrer a quebra do sigilo dos dados pessoais:

I - Fundados indícios da ocorrência do ilícito; II - justificativa motivada da utilidade dos registros solicitados para fins de investigação ou instrução probatória; e III - período ao qual se referem os registros (BRASIL, 2012, F)."

Sendo assim, a partir do que foi citado acima poderá ocorrer a quebra do sigilo de acordo com a lei se houver indícios do que foi citado anteriormente. Ainda assim podemos citar que mesmo com a referida lei que é um marco civil em relação a internet que pode ajudar no que concerne aos crimes virtuais, pois a Lei 12.965/2014 mostra o que é a internet e como as pessoas estão amparadas por ela:

Art. 2º A disciplina do uso da internet no Brasil tem como fundamento o respeito à liberdade de expressão, bem como: I - o reconhecimento da escala mundial da rede; significa reconhecer a

amplitude global da Internet – como um conjunto de meios de transmissão, transferência, roteamento e comunicação, estruturados em escala mundial, cujos serviços podem ser acessados através de computadores localizados em qualquer lugar do globo. Art. 5o Para os efeitos desta Lei, considera-se: I - internet: o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes; A palavra “Internet” tem origem inglesa, proveniente da palavra “internacional” e “net” (ou rede, em português), significando a existência de uma rede mundial de computadores interligados, que possibilitam o acesso e troca de informações em qualquer lugar do mundo. Art. 7o O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: I - inviolabilidade da intimidade e da vida privada, sua proteção e indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; as informações pessoais transmitidas através da rede – principalmente no que diz respeito aos e-commerces, que detém dados completos dos usuários, inclusive número de cartão de crédito – devem ser armazenados no mais estrito sigilo. Qualquer violação à privacidade dos usuários será devidamente indenizada Art. 8o A garantia do direito à privacidade e à liberdade de expressão nas comunicações é condição para o pleno exercício do direito de acesso à internet. Parágrafo único. São nulas de pleno direito as cláusulas contratuais que violem o disposto no caput, tais como aquelas que: I - impliquem ofensa à inviolabilidade e ao sigilo das comunicações privadas, pela internet; ou II - em contrato de adesão, não ofereçam como alternativa ao contratante a adoção do foro brasileiro para solução de controvérsias decorrentes de serviços prestados no Brasil.

Há também a lei de crimes informáticos (leis 12.735/12 e 12.737/12) que entrou em vigor na data de 02 de abril de 2013, elas alteram o Código Penal para tratar dos crimes cibernéticos. Esta lei, a 12.735/12, transitou no congresso desde 1999 (PL 84/99, na câmara). Em seu texto original ele era bem extenso e bastante polêmico no sentido da responsabilidade dos provedores de internet, mas apesar disso, durante sua tramitação foi reduzido a quatro artigos, sendo reduzidos a dois por veto na sanção, pela presidente Dilma Rousseff. Diante das leis e do Marco Civil da internet percebe-se que há as leis e garantias dos usuários.

2.1.1 Espécies de crimes virtuais

A violência virtual é complexa, pelo fato de não se encerrar no espaço cibernético, pois permite que essas informações possam chegar a milhares de usuários por meio de apenas um clique, pois a internet passa por fronteiras e continentes do mundo e assim se torna reiterada a agressão publicada. Além dos crimes físicos surgiram também com essa constante globalização os crimes virtuais que na maioria das vezes deixam as vítimas sem saída, pois esses crimes acontecem até mesmo sem que o criminoso conheça a vítima.

É possível ressaltar também as contribuições advindas dos avanços tecnológicos, e seus avanços para a sociedade, contudo advinda deste avanço há outro problema a ser destacado a interferência na vida pessoal e na intimidade de cidadãos. Portanto, diante do exposto que mostrou como os crimes virtuais são cometidos, as leis penais que foram criadas para que tais crimes não fiquem impunes, os riscos que podem ocorrer a partir das relações com as redes sociais que podem levar a exposição íntima da vítima. Por fim, destaca-se que ainda é preciso que as leis sejam contínuas para que os crimes virtuais sejam punidos e que as vítimas possam ser reparadas dos danos causados a elas.

3 LEI “CAROLINA DIECKMANN” 12.737/2012

Uma das leis criadas após crimes virtuais e que podem ser citadas foi a Lei Carolina Dieckmann, que recebeu o nome da atriz após a grande repercussão gerada após a invasão e divulgação de suas fotos íntimas serem expostas nas redes sociais. Sendo assim, a criação da norma trouxe um ordenamento jurídico e criminal de invasão de dispositivo de informática. Com esse novo tipo penal, que se encontra no artigo 154-A do Código Penal, dispõe o seguinte:

Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

A lei 12.737/12, apelidada como Lei Carolina Dieckmann, torna crime as cometidas através da internet, tais como: invasão de computadores, roubo e/ou furto, derrubada de sites, (SILVEIRA, 2015).

Art. 154-A. Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa. § 1o Na mesma pena incorre quem produz, oferece, distribui, vende ou

difunde dispositivo ou programa de computador com o intuito de permitir a prática da conduta definida. No § 2º Aumenta-se a pena de um sexto a um terço se da invasão resulta prejuízo econômico. § 3º Se da invasão resultar a obtenção de conteúdo de comunicações eletrônicas privadas, segredos comerciais ou industriais, informações sigilosas, assim definidas em lei, ou o controle remoto não autorizado do dispositivo invadido: Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave. § 4º Na hipótese do § 3º, aumenta-se a pena de um a dois terços se houver divulgação, comercialização ou transmissão a terceiro, a qualquer título, dos dados ou informações obtidas. § 5º Aumenta-se a pena de um terço à metade se o crime for praticado contra: I - Presidente da República, governadores e prefeitos; II - Presidente do Supremo Tribunal Federal; III - Presidente da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Assembleia Legislativa de Estado, da Câmara Legislativa do Distrito Federal ou de Câmara Municipal; ou IV - dirigente máximo da administração direta e indireta federal, estadual, municipal ou do Distrito Federal (BRASIL, 2014, p. 1)

A criação da lei 12.737/2012, mais conhecida como lei Carolina Dieckmann, após hackers invadirem o e-mail da atriz e terem acesso as fotos íntimas dela e compartilharem nas mídias sociais com apenas um clique. A Lei 12.737/12 alterou o texto do artigo 154 do Código Penal Brasileiro, que apenas tratava de violação de segredo profissional, com a lei sancionada criou-se o artigo 154-A do Código Penal, tipificando assim, as invasões de qualquer dispositivo de informática, imputando ao cometedor do crime, pena de detenção, podendo essa chegar até um ano, além de multa (BENCKE, 2013). O texto do caput do artigo 154-A/CP, introduzido pela lei 12.737/2012, diz que:

Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita.

E, analisando sob a ótica da doutrina previamente reportada, se trata de um crime cibernético próprio, pois é um tipo de crime que somente pode ocorrer no ciberespaço (DURAN, 2015).

3.1. Como agir em casos de crimes virtuais

É notório a violência contra a mulher no meio virtual é crime, por exemplo, disseminação de imagens que atentem contra a honra Apesar da existência da lei, há

lacunas por exemplo na referida lei 12.737/2012, Código Penal, art. 154-A quanto a proteção da pessoa, conforme o relatório de violência contra a mulher:

Não há no Brasil uma legislação específica para enquadramento de casos de ataques coordenados na Internet - aplica-se a legislação relativa aos atos individuais praticados. Quando essas condutas têm a ver com crimes contra minorias raciais-étnicas ou comunidades religiosas, é aplicada a legislação antirracista (ver ofensa/incitação ao ódio ou crime, acima). Ficam de fora crimes relacionados à discriminação ou violência com base em gênero e sexualidades. (CODING RIGHTS, p. 38, 2017)

Os crimes virtuais são punidos da mesma forma que se pune qualquer outro crime, sendo de suma importância que as provas sejam devidamente preservadas. Para se coletar e preservar as evidências em meio eletrônico deve-se imprimir, salvar arquivos em meio eletrônico, e-mails, print screen de telas, ou mesmo a impressão da página pelo escrivão policial (visto que seus atos possuem fé pública), de tudo que possa servir como evidencia e possa desaparecer de maneira rápida e sem deixar vestígios. E sempre se lembrar de que todas as provas são importantes para a investigação. As provas devem ser armazenadas e protegidas em algum tipo de mídia que seja protegida contra alterações, como CD-R, por exemplo. Logo após deve-se procurar um cartório e registrar uma ata notarial das evidências, assim atribuindo validade jurídica às provas atribuídas.

A ata notarial serve para pré-constituir prova dos fatos. Muitas vezes não temos como provar uma situação potencialmente perigosa ou danosa. O tabelião é, portanto, uma testemunha oficial cujo ato vai desencadear a fé pública e fazer prova plena perante qualquer juiz ou tribunal. (CASSANTI, 2014, p.57).

A ata notarial pode ser utilizada para comprovar inúmeros fatos, conteúdos divulgados em páginas da internet, de mensagens e o IP emissor, textos que contenham injúria, calúnia e, ou difamação, violação de direitos autorais e de imagem, entre outros:

Nas verificações (tanto no meio físico, quanto no eletrônico), o tabelião constata os fatos, relatando fielmente tudo aquilo que presenciou. A ata notarial tem força certificante para comprovar a integridade e a veracidade destes documentos, atribuir autenticidade, fixar a data, hora e existência de arquivo eletrônico. (CASSANTI, 2014, p.57)

Conforme aponta Busato (2017, p. 247), “o crime de difamação consiste em imputar à vítima fato capaz de atingir sua honra objetiva, ou seja, sua reputação, consumando-se quando um terceiro toma conhecimento da imputação ofensiva”. Referido tipo penal tem como bem jurídico protegido a honra objetiva da pessoa natural ou jurídica, que, nas palavras de Galvão (2013, p. 285), se refere ao “respeito e ao apreço de que é merecedora perante as demais pessoas no ambiente social”. Nos casos de pornografia de vingança, é inquestionável que a honra da vítima é violada, posto que a intimidade da vítima é exposta de forma incontrollável, rapidamente, e sem que se possa, na maioria das vezes, apagar (todos) os vestígios deixados pelo compartilhamento indevido do material pornográfico.

Diante do exposto, a pessoa que foi vítima de crime virtual deve antes mesmo de fazer o Boletim de ocorrência em uma delegacia é indispensável que a vítima colete e preserve adequadamente as evidências do crime eletrônico. Normalmente, arquivos, e-mails em diversos padrões, telas ou screenshots de páginas são as provas que constituem o corpo de delito eletrônico. No caso de WhatsApp, Telegram e outros aplicativos móveis, fazer prints e backup das conversas. Diante das provas coletadas registrar a ocorrência (e não oferecer queixa como muitos dizem) junto à uma delegacia especializada. Se não houver delegacias especializadas a vítima deve procurar uma de sua região.

3.1.2 Análise da lei 12737/2012

A Lei 12737/2012 (Lei Carolina Dieckmann) incluiu o artigo 154-A no Código Penal, criminalizando a invasão de dispositivo móvel para obtenção, adulteração ou destruição de dados ou informações, sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo. A pena prevista é de reclusão de 3 meses a 1 ano e multa, mas pode ser aumentada para de 6 meses a 2 anos e multa se a ação resultar em acesso ao conteúdo de comunicação privada. Nos casos em que a vítima é uma pessoa física, trata-se de ação privada, ou seja, depende de representação.

No âmbito civil, é possível o ajuizamento de ação de ações civis de obrigação de fazer e não fazer, para remoção do conteúdo, e de pedidos de indenização (por danos morais e materiais causados, arts. 186, 187 e 927 do Código Civil), com base na violação de direitos da personalidade, como a honra e a imagem da vítima.

O Marco Civil da Internet, como já mencionado, pode ser uma saída legal possível, caso a violência relacionada a dados pessoais seja também uma “violação da intimidade decorrente da divulgação, sem autorização de seus participantes, de imagens, de vídeos ou de outros materiais contendo cenas de nudez ou de atos sexuais de caráter privado”. Nesses casos, como visto, a vítima poderá notificar diretamente a plataforma para remoção do conteúdo, que se tornará responsável juridicamente mesmo sem ordem judicial, com base no mecanismo previsto no art. 21 da lei.

Infelizmente esses casos de exposição da mulher por fotos ou vídeos íntimos publicados na rede tem crescido alarmantemente e são provocados na sua maioria por pessoas bem próximas a vítima, ou seja, por parceiros que não aceitam o fim do relacionamento e que procuram atingir a integridade física, moral e psicológica. Após a divulgação das imagens íntimas, a interatividade proporciona um julgamento moral em que milhares de pessoas desconhecidas comentam as imagens, compartilham e promovem um ciclo de violência contínua às vítimas, que não atinge supostamente apenas a uma vida virtual, mas principalmente a sua vida real no seu cotidiano, através de humilhações e ameaças virtuais ou físicas.

A ameaça comumente ocorre antes do material ser divulgado na internet, já que o agressor tem a posse desse conteúdo pornográfico e faz com que a vítima atenda aos seus caprichos com a promessa de que, se ela obedecer à sua vontade, ele não fará a exposição. Mesmo que o material pornográfico tenha sido produzido com o consentimento da vítima, quando o agressor, desautorizado por ela, o divulga, com o propósito de lhe denegrir a honra subjetiva, consumado está o crime de injúria. A lesão corporal por dolo eventual se consuma nesse crime quando o agressor, tendo consciência que a vítima possa vir a sofrer danos em sua saúde mental, como a depressão, não se importando com isso, faz a divulgação, causando assim eventos.

Por se tratar de um fenômeno novo, não existe um levantamento específico sobre esse tipo de agressão, por isso, não há estatísticas das vítimas. Segundo informações da ONG Marias da Internet “o veículo de difamação campeão é o Facebook, mas a gente tem percebido uma migração para o WhatsApp. As ferramentas e as facilidades para se cometer esse crime têm aumentado”.

De acordo com informações do Blog do WhatsApp postado em julho de 2017, “No ano passado, nós divulgamos que, por mês, um bilhão de pessoas utilizam o WhatsApp ao redor do mundo. Hoje, anunciamos com muita alegria e com muito orgulho que um bilhão de pessoas utilizam o WhatsApp todos os dias”; mediante as informações do WhatsApp 4.5 bilhões de fotos e 1 bilhão de vídeo são compartilhados por dia.

De acordo com o site da revista Exame, uma pesquisa realizada pelo (Desiree Catani / Flickr) aponta o Brasil como um dos países que mais usam o WhatsApp. Com a velocidade que as informações circulam é impossível ter o controle do que ocorrerá com um conteúdo publicado. Muitas das vítimas não conseguem reagir mediante a humilhação dos fatos, além da falta de apoio em leis e métodos que possam efetivamente punir os infratores, provoca uma sensação de impunidade que acaba por levar a vítima a terríveis momentos, não conseguindo enfrentar os familiares e nem a sociedade, pois essa ação de exposição

da sua intimidade é algo irreversível, é um fardo que a vítima terá que levar para sua vida e com desfechos muitas das vezes irreparáveis, como o suicídio.

Ademais, a Lei nº. 13.718/2018 conforme o seu artigo 1º, tipificou os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, tornou pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabeleceu causas de aumento de pena para esses crimes e definiu como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo.

Em suma, a violência cometida no “mundo virtual” contra a mulher é a continuação da violência que ocorre todos os dias contra a mulher no “mundo real”. De acordo com o site Agência Patrícia Galvão, para Beatriz Accioly, pesquisadora do Núcleo de Estudos sobre Marcadores Sociais da Diferença do Departamento de Antropologia da (FFLCH/USP).

A internet se tornou outro mecanismo por meio do qual se perpetuam as violências contra as mulheres. Atualmente, temos nomeada a pornografia de vingança, ou o reveng porn, quando um ex-namorado ou alguém que teve acesso a uma foto íntima erótica de uma pessoa a divulga sem consentimento. Há o hackeamento de informações pessoais, por exemplo, no caso do aplicativo de táxi, e há ainda o assédio pela internet, com a difamação online. A cada dia aparece um novo tipo de violência, há uma explosão de categorias. ” (Violência De Gênero Na Internet).

Muitas vítimas de violência carregam consigo marcas profundas deixadas pelas agressões sofridas e quando não tratadas tendem a ser mais suscetíveis a outras formas de violências, seja na sua vulnerabilidade ou na reprodução da violência com outras pessoas.

A vítima de abusos físicos, psicológicos, morais e/ou sexuais é vista por cientistas como indivíduo com mais probabilidades de maltratar, sodomizar outros, enfim, de reproduzir, contra outros, as violências sofridas, do mesmo modo como se mostrar mais vulnerável às investidas sexuais ou violência física ou psíquica de outrem. (SAFFIOTI. 2004. p. 18).

A divulgação de materiais íntimos pode alcançar centenas de sites e milhares de pessoas e em pouquíssimo tempo destruir com a vida da vítima. A Constituição Federal de 1988 assegura, no artigo 5º termo X - que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”, mas estamos longe de banir com essa violação, ainda mais quando se trata de violência contra mulher.

A Lei nº 11.340 (Maria da Penha) para incluir o combate de condutas ofensivas contra a mulher na Internet.

As proposições em tela pretendem punir os autores e defender as vítimas de “pornografia de vingança”, modalidade de crime eletrônico que consiste em expor para grupos ou de forma massiva, sem autorização da vítima, imagens, vídeos ou demais informações íntimas, tomadas em confiança, em geral durante fase em que o autor do crime e a vítima mantinham relação afetiva; ou, de forma ainda mais violenta, expor imagens de atos perpetrados contra a vítima, muitas vezes estupros coletivos, tendo o autor do crime eletrônico participado ou assistido ao evento criminoso. (PL 5555/2013).

O fato é que é impossível não reconhecer o avanço tecnológico, mas também a discrepância na demora da legislação para prevenir e punir a violência sexual cometida contra as mulheres nas mídias sociais. É importante salientar que com o avanço tecnológico não deixou para traz as raízes patriarcais.

Em geral, pensa-se ter havido primazia masculina no passado remoto, o que significa, e isto é verbalizado oralmente e por escrito, que as desigualdades atuais entre homens e mulheres são resquícios de um patriarcado não mais existente ou em seus últimos estertores. De fato, como os demais fenômenos sociais, também o patriarcado está em permanente transformação. Se, na Roma antiga, o patriarca detinha poder de vida e morte sobre sua esposa e seus filhos, hoje tal poder não mais existe, no plano de jure. Entretanto, homens continuam matando suas parceiras, às vezes com requintes de crueldade, esquartejando-as, ateando-lhes fogo, nelas atirando e as deixando tetraplégicas etc.” (SAFIOTTI, 2004, p.45)

Um exemplo triste foi o caso que aconteceu em 2013, de acordo com a notícia do site Pragmatismo Político uma jovem de Piauí cometeu o suicídio após o vazamento de um vídeo íntimo em que mantinha relações sexuais publicada via WhatsApp.

O caso levantou polêmica, justamente pelo dano que as redes sociais vêm causando aos jovens, que não aprenderam ainda a lidar com a ferramenta e acabam caindo em armadilhas. É cada vez mais comuns notícias sobre o vazamento de vídeos íntimos, que mudam a vida dos protagonistas por completo, e alguns acabam chegando ao extremo, como o caso da adolescente de Parnaíba. (FONTE: Site Pragmatismo Político)

A intimidação e a violência na internet utilizados geralmente pelas redes sociais expõem a todo o tempo as mulheres, muitas são vítimas de pessoas conhecidas. Em geral, o caso tem como principal suspeito o “ex-companheiro”, que rouba ou detém tais imagens e que após o fim do relacionamento utiliza como uma forma de humilhar, se vingar ou ameaçar a integridade moral publicando e expondo fotos e vídeos sensuais.

A rapidez, o impacto e à amplificação de tudo que transita nas mídias sociais está revelando um lado desprezível, ao ser utilizado para expor, humilhar e prejudicar mulheres. Dessa forma, a divulgação das imagens íntimas de mulheres sem seu consentimento, deveria configurar como um total ataque a dignidade da mulher. Em suma, pode-se considerar que esse tipo de violência é um reflexo da cultura do estupro que se estende as mídias sociais, quando o homem “dominador” estabelece uma relação de poder e medo intimidando uma mulher “dominada” em um processo de constrangimento virtual.

4 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto ao longo do desenvolvimento do estudo, conclui-se que a ocorrência dos crimes cibernéticos em face das mulheres, em âmbito virtual, cresce significativa e diariamente, o que causa ainda a sensação de impunidade para quem comete os crimes. Além disso, o Direito Penal, como instrumento de controle da sociedade, não pode ficar alheio a essa percepção.

A legislação penal brasileira carece do devido amadurecimento no que diz respeito à punição dos crimes praticados contra as mulheres em âmbito virtual, a análise do material teórico selecionado permitiu perceber que discutir a proteção específica da imagem da mulher na internet significa redimensionar todas as percepções sobre as questões de gênero dentro e fora do espaço virtual a partir da análise da Lei 12.737/2012 que discorre das penalidades para quem comete tais crimes contra à imagem e honra da mulher.

Conclui-se que a internet traz vários benefícios, mas em contrapartida propicia um meio para criminosos agirem. E a mulher tendo um direito básico e fundamental violado que é sua intimidade e vida privada, causando danos psicológicos e materiais a vítima, sendo necessária a constante atualização dos legisladores com leis que garantem a eficácia e a efetivação das normas constitucionais para que as leis sejam cumpridas.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil.** Brasília. 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm.

_____. **Lei nº 12.737, de 30 de novembro de 2012. Dispõe sobre A Tipificação Criminal de Delitos Informáticos; Altera O Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 -**

Código Penal; e dá outras providências. Brasília, Disponível em: Acesso em: 30 abr. 2020, F.

BRASIL. **LEI Nº 12.965, DE 23 DE ABRIL DE 2014.** Marco Civil da Internet ABDET – Academia Brasileira de Direito do Estado

BRASIL. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos Lei Maria da Penha: **Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006**, que dispõe sobre mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher. –Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2010.

CASSANTI, Moisés de Oliveira. **Crimes virtuais, vítimas reais.** Rio de Janeiro: BRASPORT, 2014.

CODING RIGHTS; INTERNETLAB. **Violências contra mulher na internet: diagnóstico, soluções e desafios.** Contribuição conjunta do Brasil para a relatora especial da ONU sobre violência contra a mulher. São Paulo, 2017.

CONSULTORIO JURÍDICO. **Uma análise sobre o revenge porn e a eficácia dos mecanismos jurídicos de repressão.** 2019. Disponível em: Acesso em: 24 abr. 2020.

EMAG, Escola de Magistrados da Justiça Federal da 3ª região, **Investigação e provas nos crimes cibernéticos.** 2017. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br/documentos/emag/Midiasepubucacoes/Cadernosdeestudoscri mesciberneticos/cadernodeestudosn1crimesciberneticos.pdf/>> acesso em: 24 de abr. 2020.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4. ed. São Paulo: Atlas 2006.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet.** São Paulo: Saraiva, 2012.

MARCONI, M. A.; LAKATOS, E. M. **Fundamentos de metodologia científica.** São Paulo: Atlas, 2005.

MOTA, Bruna Germana Nunes. **Pornografia de vingança em redes sociais: perspectiva de jovens vitimadas e as práticas educativas digitais.** Dissertação de Mestrado Acadêmico em Educação Brasileira. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará – UFC, 2015.

PEREIRA, Marília do Nascimento. A superexposição de criança e adolescentes nas redes sociais: necessária cautela no uso das novas tecnologias para a formação de identidade. **Anais do 3º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade.** Santa Maria - RS: Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, 2015.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, Telemática e Direito Penal**. São Paulo, Memória Jurídica, 2004. Pg.110.

SAFFIOTI, Heleieth I. B. **Gênero, Patriarcado, Violência**. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2004.

SILVEIRA, Artur Barbosa da. **Os crimes cibernéticos e a Lei nº 12.737/2012 (“Lei Carolina Dieckmann”)**. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/35796/oscrimes-ciberneticos-e-a-lei-n-12-737-2012-lei-carolina-dieckmann>. Acesso em 23.abr.2020

VIANNA, Túlio Lima. **Do Acesso Não Autorizado a Sistemas Computacionais: Fundamentos de Direito Penal Informático**. Disponível em http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/BUOS-96MPWG/disserta_o_t_luo_lima_vianna.pdf?sequence=1. Acesso em 14 de fevereiro de 2021.

POSSE E PORTE DE ARMA

SANY RHAISSA CAMPOS COSTA:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil - Fernandópolis -
SP.

ANDRÉ DE PAULA VIANA⁶⁴

(orientador)

RESUMO: No século XX, foi criada a primeira lei de controle de armas de fogo, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. O intuito do trabalho tem como objetivo apresentar o tema sobre posse e porte de arma e suas diferenças. Venho por meio de este destacar que os brasileiros defendem o direito a posse de arma para defesa própria, proteção da família ou da propriedade. Mostrar as diferenças de arma longa e arma curta. Falar sobre o registro de arma de fogo e qual as armas e calibres de uso permitido, de uso restrito e de uso proibido. Ter posse e porte de arma necessita de um preparo psicológico, responsabilizando consigo mesmo, são situações que gera conflito em vários âmbitos. O Estatuto do Desarmamento torna o acesso às armas de fogo mais seletivo, e ao mesmo tempo em estimula o desarmamento da população ao indenizar os indivíduos que entregam armas espontaneamente em postos credenciados. Conclui-se, que teve uma queda em 2018 e 2019, e um aumento em 2020 e agora uma nova queda em 2021 nos casos de assassinatos por arma de fogo no Brasil.

Palavras chaves: Estatuto do Desarmamento. SINARM. Armas de fogo. Porte de arma.

ABSTRACT: In the 20th century, the first law to control firearms was created by then President Fernando Henrique Cardoso. The purpose of the work is to present the theme about possession and possession of a weapon and its differences. I hereby emphasize that Brazilians defend the right to possess a weapon for self-defense, protection of family or property. Show the differences of long weapon and short weapon. Talk about firearm registration and which weapons and calibers are allowed, restricted and prohibited use. Possession and possession of a weapon requires psychological preparation, taking responsibility for oneself, these are situations that generate conflict in several areas. The Disarmament Statute makes access to firearms more selective, and at the same time encourages the disarmament of the population by compensating individuals who spontaneously surrender weapons at accredited posts. It is concluded that there was a drop

⁶⁴<http://lattes.cnpq.br/4428702481856069>

in 2018 and 2019, and an increase in 2020 and now a new drop in 2021 in the cases of firearm murders in Brazil.

Keywords: Status of Disarmament. SINARM. Firearms. Weapon.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ARMAS DE FOGO. 2. POSSE E PORTE DE ARMA DE FOGO. 2.1 Argumentos usados a favor e contra a posse e porte de arma. 3. DO REGISTRO DE ARMA DE FOGO. 3.1 Armas de fogo de uso permitido. 3.2 Armas de fogo de uso restrito. 3.3 Armas de fogo de uso proibido. 4. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. 5. HOMICÍDIOS NO BRASIL. 6. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

A primeira lei de regulação de armas de fogo foi instituída em 1997, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso. A Lei de nº9437/97 criou o SINARM (Sistema Nacional de Armas), que é de responsabilidade da polícia Federal e tem como objetivo, entre outros, realizar o registro das armas de fogo e dos portes Federais de arma. As licenças de porte estaduais continuariam sendo de responsabilidade das secretarias de segurança pública dos estados.

Conforme apontado por Melo (2013), a obrigatoriedade de registro de armas no sistema nacional de armas é fundamental para melhorar o controle do fluxo de abastecimento e aquisição de armas legais. No entanto, o mesmo artigo enfatiza que mesmo que o registro seja exigido, nenhum resultado significativo foi alcançado em termos de armas ilegais ou irregulares.

[...] existem no Brasil, atualmente cerca de 9 milhões de armas registradas no Sinarm; entretanto, segundo dados da Polícia Federal, apenas 1.624.832 armas estão com registro ativos. As demais se encontram com situação irregular. Isso se dá pela a excessiva burocracia para a renovação de registro ativos. Especialistas dizem que ainda devem existir milhares de outras armas, que estão nas mãos dos cidadãos que buscam se proteger de criminosos, mas que sequer chegaram a ser cadastradas no órgão da Polícia Federal (MELO, 2013,p.33).

No Brasil, como já elucidado, a literatura é extremamente escassa. Geralmente, os estudos têm como objetivo analisar o efeito do Estatuto do Desarmamento (ED) sobre as mortes por armas de fogo. O ED foi aprovado em 2005 através de um referendo popular (Lei nº 10.826 de 2003). Suas ações contemplavam o controle de comercialização e uso de armas de fogo, além do comércio de munição em todo o território nacional. O objetivo

central era minimizar as mortes por armas de fogo a partir das restrições de compra, venda e transferência de propriedade destas.

O Estatuto não tem o objetivo de desarmar, mas sim, de regulamentar tanto a posse quanto o porte de armas de fogo no Brasil.

O aumento da taxa de criminalidade se espalha de várias formas na mídia, sua divulgação e impacto são assustadores, principalmente quando se trata de crimes contra pessoas, podemos citar formas de roubo, homicídio e estupro. Esses dados norteiam a discussão sobre o uso de armas de fogo, pois no Brasil os bandidos têm fácil acesso às armas e se contradizem, embora o país tenha um baixo índice de perda de armas na sociedade, é um dos países com armas. O número de mortes causadas pelo uso de armas de fogo é muito alto, ainda maior do que em zonas de guerra.

Segundo Rebelo (2014), ao analisar os dados divulgados pelo Mapa da Violência, os índices de violência no Brasil, observa-se claramente que as políticas em favor do desarmamento civil não reduziram o número de homicídios no país.

De acordo com o Atlas da Violência 2020, divulgada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) e pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) 71,1% dos assassinatos no Brasil foram cometidos com armas de fogo. O crescimento médio anual dos homicídios por arma de fogo antes do Estatuto do Desarmamento 1980 - 2003 são de 5,9% e Depois do Estatuto do Desarmamento 2003 - 2018 é 0,9%.

Para todo o ano de 2021, o número de assassinatos no Brasil caiu 7% em relação ao ano anterior. De acordo com uma parceria entre o site de notícias G1 e o Centro de Estudos da Violência da Universidade de São Paulo e o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 41.069 pessoas morreram. Os resultados mostram uma nova mudança na curva exponencial: uma queda em 2018 e 2019, um aumento em 2020 e agora uma nova queda em 2021.

A posse de arma de fogo consiste no fato de o indivíduo manter em sua residência ou local de trabalho uma arma de fogo, está previsto artigo 5º da Lei 10.826/2003; enquanto que o porte por sua vez se trata de o indivíduo ter consigo a arma de fogo fora de seu domicílio e local de trabalho e somente as pessoas autorizadas pelo art.6º do Estatuto do Desarmamento poderão portar armas de fogo.

De acordo com Gabriel Habib (Leis Penais Especiais, Tomo I, 4ª edição. p.79):

Posse consiste em manter a arma intra muros, no interior da residência ou local de trabalho. Porte é extramuros, isso é fora da residência ou local de trabalho.

Diante do exposto, o trabalho em tela tem como objetivo precípuo analisar e refletir sobre o impacto do Estatuto do Desarmamento que trouxe regras sobre a posse e porte de arma na taxa de homicídios no País, as diferenças de porte e posse de armas, expor os prós e contras através da opinião popular, pesquisa aonde mostra se os brasileiros defendem ou não o direito a posse, explicar sobre o SINARM, explicar sobre o Estatuto do Desarmamento.

1.ARMAS DE FOGO

A arma de fogo é um artefato capaz de disparar um ou mais projéteis em alta velocidade através de uma ação pneumática provocada pela expansão de gases resultantes da queima de um propelente de alta velocidade.

Para Nucci (2014) arma de fogo é "instrumento vulnerante, fabricado, particularmente, para ofender a integridade física de alguém, ainda que possa ser com o propósito de defesa contra agressão injusta".

O Decreto nº 9.493, de 5 de setembro de 2018, que aprovou o Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados, conceitua arma de fogo da seguinte forma:

Arma que arremessa projéteis empregando a força expansiva dos gases gerados pela combustão de um propelente confinado em uma câmara que, normalmente, está solidária a um cano que tem a função de propiciar continuidade à combustão do propelente, além de direção e estabilidade ao projétil (BRASIL, 2018).

O doutrinado Capez (2017, p. 360), em sua obra "Curso de direito penal: legislação penal especial", define arma de fogo como espécie do gênero arma própria:

As armas próprias são os objetos, os instrumentos, as máquinas ou os engenhos dotados de potencialidade ofensiva, fabricados com a finalidade exclusiva de servirem como meios de ataque e defesa, tais como o socoinglês, o punhal, a espada, a lança, o revólver, a espingarda, a granada etc.

A arma de fogo se dá de diferentes tamanhos. Sendo eles, a arma curta, é o nome dado a uma arma que se caracteriza pelo tamanho e peso reduzidos, geralmente pode ser operada e disparada com apenas uma mão, não requer apoio de ombro e seu uso é totalmente individual. Entre armas curtas, há uma distinção entre revólveres e a pistolas semi-automáticas. Já uma arma longa é uma arma de fogo com um cano mais longo do que outros tipos. As armas longas geralmente são projetadas para serem usadas com as duas mãos e apoio no ombro. Entre armas longas portáteis, pode ser feita uma distinção entre espingarda e escopeta, carabina, rifle, fuzil e mosquetão.

Figura 1 – Arma curta “Revólver 357 magnum”



Fonte: Arquivo pessoal.

O Revólver RT 066 Cal. .357 MAG: É uma arma confortável, equilibrada e que não balança muito na mão, sendo recomendada para treinos de tiro esportivo devido ao seu alto desempenho. Esse revólver contém o cano de 6 polegadas, com um tambor de 6 tiros e mira com Inserto. É uma linda arma que antes era comercializada mais nos Estados Unidos, que entretanto passou a ser comercializada no Brasil, no calibre .357mag. Acabamento: Inox Fosco. Tipo Funcionamento: Repetição. Sentido Raia: Direita. Tipo Alma: Raiada. Quantidade Canos: 1. Marca: Taurus. Tipo de Ação: SA/DA - Dupla Ação. Tipo de Carregador: Tambor. Sistema de Segurança: Barra de Percussão. Altura: 146mm. Largura: 38mm. Comprimento Cano: 153mm / 6 polegadas. Comprimento Total: 291mm. Peso Arma: 1284g. Tipo de Mira: Mira com Inserto. O seu valor varia de R\$ 4.000,00 a R\$ 6.000,00.

Figura 2 – Arma curta “Pistola Semi-Automática 9x19mm Parabellum”



Fonte: Arquivo pessoal.

Pistola Taurus G2C Cal. 9mm Oxidada 12 Tiros: Compacta, ergonômica, leve e de pronto emprego. Pesando aproximadamente 600 gramas, armação em polímero de alta resistência, tamanho compacto e sistema de percussor lançado, é a arma ideal para o porte velado e pronto emprego, sendo também uma excelente alternativa para uso como arma e back up. Funcionamento: Semi-automática. Capacidade: 12+1 Tiros. Comprimento do Cano: 3.3" Polegadas - 83mm. Ação: SA/DA. Peso: 610g s/ Carregador. Acabamento: Carbono Fosco (Oxidada). Trava: de percussor. Indicador de: munição na câmara. Trava: manual. Trava: do Gatilho. O seu valor varia de R\$ 4.000,00 a R\$ 6.000,00.

Figura 3 – Arma longa “Carabina 22 Long Rifle e Carabina .357 Mag”



Fonte: Arquivo pessoal.

Carabina 22 Long Rifle: É um rifle semiautomático, o 7022 Way oferece alta velocidade de disparo, podendo disparar 10 tiros em menos de 2 segundos. Com uma precisão incrível a longas distâncias e um recuo quase imperceptível, gerando maior conforto e confiança ao operador. Conta com cartuchos .22 Curto e .22 Expresso, o sistema semiautomático necessita ser alimentado manualmente, a cada disparo. Possui coroa de madeira do tipo Monte Carlo tratada em estufa com acabamento em verniz de poliuretano fosco. Desenho do cabo do ferrolho 'mais robusto' para facilitar seu manejo, além de reforçar o design tático do novo Rifle. Fabricante: CBC. Comprimento do cano: 21". Comprimento total: 100,3cm. Peso: 1970g. Acabamento: Oxidado. O seu valor varia de R\$ 2.000,00 a R\$ 5.000,00.

Carabina .357 Mag: A Carabina puma é ideal para a caça e lazer. Possui ação por alavanca, com ferrolho de duplo trancamento, percussor flutuante e cão exposto. Espécie da arma: carabina. Tipo coroa: fixa de madeira. Tipo funcionamento: repetição. Quantidade raias: 6. Sentido raia: direita. Tipo alma: raiada. Calibre: 357 mag. Tipo acabamento: inox. Quantidade canos: 1. Número de tiros: 12. Tipo de ação: sa-ação simples. Tipo de mira: mp-mira padrão. Sistema de segurança: parafuso travado. Altura: 180 mm. Largura: 39 mm. Comprimento cano: 24,1 pol. Comprimento total: 1080 MM. Peso: 3,445 kg. O seu valor varia de R\$ 7.000,00 a R\$ 9.000,00.

2. POSSE E PORTE DE ARMA DE FOGO

Salienta-se que posse e porte de arma de fogo não se confundem, visto que, ostentam finalidades diferentes.

A posse de arma de fogo significa poder mantê-la sob sua guarda em casa e no trabalho, desde que a pessoa seja o responsável legal ou proprietário do estabelecimento, conforme bem explicita o artigo 5º da Lei 10.826/2003. "A arma, deve, portanto, permanecer depositada em local abrigado, seja ele casa ou outro local onde o proprietário, comprovadamente esteja residindo ou trabalhando" (FACCIOLLI, 2015, p107).

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.

Para ter direito à posse de arma o cidadão deve ter no mínimo 25 anos, declarar efetiva necessidade de uso, apresentar comprovação de idoneidade e inexistência de

inquérito policial ou processo criminal, bem como a comprovação de capacidade técnica e aptidão psicológica, conforme o art. 4º da mesma lei.

Segundo Damásio (2005, p. 32), possuir significa “agir como proprietário ou simplesmente titular do poder de ter a arma à sua disposição”, logo, não é preciso que o sujeito seja, de fato, o proprietário da arma para caracterizar a posse, bastando tê-la em seu poder.

Sobre a posse irregular de arma de fogo prescreve o artigo 12 da Lei

10.826/03:

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.

O porte de arma é proibido no Brasil desde 2003, salvo em poucas exceções explicitadas na Lei 10.826/03 hoje em vigor. O porte significa essencialmente poder trazer a arma de fogo consigo e pronta para o uso, municiada e ao alcance das mãos, em locais que não são de sua propriedade, é configurado pelo transporte, pelo deslocamento da arma de fogo. Em regra, é proibido em nosso ordenamento jurídico. Vale dizer: somente as pessoas autorizadas pelo art.6º do Estatuto do Desarmamento poderão portar armas de fogo.

Art. 6º É proibido o porte de arma de fogo em todo o território nacional, salvo para os casos previstos em legislação própria e para:

- I – os integrantes das Forças Armadas;
- II – os integrantes de órgãos referidos nos incisos I, II, III, IV e V do caput do art. 144 da Constituição Federal e os da Força Nacional de Segurança Pública (FNSP);(Redação dada pela Lei nº 13.500, de 2017).
- III – os integrantes das guardas municipais das capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 (quinhentos mil) habitantes, nas condições estabelecidas no regulamento desta Lei; (Vide ADIN 5538)(Vide ADIN 5948).

Sobre o porte irregular de arma de fogo prescreve o artigo 14 da Lei n. 10.826/03:

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.

Sobre a posse e o porte ilegal de arma de fogo prescreve o artigo 16 da Lei 10.826/03:

Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Configura infração penal a conduta daquele que, sem registro, possuir ou manter sob guarda, em sua residência ou dependência desta, ou ainda, em seu estabelecimento de trabalho ou empresa, arma de fogo, assim como, a conduta daquele que trazer consigo, com pronto uso, arma de fogo sem a licença da autoridade competente.

2.1 Argumentos usados a favor e contra a posse e o porte de arma

A favor	Contra
O decreto pode influenciar na diminuição da violência, já que o ladrão vai ter dúvida se a vítima está armada.	Um bandido assalta tua residência, aí ele vai achar a arma. Isso é um tiro no pé.
Diz Leonardo Fração, Presidente do Instituto Cultural Floresta.	Diz Gilberto Thums, Professor de direito penal e procurador de Justiça Criminal do MP-RS.

<p>Isso que está se querendo implementar agora é o que o povo quer.</p> <p>Diz Luiz Fernando Oderich, Fundador da ONG Brasil Sem Grades.</p>	<p>Hoje, mais de 80% do armamento apreendido no Brasil já foi legal. A arma na mão do cidadão é a que o bandido rouba e usa.</p> <p>Diz Rafael Alcadipani Da Silveira, Professor na FGV, Fórum Brasileiro de Segurança.</p>
<p>De concreto, o único avanço foi o aumento do prazo de registro para 10 anos, mas é muito tímido.</p> <p>Diz Diego Gomes Ferreira, Advogado e um dos fundadores do Grupo Armas Pela Vida.</p>	<p>Quem está se inspirando nos EUA não está propondo facilidade ao acesso de armas e controle de bebidas alcoólicas.</p> <p>Diz Marcos Rolim, Sociólogo e presidente do Instituto Cidade Segura.</p>

3. DO REGISTRO DE ARMA DE FOGO

O art. 3º da Lei nº 10.826/03 traz a obrigatoriedade do registro das armas de fogo ao prescrever: é obrigatório o registro de fogo no órgão competente, esse registro fica a cargo da Polícia Federal, quando se tratar de armas de uso permitido e do Comando do Exército para as armas de uso restrito. O certificado de registro de arma de fogo é expedido pela Polícia Federal e autorizado pelo o Sistema Nacional de Armas (SINARM).

3.1 Armas de fogo de uso permitido

A arma de fogo de uso permitido é aquela cuja utilização é autorizada a pessoas físicas, bem como as pessoas jurídicas, de acordo com as normas do comando do Exército e nas condições previstas na Lei 10.826, de 2003 (art. 10, do Decreto 5.123/2004).

Parater a aquisição de armas de fogo de uso permitido é necessário uma previa autorização a Policia Federal, o interessado deverá declarar a efetiva necessidade e atender aos requisitos estabelecidos em Lei, dentre eles tem-se: 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;

Sendo atendidos esses requisitos o SINARM tem um prazo de 30 dias úteis a contar da data do requerimento para a devida justificativa sobre a autorização ou recusada do registro.

É importante que os requisitos tratados anteriormente devam ser comprovados periodicamente, em período não inferior a três anos, para a renovação do Certificado de Registro de Arma de Fogo.

Os calibres permitidos estão contidos no art. 17 do R-105.

Têm como exemplos as espingardas e todas as armas de fogo, congêres de alma lisa, de qualquer modelo, tipo, calibre ou sistema. Armas de fogo raiadas, longas, de uso civil já consagrado, como carabinas, rifles e armas semelhantes, até o calibre .44 (11,17mm), inclusive, estando excetuadas ao uso permitido, apesar de terem calibres inferiores ao máximo admitido acima (11,17mm), as armas de calibres consagrados como armamento militar padronizado, como, por exemplo, 7mm; 7,62mm (.30); 223.

Os Revólveres, até o calibre .38 (9,65mm), inclusive; Pistolas semi-automáticas, até o calibre .380 ACP (9mm curto); Garruchas, até o calibre .380 (9,65mm), inclusive. Espingardas ou pistolas de pressão por molas (que atiram setas ou pequenos grãos de chumbo ou balas pequenas, de matéria plástica), até o calibre 6mm, inclusive.

As armas que tenham por finalidade dar partida em competições desportivas, que utilizem cartuchos contendo, exclusivamente, pólvora e que são conhecidas, na gíria dos armeiros, pelo nome de "espanta-ladrão".

Os cartuchos carregados com balas, para armas de fogo raiadas, de uso permitido, exceto as que, embora dentro dos calibres permitidos, possam multiplicar estilhaços no tiro, possuam ação explosiva ou incendiária ao impacto do projétil ou possuam características que só as indiquem para emprego em fins policiais ou militares. Chumbo de caça, inclusive a escumilha; Lunetas e acessórios para as armas de uso permitido.

3.2 Armas de fogo de uso restrito

A arma de fogo de uso restrito é aquela de uso exclusivo das Forças Armadas, de instituições de segurança pública e de pessoas físicas e jurídicas habilitadas, devidamente autorizadas pelo comando do Exército, de acordo com a legislação específica.

Os calibres restritos estão contidos no art. 16 do R-105.

As armas de fogo de uso restrito são as armas de fogo automáticas, de qualquer tipo ou calibre, semi-automáticas ou de repetição que sejam: não portáteis; de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova,

energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; ou portáteis de alma raiada, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules;

Já as munições de uso restrito são as munições que: atinjam, na saída do cano de prova de armas de fogo de porte ou de armas de fogo portáteis de alma raiada, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules; sejam traçantes, perfurantes ou fumígenas; sejam granadas de obuseiro, de canhão, de morteiro, de mão ou de bocal; ou sejam rojões, foguetes, mísseis ou bombas de qualquer natureza.

3.3 Armas de fogo de uso proibido

A arma de fogo de uso proibido trata-se de uma arma que não pode ser usada de hipótese alguma, ou seja, é aquela cuja posse ou porte não podem ser autorizados nem mesmo pelas forças armadas.

Um exemplo comum é a .50, que nem mesmo os policiais e o exército é autorizado a ter essa arma.

As armas, acessórios, petrechos e munições iguais ou similares, no que diz respeito aos empregos tático, estratégico e técnico, ao material bélico usado pelas Forças Singulares ou Estrangeiras. Armas, acessórios, petrechos e munições que, não sendo constitutivos de material bélico das Forças Singulares ou Estrangeiras, nem similares às empregadas em qualquer dessas Forças Singulares, possuam características que só as tornem aptas para emprego militar ou policial. Carabinas (espingardas raiadas), rifles e todas as armas raiadas, congêneres, de calibre superior ao .44 (11,17mm).

Os revólveres, de calibre superiores ao .38 (9,65mm). Pistolas semi-automáticas de calibres superiores a 7,65mm, ou inferiores a 7,65mm mas que tenham o comprimento do cano maior de 15 cm. Garruchas de calibre superior ao .380 (9,65mm).

As armas de gás (comprimido); não compreendidas nesta classificação as armas de pressão por mola (que atiram setas, ou pequenos grãos de chumbo, ou balas pequenas de matéria plástica), até o calibre 6mm, inclusive. Armas de gás (agressivo), quaisquer que sejam os dispositivos que possuam, desde que sirvam para o emprego de agentes químicos agressivos, sendo excetuadas do caráter de uso proibido, as armas que tenham por finalidade dar partida em competições desportivas, que utilizem cartuchos contendo exclusivamente pólvora e conhecidas, na gíria dos armeiros, pelo nome de "espantaladrão".

As carabinas, rifles e semelhantes, semi-automáticos, de calibre superior a .22 (5,588mm). Dispositivos que constituam acessórios de armas e que tentam por objetivo

modificar-lhes as condições de emprego, como silenciadores de tiro, quebra-chamas e outros, que sirvam para amortecer o estampido ou a chama do tiro.

4. ESTATUTO DO DESARMAMENTO

Em 22 de dezembro de 2003, foi aprovada a Lei nº 10.826/2003, mais conhecida como Estatuto do Desarmamento, regulamentado pelo Decreto nº 5.123/2004, o qual dispõe sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM, registro, posse, porte e comercialização de armas de fogo e munição, como também definem crimes e dá outras providências. A Lei 10.826/03 entrou em vigor no dia seguinte à sanção do presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, quando foi publicada no Diário Oficial da União. Portanto, começou a vigorar no dia 23 de dezembro de 2003.

Os principais pontos dessa lei são: proibir o porte de armas por civis, com exceção para casos onde há ameaça à vida da pessoa; O porte de arma terá duração previamente determinada, estará sujeita à demonstração de efetiva necessidade, a requisitos para a obtenção de registro; O porte poderá ser cassado a qualquer tempo, principalmente se o portador for abordado com sua arma em estado de embriaguez ou sob o efeito de drogas ou medicamentos que provoquem alteração do desempenho intelectual ou morto.

O Projeto de Lei 556/21 atualiza taxas previstas no Estatuto do Desarmamento para registro, renovação de certificado e expedição de porte de armas de fogo. O texto está em análise na Câmara dos Deputados.

Considerando os valores vigentes, a proposta aumenta a taxa para registro de arma de fogo, dos atuais R\$ 60 para R\$ 100, e reduz todas as demais no caso de pessoas físicas e empresas de segurança privada e transporte de valores.

Para pessoa física, a expedição de porte de arma de fogo baixará de R\$ 1.000 para R\$ 100. Serão gratuitas as renovações do certificado de registro de arma de fogo (R\$ 60 vigentes) e do porte de arma de fogo (hoje R\$ 1.000), bem como as segundas vias de certificado de registro e de porte, atualmente R\$ 60 cada.

No caso das empresas de segurança e transporte de valores, o registro de arma de fogo cairá dos atuais R\$ 60 para R\$ 10 a unidade. A renovação do certificado de registro de arma de fogo, também R\$ 60 por unidade hoje, será gratuita.

O Estatuto do Desarmamento tornou mais seletivo o acesso ao porte de arma e, ao mesmo tempo, trouxe estímulos à população para se desarmar, mediante o pagamento de indenização para os indivíduos que, espontaneamente, entregarem suas armas nos postos credenciados. Destaca-se também que de 2004 até 2011 o recebimento de armas e munições pela Campanha do Desarmamento era realizado apenas pela Polícia Federal. Após 2011, outros órgãos da segurança pública passaram a integrar a rede de postos de

recolhimento: Corpo de Bombeiro Militar; Guarda Municipal; Polícia Civil; Polícia Militar; Polícia Rodoviária Federal; entidades da sociedade civil.

A Lei 10.826/03 prevê uma recompensa em dinheiro para o cidadão que entregar sua arma a Polícia Federal. A recompensa varia de R\$150 a R\$ 450, dependendo do tipo de arma. Por causa desse programa foram entregues mais de 670 mil armas às autoridades entre 2004 e 2015, de acordo com o Ministério da Justiça.

Veja a tabela com os dados divulgados pelo Ministério da Justiça com relação ao volume de armas de fogo entregues desde a introdução do Estatuto até 30/07/2014:

Tabela 1 – Volume de armas entregues no Brasil de 2004 até 06/2014

Período	Armas Entregues	Porcentagem
2004 a 2010	550.000	84,0%
2011 (antes do Sistema Desarma)	2.860	0,4%
2011 (06/05/2011 a 31/12/2011)	34.749	5,3%
2012	27.316	4,2%
2013	31.265	4,8%
2014 (até 30 de junho)	8.493	1,3%
Total	654.683	100%

Fonte: BRASIL / Ministério da Justiça / Guia Prático do Desarmamento, 2014.

A entrega das armas é gerenciada por um sistema informatizado, o “sistema desarma”, que foi especialmente desenvolvido para a campanha nacional do desarmamento. O sistema, é organizado de modo a garantir a confidencialidade no momento da entrega das armas de fogo e munições, a agilidade no pagamento das indenizações.

Verifica-se na tabela, que após a introdução do sistema desarma, em 2011, houve um grande aumento no recolhimento das armas de fogo.

Importante destacar que a Lei nº 10.826/2003 desde o momento que entrou em vigor gerou debates calorosos, principalmente por aqueles que acreditam que a burocracia nos processos de legislação e as mais diversas ações para reduzir a quantidade de armas não são capazes de reduzir os índices de violência no País. No entanto, os que estavam à frente das campanhas para o desarmamento apostavam na premissa de que, quanto menos armas, menos violência.

Nucci seguia o seguinte pensamento:

Segundo Nucci (2014), a falsa aparência de segurança, de quem portava arma, várias vezes, terminava em tragédia pelo uso indevido

do instrumento vulnerante em brigas de bar e em casas noturnas. Era preciso tomar uma providência no campo legislativo, o que ocorreu, primeiramente, em 1997, com a edição da Lei 9.437, transformando a contravenção de porte ilegal de arma de fogo em crime.

Percebe-se que a lei em estudo, trouxe regulamentos mais severos, não só sobre a possibilidade do comércio de armas de fogo, como também expandiu a competência ao SINARM, e expandiu inúmeros crimes existente tipificando figuras novas.

5. HOMICÍDIOS NO BRASIL

Segundo um Estudo sobre homicídio, realizado pela Organização das Nações Unidas, o Brasil possui a segunda maior taxa de homicídios da América do Sul, embora os níveis de homicídios estejam declinando em muitas áreas do mundo, em outras eles estão aumentando assustadoramente, somente quatro países, dentre eles, o Brasil, respondem por um de cada quatro assassinatos cometidos no mundo (EISNER, 2015).

O número de homicídios no Brasil caiu 7% em 2021 em relação ao ano anterior. Este é o resultado de um índice nacional de homicídios criado pelo g1 com base em dados oficiais de 26 estados e do Distrito Federal. Durante todo o ano passado, o país registrou 41.100 mortes violentas intencionais, uma queda de 3.000 em relação a 2020. Esse é o menor número de toda a série histórica do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que coleta dados desde 2007. As vítimas dos seguintes crimes estão incluídas nos números: Homicídio intencional (incluindo feminicídio), Roubo (morte após um assalto) e lesão corporal e depois a morte.

A queda de homicídios em 2021 retoma a tendência de queda que o órgão de vigilância da violência registra no país desde seu balanço de 2018. Essa tendência foi interrompida em 2020, um ano com alta de mais de 5% durante a pandemia, mas voltou a ser registrada em 2021. Com a redução, o número de mortos voltou aos níveis vistos em 2019, quando foram registrados 41,7 mil óbitos. Naquele ano, a série teve a maior queda, de 19%.

Tabela 2 – Números de assassinatos volta a cair



Número de assassinatos volta a cair no Brasil — Foto: Elcio Horiuchi/g1

Nucci (2014) afirma que:

A proliferação incontrolada das armas de fogo pelo País pode levar à sensível piora na segurança pública, pois não somente o criminoso faz uso indevido desses instrumentos, mas também o pacato indivíduo que, pela facilidade de ter e usar uma arma de fogo, pode ser levado a resolver conflitos fúteis com agressão a tiros, gerando homicídios e lesões corporais de toda espécie cometidos de forma leviana e inconsequente.

É importante destacar o uso de armas de fogo como instrumento para perpetrar homicídios, para o pesquisador Júlio Jacobo Waiselfisz (2015, p. 9) “o imenso arsenal de armas de fogo existentes no país faz com que o Brasil tenha indicadores de mortes matadas equivalentes ou superiores aos de países que vivem situação de guerra ou conflito civil armado”.

Uma maior disponibilidade de armas de fogo em circulação pode fazer diminuir o preço no mercado ilegal, facilitando o acesso desses artefatos aos criminosos, além disso,

as chances de um indivíduo armado sofrer homicídio, durante um crime, como um roubo, por exemplo, aumenta. Fora isso, a maioria dos crimes letais acontecem num ambiente de conflito em que o portador da arma de fogo na mão termina perdendo a cabeça e matando o oponente (CERQUEIRA, 2017).

Os dados aqui apresentados demonstram além da necessidade de políticas públicas voltadas para a redução de homicídios no Brasil, que uma maior difusão de armas de fogo poderia aumentar a insegurança pública e a ocorrência de crimes violentos, Cerqueira (2019) mostrou evidências de que “a cada 1% a mais de armas de fogo em circulação há um aumento de 2% na taxa de homicídio”.

Percebe-se que as armas de fogo desempenham um papel indiscutivelmente relevante nos crimes violentos cometidos no Brasil, razão pela qual há a necessidade de uma melhora no campo das políticas públicas voltadas para o controle desses artefatos, como medida de prevenção da violência.

6. CONCLUSÃO

O Estatuto do Desarmamento foi regulamentado com o objetivo de diminuir o número de armas de fogo no Brasil, com o intuito de diminuir o número de crimes relacionados ao seu uso, já que o país apresenta índices altíssimos de violência e homicídios.

Passados mais de doze anos da aprovação do estatuto do desarmamento, o que se percebe é que se burocratizou o processo para o cidadão de bem possuir uma arma para sua defesa pessoal, mas impacto algum teve na redução da violência no país. O número de mortes por arma de fogo não diminuiu, e o número de armas de fogo nas mãos dos bandidos somente aumentou. E o pior, grande parte dessas armas não são registradas.

Neste passo, se torna necessária reflexão sobre a manutenção do estatuto desarmamento, já que sua finalidade não foi atingida (diminuição do número de armas e mortes no país). Conforme explicado anteriormente 64,5% dos brasileiros defende o direito a posse de arma para defesa própria, proteção da família ou da propriedade, 70,8% dos entrevistados têm dificuldades para a compra e o registro de armas e cabe ao SINARM catalogar e registrar todas as armas em circulação no Brasil.

Lembrando então que a posse refere-se ao ato de manter a arma intramuros, no interior da residência ou no local do trabalho. O porte refere-se ao ato de está com a arma extramuros, ou seja, fora da residência ou do local do trabalho.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEARTAC.COM. **Carabina Puma .357 Magnum 20? Inox – Taurus**. Disponível em: <https://beartac.com.br/carabina-puma-357-magnum-20-inox-taurus/>. Acesso em: 24 mar. 2022.

BEARTAC.COM. **Rifle .22 Semi Automático CBC 7022 Standard 10 Tiros 21? Coronha em Madeira**. Disponível em: <https://beartac.com.br/rifle-22-cbc-7022-standard-10-tiros-21-coronha-em-madeira/>. Acesso em: 24 mar. 2022.

BRASIL, **Lei nº 10.826/2003**. In: VadeMecum. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2014

BRASIL. Decreto nº 5.123, de 1º de julho de 2004. Regulamenta a Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003, que dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas - SINARM e define crimes. **Diário Oficial da União**, Brasília, 1º jul. 2004.

BRASIL. Decreto nº 9.493, de 5 de setembro de 2018. Aprova o Regulamento para a Fiscalização de Produtos Controlados. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 set. 2018.

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. **Diário Oficial da União**, Brasília, 22 dez. 2003.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Campanha Nacional do Desarmamento– Um País Unido Pela Paz**. Min. Luiz Paulo Teles Ferreira Barreto. 2013. Disponível em: Acesso em 27 Ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. **Guia prático do Desarmamento**. Secretaria Nacional de Segurança Pública, Senasp, PNUD, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: legislação penal especial**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 4.

CASA DO TIRO. **REVÓLVER RT 066 CALIBRE .357MAG 6POL**. Disponível em: <https://www.casadotiro.com.br/produtos-ver/revolver-rt-066-calibre-357mag-6pol/3926>. Acesso em: 24 mar. 2022.

CERQUEIRA, Daniel. et al. **Atlas da Violência 2018**. Rio de Janeiro, jun. 2018

EISNER, Manuel. Como **reduzir os homicídios em 50% nos próximos 30 anos**. Instituto **Igarapé**. Ago. 2015. Notas de homicídios 1. Disponível em: <https://igarape.org.br/como-reduzir-os-homicidios-em-50-nos-proximos-30-anos/>. Acesso em: 06 set. 2021.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Argumentos a favor e contra a posse e o porte de armas.**

Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/saopaulo/2013/07/1310107-confira-alguns-argumentos-a-favor-e-contra-a-posse-e-o-porte-de-armas.shtml>>. Acesso em: 04 out. 2021.

GLOBO.COM. **Número de assassinatos cai 7% no Brasil em 2021 e é o menor da série histórica.**

Disponível em: <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2022/02/21/numero-de-assassinatos-cai-7percent-no-brasil-em-2021-e-e-o-menor-da-serie-historica.ghtml>. Acesso em: 25 mar. 2022.

GZH SEGURANÇA. **Veja três opiniões a favor e três contra o decreto que flexibiliza a posse de armas no Brasil.**

Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2019/01/veja-tres-opinioes-a-favor-e-tres-contra-o-decreto-que-flexibiliza-a-posse-de-armas-no-brasil-cjqyf68b101em01uk1kawad4u.html>. Acesso em: 23 mar. 2022.

INSTITUTO DEFESA. **Quais são as armas de uso “permitido” no Brasil.** Disponível em: <<https://www.defesa.org/quais-sao-as-armas-de-uso-permitido-no-brasil/>>. Acesso em: 06 out. 2021.

JESUS, Damásio Evangelista de. **Direito penal do desarmamento: anotações à parte criminal da lei nº 10.826 de 2003.** 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.7

JUS BRASIL. **Posse e porte de arma.** Disponível em:

<<https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2527721/qual-a-diferenca-entre-posse-e-porte-de-arma-de-fogo-aurea-maria-ferraz-de-sousa>>. Acesso em: 02 out. 2021.

MUNDO DAS ARMAS. **Armas de uso permitido e restrito.** Disponível em:

<<https://www.mundodasarmas.com/2017/05/armas-de-uso-permitido-e-uso-restrito.html?m>>. Acesso em: 05 out. 2021.

PESCA E CIA. **Pistola Taurus G2C Cal. 9mm Oxidada - 12 Tiros.** Disponível em:

<https://www.pescaeciaarmas.com.br/armas-de-fogo/pistolas/pistolas-cal-9mm/pistola-aurus-g2c-cal9mm-oxidado-12t/>. Acesso em: 25 mar. 2022.

WASELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2015: Mortes Matadas por Armas de Fogo.**

Brasília, UNESCO/ FLACSO, 2015. Instituto Sangari, Ministério da Saúde e Ministério da Justiça.

PANDEMIA CAUSADA PELA COVID-19 E SEUS EFEITOS COLATERAIS EM RELAÇÃO AOS ÍNDICES DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

JANNIELLY NERES SARAIVA SOARES:
Bacharelada em Direito pela Universidade
De Gurupi - UNIRG.

KÁDYAN DE PAULA GONZAGA E CASTRO⁶⁵

(orientadora)

RESUMO: Combatida através da Lei Maria da Penha, a violência doméstica e familiar deve ser prevenida a fim de que a integridade física e psicológica de suas vítimas sejam preservadas em todas as situações sociais. Com a chegada da Covid-19 no Brasil, a vida da população sofreu modificações, a grande maioria delas relacionadas à necessidade de permanecer em suas residências, isoladas socialmente dos demais indivíduos em sociedade, para impedir o contágio da doença. A partir desse novo contexto social, questiona-se o impacto dessa convivência nos índices nacionais de violência doméstica e familiar no decorrer da pandemia causada pelo Coronavírus. Desta feita, o objetivo geral da pesquisa consiste em apresentar os efeitos impactantes da pandemia da Covid-19 no Brasil nos índices de violência doméstica e familiar no período compreendido entre os anos de 2020 e 2021. A pesquisa é bibliográfica e se fundamenta em materiais e informações publicadas desde o início da pandemia, servindo como elemento de comparação aos períodos anteriores. Os dados usados na análise foram coletados em textos já publicados com suas devidas fontes citadas, mencionados através da transcrição de textos e confronto de informações. O resultado obtido é a exposição dos impactos reais da pandemia nos números nacionais de violência doméstica e familiar.

Palavras-chave: Violência doméstica. Pandemia. Covid-19. Índices. Brasil.

ABSTRACT: Fighting through the Maria da Penha Law, domestic and family violence must be prevented so that the physical and psychological integrity of its victims is preserved in all social situations. With the arrival of Covid-19 in Brazil, the lives of the population underwent changes, the vast majority of them related to the need to remain in their homes, socially isolated from other individuals in society, to prevent the contagion of the disease. From this new social context, the impact of this coexistence on the national rates of domestic and family violence during the pandemic caused by the species of coronavirus is questioned. This time, the general objective of the research is to present the impacting effects of the Covid-19 pandemic in Brazil on the rates of domestic and family violence in

⁶⁵ Professora Especialista do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – Unirg. Mestranda em Direito Digital na UniVem. E-mail: kadyanastro@hotmail.com.

the period between 2020 and 2021. The research is bibliographic and is based on materials and information published since the pandemic started, serving as an element of comparison with previous periods. The indicated data were collected in texts already published, mentioned through the transcription of texts and confrontation of information. The result obtained is the exposure of the real impacts of the pandemic on national numbers of domestic and family violence.

Keywords: Domestic violence. Pandemic. Covid-19. Indexes. Brazil.

Sumário: Introdução. Material e Métodos. 1. A violência doméstica e familiar: definição, características e espécies. 2. A Lei Maria da Penha e seus mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica. 3. A Covid-19 e suas regras de restrição de convivência. 4. O isolamento social como facilitador da violência doméstica e familiar. 5. Os índices nacionais de violência doméstica e familiar no período de pandemia. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Por ofender os direitos fundamentais das vítimas e representar uma ameaça ao Estado Democrático de Direito, a violência contra as mulheres é uma preocupação constante em todo o território nacional e por isso mantém-se em contínua análise.

Infelizmente, é alto o índice de violência doméstica e familiar contra as mulheres no Brasil. Por esse motivo e pela precária punibilidade dos agressores, é que no ano de 2006 foi sancionada a popular Lei Maria da Penha (Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006), responsável por impor sanções aos agressores e principalmente por oferecer o apoio às vítimas.

Com mais de 15 anos de vigência, mesmo com o desenvolvimento de mecanismos de proteção à mulher, o país ainda está longe de alcançar o resultado almejado, posto que, é possível afirmar que a violência é um problema renitente na sociedade brasileira.

Além de se tratar de uma prática cultural, existente desde os primórdios da humanidade, a violência doméstica, em todas as suas espécies, é agravada com ao aumento da convivência nos ambientes familiares, de forma íntima. Portanto, quanto maior o convívio da vítima com o agressor, maiores as chances de práticas violentas.

Ao levar em consideração as informações e especulações acerca do aumento dos casos de violência doméstica e familiar e também dos crimes de feminicídio em razão da pandemia, questiona-se quais os reais impactos causados pela situação pandêmica em relação aos índices de violência doméstica e familiar.

Os motivos dos questionamentos referem-se principalmente aos reflexos causados pela imposição de normas sanitárias de isolamento social, bem como a transferência de algumas atividades laborais para o tele trabalho, também reconhecido como *home office*.

Existem informações de que houve crescimento de crimes de violência doméstica e familiar no Brasil nos últimos anos, com ênfase no período de pandemia, sendo a presente pesquisa voltada a essa problemática.

MATERIAIS E MÉTODOS

Esta pesquisa é documental e se classifica como bibliográfica quanto às suas fontes, porque foi elaborada com informações e índices de casos de violência doméstica publicados por institutos especializados e mencionados por doutrinadores e estudiosos. Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, já que a finalidade do estudo é apresentar, além das normas de responsabilização da violência doméstica, bem como os números registrados no período da quarentena decorrente da pandemia da Covid-19.

Realizada através de revisão de literatura, e os dados selecionados foram analisados através de técnicas de análise qualitativa dos textos coletados na bibliografia, sem variáveis para ao final expor o resultado de forma textual e com a utilização de trechos transcritos.

1 A VIOLENCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR: DEFINIÇÃO, CARACTERÍSTICAS E ESPÉCIES

Após anos de simbólica punibilidade aos agressores de mulheres, a sanção da Lei Maria da Penha se deu no dia 7 de agosto de 2006. Com o advento da Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006, a violência doméstica passou a ser penalizada no Brasil de forma mais severa que outros delitos de ameaça e violência em razão da forma como se dá, aproveitando-se dos ambientes e relações domésticas e familiares.

Trata-se de lei destinada à proteção da mulher, há muito tempo vitimada por violências reforçadas por pensamentos patriarcais e machistas, que a coloca em situação de vulnerabilidade social.

Uma das principais características da lei consiste na sua aplicação indiscriminada em proteção de toda mulher, conforme explicitado no artigo 2º, nos seguintes termos:

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social (BRASIL, 2006).

Apesar de o legislador exigir que a vítima seja mulher, não há obrigatoriedade quanto à figura agressora, que não precisa ser, necessariamente, do sexo masculino, uma vez que em relações homoafetivas também podem ocorrer violências domésticas.

Para saber se o caso é de competência da lei Maria da Penha, utiliza-se as disposições contidas na lei acerca da definição da violência doméstica:

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).

Além do contexto em que são praticados os atos de violência, urge também a análise de como se dá essa violência, uma vez que, várias situações podem ser passíveis de responsabilização do agressor. Cinco são as formas enumeradas pela Lei Maria da Penha:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima 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, violação de sua intimidade, 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 - a violência sexual, 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;

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;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006).

De acordo com o artigo 6º da Lei Maria da Penha, a violência contra a mulher é uma forma de ofensa aos direitos humanos (BRASIL, 2006). A partir dessa afirmação, justifica-se o fato de tais condutas serem comumente objeto de retaliação estatal, que deve promover políticas públicas de combate a tais violações.

2 A LEI MARIA DA PENHA E SEUS MECANISMOS PARA COIBIR E PREVENIR A VIOLENCIA DOMÉSTICA

Após a publicidade do caso Maria da Penha, que levou à edição da lei, bem como de várias outras situações de violência doméstica levadas a conhecimento da população, não bastaria apenas a imposição de sanções mais específicas, mas principalmente a necessidade de criação de mecanismos que previnam tais práticas.

Neste sentido, a Lei se propõe não apenas a punir o agressor, mas também a proteger e acolher as mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

Sancionada em agosto de 2006 a Lei Maria da Penha, é uma legislação com extrema relevância para o enfrentamento da violência contra a mulher no Brasil, tenciona tratar de forma cabal

o problema da violência doméstica. Com o objetivo de proporcionar proteção e o acolhimento emergencial à mulher vítima da violência doméstica e familiar, a mencionada lei cria mecanismos para garantir a assistência jurídica e psicossocial à ofendida, e tende dirimir qualquer forma de violência no ambiente das relações íntimas (NOLETO e BARBOSA, 2019, p.1).

Ao estabelecer essa obrigação Estatal, a Lei Maria da Penha destina um artigo para expressar literalmente as garantias destinadas às mulheres no âmbito familiar e comunitário, com enfoque do dever do Poder Público em desenvolver suas políticas para atender a tais condições.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 2006).

Além da responsabilidade estatal de criar e manter políticas de combate à violência doméstica, a Lei Maria da Penha já contém alguns instrumentos que merecem destaque, são eles: a inclusão da mulher no cadastro de programas assistenciais do governo federal, estadual e municipal (§1º, art.9º); o acesso prioritário à remoção, em caso de servidora pública, a manutenção do vínculo trabalhista por até 6 meses, se necessário o afastamento, e o encaminhamento à assistência judiciária (§2º, art. 9º); o atendimento policial e pericial especializado (art. 10), entre outros (BRASIL, 2006).

Especialmente quanto ao registro da ocorrência nos primeiros atendimentos policiais, algumas medidas devem ser obrigatoriamente observadas pela autoridade responsável pelo atendimento da vítima para que não haja novas situações de violência, principalmente o afastamento do agressor.

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física ou psicológica da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia. (BRASIL, 2006).

Nessas circunstâncias, a imposição de medidas protetivas de urgência é comum para assegurar a integridade física e mental da vítima. O artigo 22 autoriza as seguintes medidas a serem adotadas em relação ao agressor: o afastamento do lar, domicílio ou local de convivência; a proibição de determinadas condutas, dentre elas: aproximação da ofendida e de terceiros com a fixação de uma distância mínima; a proibição de contato e frequência de determinados lugares; a restrição ou suspensão de visitas aos menores, etc. (BRASIL, 2006).

Visando garantir proteção, integridade e segurança às vítimas, algumas medidas rápidas e eficientes são propostas pela lei para evitar novos traumas e proteger mulheres que já se encontram situações ameaçadoras. Entre elas: o impedimento do agressor em possuir armas, recolhendo-as imediatamente por meio da ação de agentes do Estado; a retirada da mulher do ambiente em que sofre ameaça; a determinação de uma distância segura entre vítima e agressor; e a restrição ou suspensão de visitas do agressor aos dependentes menores. Além disso, a lei também garante uma condição digna para a agredida, com a determinação emergencial de prestação alimentar (IBDFAM, 2020, p.1).

Para proteger a ofendida, o artigo 23 autoriza a fixação de medidas protetivas que compreendem o encaminhamento a programas de proteção ou atendimento; determinar a separação de corpos; o afastamento sem prejuízo do direito a guarda, alimentos e bens; a recondução ao domicílio após o afastamento; etc. (BRASIL, 2006).

Nota-se que dentre os mecanismos apresentados anteriormente, a suspensão do convívio é a medida imediata aplicada na grande maioria dos casos, por impedir a aproximação entre ofendida e agressor. Tal fator demonstra que quanto maior a convivência, maior o risco de ocorrência de violência doméstica e familiar.

3 A COVID-19 E SUAS REGRAS DE RESTRIÇÃO DE CONVIVÊNCIA

A constatação de um novo vírus de alto nível de contágio deixou toda a população brasileira e as autoridades de sobreaviso acerca do perigo de sua propagação. Com isso,

com a confirmação do primeiro caso em território nacional diagnosticado em 28 de fevereiro de 2020, o país passou a adotar medidas preventivas (AGENCIA BRASIL, 2021).

Uma das principais medidas impostas foi o isolamento social entre as pessoas, reduzindo as jornadas de trabalho presencial, substituídas pelo labor remoto, o fechamento de locais destinados a entretenimento, etc. Em dado momento mais crítico, apenas as atividades essenciais eram autorizadas a funcionar de forma presencial.

O *distanciamento social* envolve medidas que têm como objetivo reduzir as interações em uma comunidade, que pode incluir pessoas infectadas, ainda não identificadas e, portanto, não isoladas. Como as doenças transmitidas por gotículas respiratórias exigem certa proximidade física para ocorrer o contágio, o distanciamento social permite reduzir a transmissão. Exemplos de medidas que têm sido adotadas com essa finalidade incluem: o fechamento de escolas e locais de trabalho, a suspensão de alguns tipos de comércio e o cancelamento de eventos para evitar aglomeração de pessoas. O distanciamento social é particularmente útil em contextos com transmissão comunitária, nos quais as medidas de restrições impostas, exclusivamente, aos casos conhecidos ou aos mais vulneráveis são consideradas insuficientes para impedir novas transmissões. O caso extremo de distanciamento social é a contenção comunitária ou bloqueio (em inglês, *lockdown*) que se refere a uma intervenção rigorosa aplicada a toda uma comunidade, cidade ou região através da proibição de que as pessoas saiam dos seus domicílios – exceto para a aquisição de suprimentos básicos ou a ida a serviços de urgência – com o objetivo de reduzir drasticamente o contato social (AQUINO e LIMA, 2020, p.1).

Decorridos dois anos desde a confirmação do primeiro caso, ocorreram significativas mudanças e avanços no tocante à convivência entre as pessoas, principalmente em relação à vacinação e a tomada de medidas preventivas nos locais públicos. Todavia, no ambiente familiar ainda persistem os efeitos, especialmente quanto ao aumento de situações de violência.

4 O ISOLAMENTO SOCIAL COMO FACILITADOR DA VIOLENCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

É fato que a modificação drástica no comportamento entre os indivíduos reflete em todo o contexto social e as mudanças das condições de convivência influenciam também as relações familiares. Com o aumento do período de convivência entre as pessoas em

razão do perigo de contágio da Covid-19 não foi diferente. O impacto já é observado em vários lugares do mundo.

O Corona vírus, além de retirar prematuramente a vida de muitas de suas vítimas, ainda modificou de forma muito impactante a vida de toda a população, submetida às normas de isolamento social, que por outro lado, ocasionou maior convivência no ambiente doméstico e familiar.

Desde a descoberta da doença, têm sido adotadas, ao redor do mundo, medidas que já se mostraram indispensáveis à sua contenção: distanciamento social, isolamento e quarentena. Não há dúvida do acerto da escolha, todavia, ela trouxe um grave efeito colateral: o aumento das ocorrências de feminicídio e de numerosos casos de violência doméstica contra mulheres, meninas e jovens.

Diversos países registraram tal aumento, como é o caso de Alemanha, Canadá, França, Reino Unido, China, Estados Unidos, Singapura e Chipre. Trata-se, portanto, de um problema global (FERNANDES E THOMAKA, 2020, p. 1).

Neste contexto, a constante preocupação com a integridade das vítimas de violência se manteve, isto porque segundo a Organização das Nações Unidas (ONU), pelo menos uma em cada três mulheres já passou por situação de violência de gênero, sofrendo alguma forma de abuso no decorrer de sua vida, sendo, geralmente, o agressor um membro da família ou de convivência familiar (NOLETO e BARBOSA, 2019).

Através da maior convivência, em uma situação de pandemia, o dever estatal de proteção às mulheres é dificultado pelo aumento do período de exposição das vítimas aos seus agressores.

Assegurar proteção às mulheres vítimas de violência doméstica que, agora, não têm alternativa senão permanecer 24 horas em casa com seus agressores é, portanto, um desafio a ser enfrentado pelos três Poderes da República, nas esferas federal, estadual e municipal (FERNANDES e THOMAKA, 2020, p.1).

Portanto, as notícias até o momento divulgadas levam a crer que “confinadas em seus lares por causa da pandemia da Covid-19, as mulheres são duplamente ameaçadas: por um vírus potencialmente letal e por pessoas violentas de seu próprio convívio doméstico” (FERNANDES E THOMAKA, 2020, p. 1).

Em razão dessas constatações, é necessária uma análise acerca dos efeitos observados nas estatísticas nacionais de violência doméstica em comparação com o período anterior à pandemia.

5 OS INDICES NACIONAIS DE VIOLENCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR NO PERÍODO DE PANDEMIA

A pandemia ainda não acabou e o Brasil ainda se encontra em estado de alerta devido ao risco de contaminação da covid-19, o Poder Público e o Judiciário já enfrentam as consequências das normas sanitárias na vida dos jurisdicionados. Tendo como resultado no âmbito doméstico e familiar as violências domésticas cresceram e os atos criminosos já são objeto de análise judicial.

Desde que as medidas de **isolamento** social, para quem pode ficar em casa, entraram em vigor, um triste número também começou a subir nas estatísticas, e não de casos da **Covid-19**, doença causada pelo novo **coronavírus**. Foram o de denúncias de violência doméstica: o aumento foi de cerca de 50% apenas no Rio de Janeiro, mas a realidade de avanço nos casos aconteceu em todo o mundo (MAZZI, 2020, p.1).

O efeito negativo de fato ocorreu e os dados oficiais comprovam o crescimento dos casos de violência doméstica no Brasil, especialmente por meio das denúncias realizadas através do canal Ligue 180.

Segundo a ouvidoria, na comparação com janeiro de 2019, o número de denúncias registradas por meio do Ligue 180 diminuíram 4,5% em janeiro deste ano. Já em fevereiro, houve um aumento de 15,6% das notificações quando comparado ao mesmo mês do ano passado. A tendência se manteve em março, quando o novo coronavírus chegou ao país e algumas unidades da federação começaram a adotar medidas para isolar a população e, assim, tentar conter a disseminação da doença (RODRIGUES, 2020, p.1).

Com dados mais recentes, publicados no ano de 2021, a pesquisa do Instituto Datafolha, encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública – FBSP, atestou que cerca de 17 (dezesete) milhões de mulheres brasileiras sofreram violências no ano de 2020 (IBDFAM, 2021).

Todas as formas de violência foram observadas, com maior frequência a violência verbal.

Violências sofridas pelas brasileiras de 16 anos ou mais durante a pandemia de covid-19 • 4,3 milhões de mulheres (6,3%) foram agredidas fisicamente com tapas, socos ou chutes. Isso significa dizer que a cada minuto, 8 mulheres apanharam no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus. • O tipo de violência mais frequentemente relatado foi a ofensa verbal, como insultos e xingamentos. Cerca de 13 milhões de brasileiras (18,6%) experimentaram este tipo de violência. • 5,9 milhões de mulheres (8,5%) relataram ter sofrido ameaças de violência física como tapas, empurrões ou chutes. • Cerca de 3,7 milhões de brasileiras (5,4%) sofreram ofensas sexuais ou tentativas forçadas de manter relações sexuais. • 2,1 milhões de mulheres (3,1%) sofreram ameaças com faca (arma branca) ou arma de fogo. • 1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento (2,4%) (FBSP e DATAFOLHA, 2021, p. 11).

Boa parte das mulheres ouvidas, mais precisamente 21,8% (vinte e um vírgula oito por cento) alegaram que o aumento da convivência com o agressor em função da pandemia de covid-19 também contribuiu para a própria experiência de violência doméstica (FBSP e DATAFOLHA, 2021, p.13).

No isolamento, com maior frequência, as mulheres são vigiadas e impedidas de conversar com familiares e amigos, o que amplia a margem de ação para a manipulação psicológica. O controle das finanças domésticas também se torna mais acirrado, com a presença mais próxima do homem em um ambiente que é mais comumente dominado pela mulher. A perspectiva da perda de poder masculino fere diretamente a figura do macho provedor, servindo de gatilho para comportamentos violentos.

A desigual divisão de tarefas domésticas, que sobrecarrega especialmente as mulheres casadas e com filhos, comprova como o ambiente do lar é mais uma esfera do exercício de poder masculino. Na maioria das vezes, a presença dos homens em casa não significa cooperação ou distribuição mais harmônica das tarefas entre toda a família, mas sim o aumento do trabalho invisível e não remunerado das mulheres⁹. Durante o isolamento social, seja em regime de *home office*, seja na busca pela manutenção de uma fonte de renda no trabalho informal, o trabalho doméstico não dá folga. Pelo contrário, aumenta à

medida que há mais pessoas passando mais tempo em casa (VIEIRA, GARCIA e MACIEL, 2020, p.1).

Em razão das normas sanitárias de isolamento social houve alteração significativa na rotina da população brasileira, o que desencadeou a modificação do ambiente familiar, tornando-o mais hostil para as pessoas. As pesquisas comprovam tal alegação.

Principais mudanças na rotina da população (homens e mulheres) em função da pandemia de covid-19 • 52,6% afirmam que permaneceram mais tempo em casa. • 48,0% afirmam que a renda da família diminuiu. • Para 44,4%, o período da pandemia de covid-19 significou também momentos de mais estresse no lar. • 40,2% informaram que os filhos tiveram aulas presenciais interrompidas. • 33,0% perderam o emprego. • 30,0% tiveram medo de não conseguir pagar as contas (FBSP e DATAFOLHA, 2021, p. 10).

Os números do Estado de São Paulo também são expressivos e refletem a realidade do estado brasileiro com maior população.

Apenas o Estado de São Paulo contabilizou 5.559 boletins de ocorrência por violência doméstica e o número de feminicídios ocorridos no primeiro semestre de 2020 foi elevado. Outro dado preocupante é que, segundo levantamento feito pelo G1, somente no primeiro semestre de 2020, a cidade de São Paulo apontou 97 casos de feminicídio, o maior percentual desde 2015, ano em que o feminicídio passou a ser considerado um crime hediondo (SANTOS, 2021, p. 13).

Acontece que, apesar da pandemia e seus índices elevados, o número de ocorrências apresentou estabilidade em comparação com o ano anterior, de 2019, contudo com diferenças que merecem uma análise.

De acordo com o novo levantamento, uma em cada quatro mulheres acima de 16 anos afirma ter sofrido algum tipo de violência. O índice de 24,4% é inferior ao da pesquisa anterior, em que 27,4% relataram variadas formas de abuso. Contudo, houve um aumento nos casos em que o crime é cometido dentro de casa.

As agressões em ambiente doméstico representaram 42% em 2019 e 48,8% em 2020, enquanto as violências sofridas nas ruas foram de 29% para 19%. Cresceram também os casos em que o

agressor são companheiros, namorados e ex-parceiros. Com as mulheres acima de 50 anos, há maior aparição de filhos e enteados nos casos de violência (IBDFAM, 2021, p.1).

Esses dados devem ser analisados com ressalva, uma vez que, de acordo com os estudos publicados, o isolamento repercutiu negativamente nos registros, posto que “ao mesmo tempo em que os casos aumentavam, os números de registros de boletins de ocorrências por violência doméstica apresentavam queda. (FBSP e DATAFOLHA, 2021, p.7) ”.

A gravidade do tema não se limita às agressões físicas e violências domésticas, mas principalmente ao resultado negativo devido ao aumento dessa prática violenta no período de pandemia. O feminicídio, que é uma qualificadora do crime de homicídio, previsto no artigo 121, inciso IV, do Código Penal, também aumentou em um percentual de 22% (vinte e dois por cento).

Na primeira atualização de um relatório produzido a pedido do Banco Mundial, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) destaca que os casos de feminicídio cresceram 22,2%, entre março e abril deste ano, em 12 estados do país, comparativamente ao ano passado. Intitulado *Violência Doméstica durante a Pandemia de Covid-19*, o documento foi divulgado hoje (1º) e tem como referência dados coletados nos órgãos de segurança dos estados brasileiros (BOND, 2020, p.1).

Sobre os feminicídios, no ano de 2019, grande parte ocorreu em razão de relação doméstica e familiar.

Dos 3.739 homicídios de mulheres em 2019 no Brasil, 1.314 (35%) foram categorizados como feminicídios. Isso equivale a dizer que, a cada sete horas, uma mulher é morta pelo fato de ser mulher. Ao analisar o aspecto vínculo com o autor, revela-se que 88,8% dos feminicídios foram praticados por companheiros ou ex-companheiros⁷. Assim, é comum que as mulheres estejam expostas ao perigo enquanto são obrigadas a se recolherem ao ambiente doméstico. (VIEIRA, GARCIA e MACIEL, 2020, p.1).

O aumento do feminicídio comprova que tiveram melhor êxito as tentativas de silenciamento definitivo das vítimas de violência de gênero. O fato de muitas agressões fatais terem ocorrido neste período decorrem também da maior exposição das mulheres aos agressores, facilitada pelo impedimento de livre circulação e convívio social.

CONCLUSÃO

As mudanças sociais de convivência em razão da Covid-19 e seu elevado perigo de contágio já começam a apresentar suas consequências danosas à sociedade. Além dos impactos na economia, saúde, vida profissional e etc., a segurança dos indivíduos também foi colocada em risco.

Quando se tratam de violências praticadas no interior das residências, em ambiente doméstico e convívio familiar, o efeito da privação de locomoção é inegável. Os números já demonstram que a pandemia facilitou o cometimento das agressões contempladas pela Lei Maria da Penha ao aumentar a exposição das vítimas aos seus agressores.

Em pesquisas realizadas desde o ano de 2020, as mulheres relataram maior animosidade no ambiente familiar, o aumento do stress dos agressores, causado pelo trabalho remoto ou mesmo pelo desemprego, entre vários fatores. A preocupação das autoridades nacionais e internacionais reside em proteger as mulheres dessas situações, através da responsabilização dos agressores.

Um dos problemas observados é a dificuldade em registrar as ocorrências e fazer a denúncia, especialmente pelo temor de não ser possível o afastamento do agressor do ambiente familiar. Apesar de todo o receio das vítimas, a mudança na aplicação de algumas leis não modificou as medidas de proteção impostas pela Lei Maria da Penha. Portanto, ainda que as estatísticas não sejam precisas quanto ao crescimento da violência familiar desde o início da pandemia, os números de feminicídio comprovam que muitas agressões não foram impedidas, levando ao resultado fatal.

Desta feita, conclui-se que o combate à violência de gênero deve ser contínuo e que o Poder Público tem o desafio de facilitar as denúncias das vítimas e conscientizar que mesmo que a pandemia ainda esteja em curso, ainda serão responsabilizados os autores do delito, com a imposição de medidas protetivas e as sanções penais condenatórias.

REFERÊNCIAS

AGENCIA BRASIL. **Primeiro caso de covid-19 no Brasil completa um ano.** Publicado em 26/02/2021. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/saude/noticia/2021-02/primeiro-caso-de-covid-19-no-brasil-completa-um-ano>>. Acesso em 14 fev. 2022.

AQUINO, Estela M. L.; LIMA, Raíza Tourinho dos Reis Silva. **Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no Brasil.** Publicado em 05 Jun 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/csc/a/4BHTCFF4bDqq4qT7WtPhvYr/?lang=pt>>. Acesso em 14 fev. 2022.

BOND, Letycia. Casos de feminicídio crescem 22% em 12 estados durante pandemia. *Agência Brasil*, 2020. Disponível em <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-06/casos-de-feminicidio-crescem-22-em-12-estados-durante-pandemia>>. Acesso em 12 nov. 2021.

BRASIL. Lei nº. 11.340, de 7 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em 11 nov. 2021.

FBSP, Fórum Brasileiro de Segurança Pública; Instituto Datafolha. **Visível e Invisível: A Vitimização de Mulheres no Brasil** - 3ª edição – 2021. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>>. Acesso em 20 fev. 2022.

FERNANDES, Máira; THOMAKA, Érika. Aumento do número de casos de violência doméstica é efeito deletério da quarentena. *Revista Consultor Jurídico*, 13 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-13/fernandes-thomaka-aumento-violencia-domestica-quarentena>>. Acesso em 13 nov. 2021.

IBDFAM. **Cerca de 17 milhões de mulheres foram vítimas de violência no Brasil em 2020, segundo Datafolha**. Publicado em 08/06/2021. Fonte: Assessoria de Comunicação do IBDFAM. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/noticias/8560>>. Acesso em 20 fev. 2022.

IBDFAM. **Lei Maria da Penha 14 anos: entenda origem, importância e direitos assegurados**. Publicado em 07/08/2020. Fonte: Assessoria de Comunicação do IBDFAM. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7591/Lei+Maria+da+Penha+14+anos:+entenda+origem,+import%C3%A2ncia+e+direitos+assegurados%22>>. Acesso em 14 fev. 2022

MAZZI, Carolina. **Violência doméstica dispara na pandemia: como reconhecer, proteger e denunciar**. *Jornal O Globo*, 2020. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/saude/coronavirus-servico/violencia-domestica-dispara-na-quarentena-como-reconhecer-protger-denunciar-24405355>>. Acesso em 11 nov. 2021.

NOLETO, Karita Coêlho; BARBOSA, Igor de Andrade. A Efetividade da Lei Maria da Penha no Enfrentamento à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. *Âmbito Jurídico*, 15 de outubro de 2019. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha-no-enfrentamento-a-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher/>>. Acesso em 10 fev. 2021.

RODRIGUES, Alex. **Ligue 180 registra aumento de 36% em casos de violência contra a mulher.** Agência Brasil, 30 mai. 2020. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-05/ligue-180-registra-aumento-de-36-em-casos-de-violencia-contra-mulher#>>. Acesso em 11 nov. 2021.

SANTOS, Daniela Da Cunha. **O aumento da violência doméstica no brasil durante o isolamento social na pandemia do novo coronavírus.** Edição 21 – maio/junho 2021. Disponível em: <http://www.uniesp.edu.br/sites/_biblioteca/revistas/20210618131240.pdf>. Acesso em 19 mar. 2022.

VIEIRA, Pâmela Rocha; GARCIA, Leila Posenato; MACIEL, Ethel Leonor Noia. **Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?** Publicado em 22 Abr 2020. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?lang=pt>>. Acesso em 19 mar. 2022.

O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE FRENTE AO CRESCIMENTO DE ATOS INFRACIONAIS COMETIDOS POR ADOLESCENTES

EMILY DE SOUZA BARBOSA:

Bacharelada em Direito pela Universidade Brasil campus de Fernandópolis-SP.

ELOISA DA SIVA COSTA

(Orientadora)

RESUMO: O presente artigo versa sobre as medidas criadas pelo Estatuto da criança e do adolescente e o crescimento dos atos infracionais cometidos por adolescentes o dispositivo conceitua de forma objetiva, quem é considerado criança e quem é considerado adolescente. O Estatuto da criança e do adolescente traz em seus dispositivos regras disciplinadoras para aqueles que venham a praticar atos infracionais. Para os adolescentes infratores, no estatuto, através de medidas sócio-educativas, visa à reestruturação destes adolescentes para atingir sua reintegração social. É de extrema importância analisar o tema em questão, visto que vem causando várias discussões entre os magistrados de direito.

Palavras-chave: Estatuto da Criança e do Adolescente, Atos infracionais, Adolescentes, Reincidências.

ABSTRACT: This article deals with the measures created by the Statute of the child and the adolescent and the growth of the infantile acts committed by adolescents the device conceptualizes of objective form, who is considered child and who is considered adolescent. The Statute of the child and the adolescent brings in its dispositions disciplinary rules for those that come to practice acts of inflation. For juvenile offenders, in the statute, through socio-educational measures, aims at the restructuring of these adolescents to achieve their social reintegration. It is of extreme importance to analyze the subject in question, since it has been causing several discussions among the magistrates of law.

Keywords: Statute of the Child and the Adolescent, Violent Acts, Adolescents, Recidivis

SÚMARIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. O ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (ECA). 3. DA FAMÍLIA. 4. DO ATO INFRACIONAL. 5. DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS. 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 7. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

A finalidade do Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) é garantir às crianças e aos adolescentes as normas de proteção integral, todavia de forma diferente no que diz respeito à incriminação penal aplicada aos adultos (GONÇALVES, 2012).

De acordo com Estatuto da Criança e do Adolescente deve-se analisar o contido em seu artigo 1º, que destaca: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”, sendo assim, os direitos das crianças e adolescentes devem ser efetivados para que eles tenham garantias de um desenvolvimento digno, como preceitua a lei (ARNS, 2006).

Também é princípio complementar ao da proteção integral o da prevalência do interesse do menor no que diz respeito à interpretação do Estatuto. Estando este princípio previsto no ECA; em seu art. 6º.

Art. 6º, que determina que a interpretação dada ao Estatuto sempre seja a que melhor interessar à criança e ao adolescente, considerando-se os fins sociais, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (ARNS, p.8, 2006).

Parte da literatura, no que diz respeito à evolução histórica do ser humano relata que durante o período medieval, os jovens e crianças eram tratados como objeto de comparação jurídica, não havia legislação especial que os protegesse, eram iguados aos adultos. Somente em 1990, tendo em vista sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, foi sancionada a Lei 8.069/90, o Estatuto da Criança e Adolescente (ECA) com o objetivo de regulamentar os delitos que envolvem adolescentes menores de 18 anos (BRASIL, 1990).

Diante deste contexto, é de observar que todas as normas, a Constituição, o Estatuto, exaltaram a importância da família diante do desafio da proteção integral. Com a promulgação do ECA, em 1990, foram criados os conselhos tutelares e dos direitos da criança e adolescente com a participação do Estado e da Sociedade Civil, nos três níveis da federação. A assistência social se transformou em política pública e ampliou as garantias dos direitos em várias áreas sociais (BRASIL, 1990).

A CF/88 enfatiza a relevante importância da família no Art. 226, prescrevendo que: “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado” (BRASIL, 1998).

Com relação à concepção assumida pelo ECA, de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, redirecionaram-se as atribuições do Estado e o papel da família e da sociedade em relação a eles. E a família tem o papel fundamental como grupo socializador

primário, responsável pelas primeiras experiências de afeto, ordenamento e pertencimento, estruturantes no desenvolvimento de seus membros.

A família não é o único meio pelo qual se pode tratar a questão da socialização, mas é, sem dúvida, o espaço primordial, que tende a ser o primeiro meio responsável pela socialização dos jovens e adolescentes. Portanto, a família agrega um papel decisivo na educação formal e informal favorecendo e assimilando valores éticos e humanitários e aprofundando laços de solidariedade. A família em si modela ou programa o comportamento e o sentido da identidade da criança (SOUZA; SILVA, 2012).

E quando a família ou outro aspecto falha na educação dos menores, há o risco desse jovem burlar as leis impostas pela sociedade e estado, e dessa forma, surgem os meios sócio-educativos, nos quais são formas de responsabilização aplicáveis ao adolescente infrator de acordo com o ECA. Para a imposição destas medidas, é imprescindível que se leve em consideração a idade do jovem e à data do delito praticado, sendo meios que podem ser concedidos isolados ou cumulativamente, podendo ser substituídos a qualquer tempo. Tais regimes devem realizar-se em conjunto com políticas públicas, respeitando os direitos da infância e juventude e sua condição de cidadão.

De acordo com a literatura diversos trabalhos evidenciam levantamentos realizados no Brasil, nos quais mostram que as condições de aplicações das medidas sócio-educativas têm sido inadequadas à promoção de desenvolvimento dos jovens. No que se refere às intervenções, observam que o enfoque sócio-educativo não se sobrepôs ao correcional – repressivo e assistencialista, mas que este coexiste e justapõem-se tornando difícil o alcance de resultados positivos esperados da aplicação de medidas: O atendimento ainda caracteriza-se fortemente pelo enfoque da punição e pelas concepções patologizantes acerca da adolescência e do ato infracional (COSTA; ASSIS, 2006).

Diante disso, muitas são as discussões no meio jurídico sobre as medidas sócio-educativas a fim de encontrar uma resposta para o grande aumento de crimes praticados por adolescentes. Estudiosos buscam entendimentos e de um lado contestam que as medidas sócio-educativas têm natureza punitiva, enquanto outros juristas defendem que estas tem natureza sócio-pedagógica.

2 O ESTATUTO DA CRIANÇA E ADOLESCENTE (ECA)

Bruna (2005) retrata preceito constitucionalmente assegurado de que Crianças e Adolescentes são sujeitos de direitos e devem ser tratados de forma especial e específica em face de sua condição de pessoa em desenvolvimento que necessita de amparo diferenciado da família, da sociedade e do estado assegurarem os direitos à vida, saúde, alimentação, educação, esporte, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, respeito, liberdade e à convivência familiar e comunitária.

De acordo com Almeida (2009) afirma que o Estatuto tem por objetivo a proteção integral da criança e do adolescente, de tal forma que cada brasileiro que nasce possa ter assegurado seu pleno desenvolvimento, desde as exigências físicas até o aprimoramento moral e religioso.

O processo histórico da criação do ECA foi fruto de intensas articulações e resultado de muita luta da sociedade civil no contexto da redemocratização e da conquista de novos direitos no Brasil. O ECA pode ser considerado como uma das maiores conquistas da sociedade brasileira, tendo inspirado 16 países latino-americanos. Ele chamou a sociedade como um todo à responsabilidade e colocou definitivamente os direitos de crianças e adolescentes no centro da agenda pública, como prioridade absoluta.

O ECA tenta mostrar a infância sob um olhar digno e de respeito, a sua condição de pessoa, em situação peculiar de desenvolvimento. De objeto de direitos a criança passou a ser considerada sujeito de direitos.

De acordo com Vieira *et. al.* (2015) com a criação do ECA pode-se produzir uma realidade melhor, embora ainda longe do ideal. Notam-se vários avanços nas políticas sociais e o ECA e responsáveis por muitos desses avanços, mas sempre tendo grandes desafios a serem superados. Os avanços são perceptíveis não só na criação dos conselhos tutelares e dos direitos da criança e adolescente, mas na expressiva redução da mortalidade infantil e no atendimento aos jovens em situação de abandono social. Devemos contabilizar como conquistas do ECA ainda: a ampliação do acesso à educação formal, a redução do trabalho infantil, a normatização do trabalho aprendiz, o alojamento conjunto de recém-nascidos e suas mães, a regulamentação da execução das medidas socioeducativas, entre tantas outras conquistas.

Atuando com lei civilizatória, o Estatuto da Criança e do Adolescente traz uma maior esperança aos jovens quanto aos direitos fundamentais, assim como, todas as garantias constitucionais e internacionais arroladas tanto no ordenamento pátrio como em documentos internacionais; direitos e garantias conquistadas com muito empenho, dedicação, sofrimento, trabalho e resignação (LIBERATI, 2003).

De acordo com a revisão literária o maior desafio do ECA hoje é a sua própria implementação, que precisa ser mais conhecido, mais estudado, inclusive pelos próprios profissionais que trabalham em todas as áreas sociais, de modo especial a mídia que tem o papel de promover os direitos da criança e do adolescente.

3.DA FAMÍLIA

Diante da conjectura da atualidade, percebe-se que a concepção de família vem sofrendo grandes mudanças e, em consequência, crianças, adolescentes e jovens tornam-

se alvos destas transformações. As famílias enfrentam desafios e opressões que dificultam o ato de dar a orientação e o afeto que seus filhos necessitam (SANTOS 2007).

Na inobservância da garantia dos seus direitos sociais, das condições escassas, de privação e de mínimas expectativas quando não ausentes, a família lança os seus filhos em busca de trabalhos informais, como contribuintes para o orçamento familiar, o que, por muitas vezes, acarreta o abandono da escola (SANTOS 2007).

É importante se ter consciência que esse sistema vigente de desigualdade e má distribuição da renda destroem não só as famílias, porém toda a rede da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 enfatiza a relevante importância da família no Art. 226, prescrevendo assim: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

Seguindo a mesma linha de proteção, a Constituição, ainda prevê em seu art. 227:

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.

De acordo com o Jurisconsulto Nogueira (2000), analisa a determinação constitucional insculpida no Art. 227, comenta que a situação irregular do menor é consequência da própria situação da família, em função de desagregação, pobreza ou falta de princípios sociais, “A família e o fundamento primeiro da formação humana” é o menor herda deste núcleo do exemplo que ele demonstrado, tanto na educação como no convívio social.

Segundo Liberati (2003) esclarece que em situação irregular está a família, que não tem estrutura e que abandona a criança; os pais, que descumprem os poderes do dever familiar; o Estado, que não cumpre as suas políticas sociais básicas; nunca a criança ou o adolescente.

Em sintonia com a concepção assumida pelo ECA, de que crianças e adolescentes são sujeitos de direitos, redirecionaram-se as atribuições do Estado e o papel da família e da sociedade em relação a eles. Nesta perspectiva, lê-se no seu artigo 4º que,

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, à convivência familiar e comunitária, além de deixá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (Brasil, 1990, p. 23).

É dever dos pais o sustento, guarda e educação dos filhos, não constituindo motivo de escusa a falta ou a carência de recursos materiais, sob pena da perda ou a suspensão do pátrio poder.

De acordo com Veigas (2016) o Conselho Tutelar é uma das entidades públicas competentes a salvaguardar os direitos das crianças e dos adolescentes nas hipóteses em que haja desrespeito, inclusive com relação a seus pais e responsáveis, bem como aos direitos e deveres previstos na legislação do ECA e na Constituição.

No decorrer da literatura pode-se observar com relação ao adolescente em conflito com a lei e seu contexto familiar, pesquisas evidenciam que adolescentes com vínculos pouco efetivos com a família têm maior probabilidade de se envolver em infrações do que aqueles com relações familiares estreitas.

Portanto, no caso do adolescente em conflito com a lei, a família deve ser compreendida como parte do contexto e da solução do caso. Para isto, a equipe interprofissional deverá ter os familiares do adolescente como fontes de informação para compor sua avaliação, bem como foco de intervenção (SOUZA; SILVA, 2012).

Entretanto, deve-se levar em consideração que a família tem que ser considerada como instituição a ser cuidada e sujeita de direitos.

4. DO ATO INFRAACIONAL

Ato infracional é mais uma expressão que deve ser desmembrada para ser compreendida. Ato significa aquilo que se faz, declaração, ação. Já a palavra infracional é um adjetivo que qualifica o ato. Provém do termo infração que é ato ou efeito de infringir, violação, transgressão. Consequentemente a palavra infracional caracteriza algo que infringe, viola ou transgredir (CANHETTI; CAMPOS, 2007).

Segundo o ECA no seu art. 103 o ato infracional é a conduta da criança e do adolescente que pode ser descrita como crime ou contravenção penal. Se o infrator for pessoa com mais de 18 anos, o termo adotado é crime, delito ou contravenção penal (BRASIL, 1990).

De acordo com Liberati (2003) "na verdade, não existe diferença entre os conceitos de ato infracional e crime, pois, de qualquer forma, ambas são condutas contrárias ao Direito, situando-se na categoria de ato ilícito".

Para o Direito Penal, crime é toda conduta, positiva ou negativa, que está sancionada como uma pena. É toda conduta humana que expõe a perigo ou lesa um bem jurídico protegido por legislação penal (CANHETTI; CAMPOS, 2007).

Corroborando com a literatura pode-se notar que existem duas definições para ato infracional, o primeiro conceito é definir o crime como um fato típico e antijurídico, e o segundo pode ser classificado como um fato típico, antijurídico e culpável. Por tratarmos de uma lei que proteja o adolescente, é utilizada a primeira definição, pois a conduta praticada pela criança e adolescente não integra o requisito da culpabilidade ou imputabilidade (PIEDADE; GOIS, 2013).

O dispositivo 104 do ECA foi inserido para regimentar o dispositivo do art. 228 da Carta Magna, sobre a inimputabilidade penal.

Art. 104. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei. O parágrafo único, para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato.

De acordo com o art. 228 da Carta Magna, os menores de 18 anos são considerados penalmente inimputáveis. Sujeitos as normas da legislação especial.

Na relevância do contexto no qual o adolescente em conflito com a lei demanda novos patamares de vida que não somente o dá não-reincidência. Fixar-se no ato infracional corresponde ao olhar estrito do sintoma ou da infecção e remete a intervenções predominantemente terapêutico curativo para suprir o mal (COSTA; ASSIS, 2006).

Segundo os autores a tendência da atuação de grande parte dos psicólogos no sistema não tem sido adequada para modificar circunstâncias que predisõem o jovem a novos riscos. Tampouco compromete os profissionais com a construção de novos modos de vida ao adolescente. Deter-se na adoção de padrões de correção de condutas, não alcança as dimensões cuidadas- termo que sintetiza a proposta da promoção (COSTA; ASSIS, 2006).

Para que haja a apuração do ato infracional é necessária que haja a atuação de vários órgãos do judiciário, ministério público, sendo imprescindível uma total integração entre estes, com intuito de que os direitos e garantias do adolescente não sejam violados.

Visto o que é ato infracional, finalizar-se-á o tópico com a abordagem da consequência da sua realização. Sendo o ato infracional praticado, identificado e apurado, respeitadas todas as garantias legais, acarretará para o menor o cumprimento de medidas sócio-educativas ou medidas de proteção.

5. DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS

O Estatuto da Criança e Adolescente trouxe em seu bojo a previsão de medidas de proteção, aplicada às crianças e as medidas sócio-educativas destinadas aos jovens em situação de risco, onde tais medidas visam dar ao jovem um meio de recuperação diante de sua condição e necessidade, aplicadas aos adolescentes autores de ato infracional. Apurada sua responsabilidade após o devido processo legal, cujo objetivo não é a punição, mas a efetivação de meios para reeducá-los (SOUSA; SILVA, 2012).

Por outro lado, aos adolescentes, além das medidas de proteção, podem ser aplicadas as medidas sócio-educativas, objeto do presente estudo. Diferentemente daquelas, estas têm características diversa por trazerem, em seu bojo, consequências mais graves que vão da advertência à privação da liberdade. Grassa divergência, entretanto, no meio acadêmico e na práxis, acerca da caracterização dessas medidas, ou seja, se têm elas cunho punitivo, pedagógico, ou outro caráter que se atribua.

São medidas socioeducativas as previstas no ECA, em seu art. 112 diante da prática do ato infracional compete às autoridades aplicar as seguintes medidas:

- I – advertência;
- II – obrigação de reparar o dano;
- III – prestação de serviço a comunidade;
- IV – liberdade assistida;
- V – inserção em regime de semiliberdade;
- VI – internação em estabelecimento educacional;
- VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI (ARNS, 2006, p.31).

A aplicação de quaisquer umas das medidas depende da apuração dos atos cometidos pelo adolescente. Levando em conta a capacidade do adolescente de cumpri-la, bem como a circunstâncias e a gravidade da infração (ARNS, 2006).

O principal das medidas socioeducativas é a busca da reeducação e ressocialização do menor infrator que possuem um elemento de punição uma vez que tem por finalidade reprimir futuras condutas ilícitas (SOUSA; SILVA, 2012).

A medida socioeducativa, que é educacional, não pode ser mais relevante ou prevalecer sobre o princípio da igualdade. Um princípio constitucional não pode ser desconsiderado no confronto com as normas inferiores de caráter contrário (CANHETTI; CAMPOS, 2007).

De acordo com a literatura a medida socioeducativa visa à regeneração do adolescente. Evidente que não se trata de abonar todo e qualquer ato infracional cometido por menores, pois a revelação do erro é prejudicial ao adolescente, devendo este ser responsabilizado por seus atos. As medidas restritivas de liberdade devem ser aplicadas apenas aos casos mais graves, ou no caso de descumprimento de uma medida menos severa, entendendo a sua aplicação como excepcional (VASCONCELOS, 2012).

Devendo ser privilegiadas as medidas de orientação e acompanhamento, que promovam a reinserção do jovem em programas educacionais e profissionalizantes. Importante destacar é que tratar e recuperar um adolescente infrator implica necessariamente, em tratar e recuperar também a sua família, para que possamos devolvê-lo a sociedade como elemento útil, com vínculos sociais de forma diferenciada e harmoniosa (VASCONCELOS, 2012).

O descrédito atribuído às instituições de atendimento ao adolescente que cometem ato infracional deriva, em geral, dos resultados negativos advindos da inadequação estrutural ou da ineficácia dos programas no fornecimento de apoio e proteção necessários ao jovem na superação de suas dificuldades. As medidas socioeducativas devem desempenhar, portanto, um papel de apoio social ao adolescente infrator, oferecendo um efeito protetivo que remeta ao desenvolvimento da capacidade de enfrentamento de adversidades (COSTA; ASSIS, 2006).

De acordo com levantamentos literários vários autores relatam que as condições de aplicações das medidas sócio-educativas têm sido inadequadas a promoção do desenvolvimento dos jovens. No que se referem às intervenções, observam que o enfoque sócio-educativo não se sobrepôs ao correccional-repressivo e assistencialista, mas que estes coexistem e justapõem-se, tornando difícil o alcance de resultados positivos esperados da aplicação das medidas: o atendimento ainda caracteriza-se fortemente pelo enfoque da punição e pelas concepções patologizantes acerca da adolescência e do ato infracional (COSTA; ASSIS, 2006).

Entretanto, a compreensão de que adolescentes devem ser alvos de políticas de proteção que assegurem o desenvolvimento saudável e condições dignas de existência têm introduzido reflexões significativas sobre o alcance dos programas de atendimento aos autores de atos infracionais existentes (COSTA; ASSIS, 2006).

A reincidência dos adolescentes está pautada, sem sombra de dúvidas, na estrutura precária que se encontra o País, na má fiscalização das medidas impostas para o infrator que muitas vezes não cumpre o que lhe foi aplicado, já que o adolescente não vê na prática a sua punição. Com todo exposto na revisão de literatura, se pode observar que as execuções da maioria das medidas estão contribuindo para a reincidência dos infratores,

verifica-se também que as dificuldades mais visíveis se encontram na infraestrutura de um sistema defasado ou ainda uma fiscalização inadequada (GONÇALVES, 2012).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao término do presente artigo foi possível demonstrar a evolução dos direitos da criança e do adolescente foi consubstanciado pela criação do ECA e pela Doutrina de proteção integral. Vários relatos ao longo do estudo vêm abalizados, também, pelo fato de que em nenhum momento, tanto a Constituição, quanto o Estatuto, reportam-se ao efeito retributivo ou mesmo intimidatório da medida, mas sim com o fato de oportunizar e facilitar, o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de dignidade, pelo armazenamento de experiências e pela compreensão dos atos.

Neste estudo entendeu-se que mesmo o Estatuto da Criança e do Adolescente embora seja completo e revestido de medidas socioeducativas que objetivam uma ressocialização digna aos infratores, os erros cometidos, pelas famílias, sociedade e/ou principalmente por parte do Estado, não permitem a execução efetiva de tais medidas, fazendo com que as crianças e os adolescentes cada vez mais confiem na ineficácia do ECA, possibilitando que ocorra a prática reiterada de atos infracionais. Desta forma pode concluir que o Estatuto da Criança e do Adolescente, no que se refere às medidas socioeducativas está completo, bem embasado, entretanto sua execução não está funcionando, seu cumprimento não está sendo eficaz, já que o sistema é defasado e precário, ressalta-se ainda que as fiscalizações não seguem como deveriam.

Mediante o estudo foi formulado uma crítica em relação ao Estado, que não promove a assistência necessária para impedir a reincidência dos menores que cometem delitos, bem como à família que hoje não tem conseguido dar subsídios aos seus filhos de modo a evitar que vivam em confronto com a lei, além da sociedade que tem apoiado políticos descompromissados com o dever de aplacar direitos que deveriam ser garantidos evitando que os menores tivessem outra opção diferente de delinquir.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, L. M. **Criança e adolescente**. 2009. Disponível em: <<http://www.promenino.org.br/noticias/arquivo/eca-comentado-artigo-1livro-1---tema-crianca-e-adolescente>>. Acesso em: 02/09/21.

ARNS, F. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Senado Federal. Brasília. 2006.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 02/09/21.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 02/09/21.

BUNA, T. B. **Crimes contra crianças e adolescentes em confronto com o direito fundamental contido na constituição federal no ECA e as políticas sociais públicas existentes em São Luís – MA.** 2005. Disponível em: <<http://www.fundaj.gov.br/geral/observanordeste/themis2005.pdf>>. Acesso em: 02/09/21.

CANHETTI, B. A. P. CAMPOS, V. L. T. P. G. **O ato infracional à luz da prescrição penal.** ETIC – Encontro de iniciação científica - ISSN 21-76-8498, Vol. 3, No3. 2007

COSTA, C.R. B. S. F.; ASSIS, S. G. **Fatores protetivos adolescentes em conflito com a lei no contexto sócio-educativo.** PSICOLOGIA & SOCIOLOGIA; 18(3): 74-81; set/dez.2006.

GONÇALVES, R. M. D. B. **As medidas sócio-educativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil.** 2012. Disponível em: <<http://tcconline.utp.br/wp-content/uploads/2012/09/AS-MEDIDAS-SOCIOEDUCATIVAS-DO-ECA-E-A-REINCIDENCIA-DA-DELINQUENCIA-JUVENIL>>. Acesso em: 02/09/21.

LIBERATI W. D. **Comentários ao Estatuto da Criança e Adolescente.** 6º Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BRASIL. **Comentários ao Estatuto da Criança e Adolescente.** 7º Ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.46.

NOGUEIRA, P. L. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado.** São Paulo: Saraiva, 2000.

PIEIDADE, F. O.; GOIS, W. J. O. **Justiça restaurativa como instrumento de transformação social para os adolescentes em conflito com a lei.** Seminário internacional de mediação de conflito e justiça restaurativa. UNISC. (Universidade de Santa Cruz do Sul). 2013.

SANTOS, F. V. G. **Família: peça fundamental na ressocialização de adolescentes em conflito com a lei.** 2007. Dissertação (Mestrado) Universidade Católica de Pernambuco.

SOUSA, J. A.; SILVA, J. A. **A reincidência da delinquência juvenil após a aplicação das medidas sócio-educativas do ECA.** ANAIS do V Encontro de Pesquisas e Extensão da Faculdade Luciano Feijão. Sobral – CE, novembro de 2012.

VASCONCELOS, T. P. **Medidas sócio-educativas para o adolescente infrator** (educar para não encarcerar) Departamento de pós-graduação e pesquisa. Funeso/Unesf/Unider- 2012. Mestrado em Psicanálise na educação e Saúde.

VIEIRA, A. L.; PINI, F.; ABREU, J. **Salvar o Estatuto da Criança e do Adolescente**. 1º Ed. São Paulo: Instituto Paulo Freire. 2015.

VIEGAS, C. M. A. R.; RABELO, C. L. A. **Principais considerações sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2016. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10593&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: 02/09/21.

ALIENAÇÃO PARENTAL E A PROTEÇÃO À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE

NIZIELLI ARAUJO DE OLIVEIRA:
bacharelanda em Direito.

SILOAH JESSENI GOMES ALVES

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho trata sobre a questão da alienação parental e a proteção à criança e ao adolescente, este tema ganhou força com a promulgação da Lei nº 12.318 de 2010, que regulamenta a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente por parte de um de seus genitores ou responsável pela guarda, quando este venha causar-lhe dano. Desse modo, analisar os meios legais de prevenção à alienação parental a partir da garantia constitucional da proteção à criança e ao adolescente. O artigo foi realizado através de um estudo bibliográfico a partir de doutrinas especializadas em direito civil, doutrinadores da teoria da alienação parental e artigos jurídicos, utilizando pesquisas bibliográficas. Após o estudo percebeu-se que a alienação parental só pode existir quando são introduzidas falsas memórias na mente da criança com a intenção de alienar um dos pais, geralmente facilitada pelo pai ou mãe custodiante. Em particular, os resultados mostraram que a Lei 12.318/2010 é apenas um exemplo onde ações, medidas e consequências parecem ser mais eficazes para proteger a criança e sua coexistência saudável com ambos os pais.

Palavras-Chave: Alienação parental. Melhor interesse da criança e do adolescente. Lei da Alienação parental.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA NO ESTADO BRASILEIRO. 3 ALIENAÇÃO PARENTAL E A LEI Nº 12.318/2010. 4 PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS MEIOS LEGAIS DE PREVENÇÃO À ALIENAÇÃO PARENTAL. 5 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Devido às mudanças na estrutura familiar, onde o modelo tradicional indissolúvel, foi substituído por uma perspectiva moderna mais aberta, a dissolução dos casamentos está se tornando mais frequente. Estas mudanças são emocionalmente prejudiciais aos frutos produzidos durante a existência permanente da união, ou seja, os filhos.

É bem conhecido que a criança é uma figura vulnerável que existe dentro da família e, para que ela tenha um crescimento significativo para a sociedade, as famílias devem estar conscientes desta alienação, que é devastadora, assustadora e tem consequências no mundo jurídico.

Neste ínterim, a problemática deste estudo é: como prevenir e/ou combater a alienação parental, levando em conta a garantia constitucional de proteção à criança e ao adolescente?

O objetivo deste artigo é analisar os meios legais de prevenção à alienação parental a partir da garantia constitucional da proteção à criança e ao adolescente. Esta questão é tão relevante que a Lei 12.318 foi ratificada em 26 de agosto de 2010 e pune o pai alienante ou a pessoa responsável pelo menor por atos de alienação parental. O tema do estudo é de grande relevância uma vez que desfeita a estrutura familiar a criança e o adolescente devem ser preservados de qualquer tipo de alienação parental.

A pesquisa foi realizada através de uma revisão bibliográfica em doutrinas especializadas em direito civil, doutrinadores pioneiros da teoria da alienação parental e artigos jurídicos especializados, utilizando pesquisas bibliográficas.

Neste segmento, o presente artigo está dividido em cinco capítulos. De início a introdução. O segundo capítulo aborda a origem e evolução histórica da família no estado brasileiro. No capítulo três, faz-se uma abordagem à alienação parental, destacando seu conceito, transformações e previsão legal, bem como analisando a Lei da Alienação Parental - Lei nº 12.318/2010. No capítulo quatro, discute-se a proteção integral da criança e do adolescente e os meios legais de prevenção à alienação parental. E, por fim no capítulo cinco, apresenta-se a conclusão do trabalho, onde pôde-se compreender que a prática da alienação parental deve ser combatida, sobretudo com políticas educacionais para alertar os danos prejudiciais para as crianças que tende a apresentar comportamentos depressivos, violentos e hostis ou desenvolver problemas psicológicos.

2 ORIGEM E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA FAMÍLIA NO ESTADO BRASILEIRO

O Código Civil de 1916 não permitia a dissolução do casamento, apenas o "desquite" era permitido, que foi posteriormente substituído pela Lei nº 6515/77, para pela separação judicial e mais tarde para o divórcio. Observa-se que a legislação brasileira protege exaustivamente a instituição da família e o fortalecimento dos laços de sangue, dificultando e limitando sua dissolução, e não valoriza os laços afetivos nas relações (FARIAS; ROSENVALD, 2021). A legislação de 1916 ignorou completamente as uniões que não foram concluídas com a celebração do casamento. Por exemplo, o concubinato e união estável, que antes eram rejeitadas, agora são reconhecidas (LÔBO, 2020).

Freitas (2019), instrui que a primeira Constituição Federal no Brasil a dedicar um capítulo separado à família, garantindo-lhe proteção diferenciada e cujos princípios foram retomados por constituições posteriores, é a de 1934. Embora este capítulo tenha sido incluído na Constituição Federal, nenhuma modificação substancial foi introduzida no Código Civil de 1916, que preservou a família com sua estrutura patriarcal, a discriminação

contra as crianças adotadas e as concebidas fora do casamento, que continua sendo a única forma de instituição familiar, e a negação de companheirismo.

Estes fatos foram colocados em perspectiva com as leis de adoção (Lei nº 3133/57), as leis de divórcio (Lei nº 6515/77) e o estatuto da mulher casada (Lei nº 4121/62), que concediam às mulheres casadas plena capacidade jurídica, pois eram consideradas relativamente incompetentes na época (PEREIRA, 2017).

A Constituição Federal de 1988, ao contrário do Código Civil de 1916, introduziu um novo modelo de família baseado nos princípios de igualdade, dignidade humana e solidariedade. A nova Constituição reconhece uma série de coisas que antes não eram aceitas, tais como a união estável entre um homem e uma mulher, a igualdade entre homens e mulheres nas relações conjugais, e proíbe a discriminação no tratamento de crianças, sejam elas concebidas em casamento ou adotadas. Também visa preservar a gratuidade do casamento e dá garantias de consequências civis ao casamento religioso (DINIZ, 2021).

Com a equiparação dos filhos adotados em relação aos filhos de parentes de sangue, a Constituição de 1988 começou a reconhecer a família nascida de um casal, de uma união estável, que naquela época era considerada um fato constitutivo de união familiar, mais do que o casamento ou laços de sangue (PEREIRA, 2017).

O Código Civil, promulgado em 10 de janeiro de 2002, pela Lei nº 10.406, regulamenta o que está previsto nas normas constitucionais. O Código Civil introduz uma clara igualdade dos cônjuges na esfera familiar, não há mais poder patriarcal, momento em que é permitido dissolver o casamento, por separação ou divórcio, regular a adoção e colocar os filhos em plena igualdade, assim como regular a união estável entre marido e mulher e reconhecer os direitos derivados da relação de coabitação.

3 ALIENAÇÃO PARENTAL E A LEI Nº 12.318/2010

Um dos maiores desafios da guarda responsável é manter o respeito e o diálogo necessário à convivência familiar entre ex-cônjuges e ex-companheiros. Por esse motivo a alienação parental é uma prática tão presente na sociedade brasileira.

A alienação parental é uma realidade dentro do seio familiar. Após a promulgação da Lei nº 12.318/10, que trata sobre a alienação parental, este tema ganhou força e passou a ser regulamentado pelo ordenamento jurídico.

O tema abordado no presente trabalho além de atual é bastante preocupante, pois se não for identificado previamente, pode desencadear consequências emocionais e psíquicas graves à criança e ao adolescente alienado.

Quanto ao conceito e os aspectos legais, a alienação parental é um fato típico de uma dissolução de matrimônio ou mesmo de união estável mal resolvida onde o genitor guardião se reconhece como proprietário do filho e para se vingar do seu ex-cônjuge, boicota visitas, falseia informações ao filho, entre outros atos no intuito de enganá-lo para que odeie o pai (ou a mãe). Neste caso está explícita a má utilização do poder familiar que conforme visto anteriormente, deve ser utilizada com o intuito de proteger e cuidar do melhor interesse da criança.

Na doutrina, existem conceitos elaborados da alienação parental, contudo, transcreve-se abaixo a definição legal, disciplinada pela Lei 12.318 de 26 de agosto de 2010, em seu artigo 2º, *caput*.

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 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 (BRASIL, 2010).

Muito conhecida também é a nomenclatura, implantação de falsas memórias, pois é a partir de comentários maldosos dirigidos pelo alienador que a criança ou adolescente começa a se convencer de que aquelas mentiras não foram implantadas, mas de fato aconteceram. Com o tempo, nem o genitor consegue distinguir a diferença entre a verdade e a mentira (DIAS, 2022, p. 380), desta forma estão implantadas as falsas memórias:

A pessoa do alienador é típica. Geralmente ocorre pela ação do pai, mãe ou até pelos dois pais. Na maioria dos casos é a mãe que dedica a maior parte do seu tempo à criança, principalmente se detiver a guarda, e por isso, possui mais meios para alienar a prole. Embora seja o principal alienador, é também a que comporta menos punibilidade (DIAS, 2022, p. 456).

Mesmo que de fato o alienador não consiga afastar a criança ou o adolescente do outro genitor, a simples tentativa já caracteriza a conduta da alienação e pode afetar o desenvolvimento psíquico e emocional do menor.

Não obstante, o comportamento do alienador é típico e tem o propósito de excluir o genitor alienado do convívio familiar. Assim, marca atividades de grande interesse da criança ou adolescente como visita a parques de diversão e viagens nos momentos que seriam destinados à visita do outro genitor, leva-o a acreditar que o outro genitor não se importa com ele e que se ausenta quando mais precisa. Aos poucos essa informação vai

se consolidando na mente da criança ou adolescente e deixando o sentimento de raiva ou repúdio pela presença do pai/mãe alienado.

No que se refere aos aspectos legais, caracterizada a alienação parental, faz-se necessário verificar se na sua conduta o alienante não cometeu algum ilícito criminal, ou seja, aqueles crimes contra a honra, neste caso, a honra do genitor alienado, que estão descritos no Código Penal (BRASIL, 1940), *in verbis*:

Calúnia

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

crime:

Pena – detenção, de seis meses a dois anos, e multa. (...)

Difamação

Art. 139. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:

Pena – detenção, de três meses a um ano, e multa. (...)

Injúria

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

Pena – detenção, de um a seis meses, ou multa. (...).

Com respeito à esfera civil, a parte prejudicada tem o direito de ter seus danos ressarcidos pelo agente alienador. Consequentemente, a reparação por danos morais, com fulcro nos artigos 186 e 927 do Código Civil Brasileiro.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts.186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo (BRASIL, 2002).

Uma vez que a prática da alienação parental tem como ato a desmoralização do genitor alienado e as falsas denúncias empregadas a este genitor, o qual configuram um abuso de direito, em vista disso, enquadrando, perfeitamente, na hipótese de ato ilícito

previsto no artigo 187 do Código Civil Brasileiro (BRASIL, 1940). 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. Ademais, é evidente que entre o pai e a mãe emprega-se a boa-fé objetiva, pois tais atos não dependem de culpa.

Portanto, essa prática da alienação parental constitui abuso moral e viola o direito à convivência familiar, dessa forma, é passível de responsabilização por danos morais, presumidos no artigo 3º da lei nº 12.318/10, *in verbis*:

Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.

Dessa maneira, comprovada a prática da alienação parental, a vítima pode pleitear ação por danos morais contra o agente alienador, cabendo ao juiz estipular o valor de compensação por esse dano.

Ainda que controverso, é notório que essa prática pode acarretar danos materiais, pois esses atos desencadeiam consequências e prejuízos às vítimas da prática da alienação parental, vítimas estas, a criança ou adolescente alienado e o genitor alienado.

Com o advento da Lei nº 12.318, em 26 de agosto de 2010, passou-se a disciplinar o instituto da alienação parental no Brasil, tipificando algumas condutas caracterizadoras, providências e sanções diante da prática desse ato. Em linhas gerais, o procedimento conforme a referida legislação é o seguinte:

A declaração de indício de alienação parental pode ser a requerimento ou de ofício, em ação autônoma ou incidental, sendo necessário ouvir o Ministério Público; medidas provisórias podem ser adotadas, em caráter de urgência, para assegurar a integridade física e psicológica da criança ou adolescente; se julgar necessário, o juiz determinará perícia psicológica ou biopsicossocial, que deverá entregar o laudo pericial no prazo de 90 dias, prorrogável apenas por autorização judicial fundada em justificativa circunstanciada; caracterizada a alienação parental ou conduta semelhante, o juiz adotará as medidas necessárias para inibir ou atenuar seus efeitos, conforme a gravidade e consequências do caso concreto (BRASIL, 2010).

A aplicação dessas medidas não exclui a responsabilização nas esferas civil e/ou criminal, se cabível, que podem ser aplicadas cumulativamente ou não, pois, a depender do caso, muitas vezes o genitor alienador durante a prática da alienação parental comete crimes de calúnia e difamação. Vale ressaltar que as medidas elencadas na Lei nº 12.318/2010 são meramente protetivas em favor da criança e do adolescente, cabendo ao alienado dar início à ação penal e à ação autônoma de responsabilização civil.

A alienação parental é um tema complexo, visto que é necessária uma integração entre o Direito, a Psicologia, a Medicina e o Serviço Social para combater esse mal. Um estudo para além do Direito. Muitas vezes, a criança ou o adolescente alienado apresenta diversos transtornos, necessitando de tratamento médico e psicológico para reverter as sequelas desse mal (EIRAS, 2018).

A Lei nº 12.318 já constitui um grande avanço, mas é preciso mais por parte das políticas públicas. A família moderna não pode ter sua morte imposta pela alienação parental, portanto, é preciso cuidar das vítimas e do alienante.

A família como base da sociedade deve ter amparo e proteção pelo ente estatal e, portanto, o Estado deve dispor de mecanismos e formar para solucionar os conflitos que ocorrem dentro do seio familiar. E ainda, ampara a criança e o adolescente que sofrem como objetos da alienação, vítimas estas que devem ser amplamente protegidas.

Nesse sentido, a lei nº 12.318 possui um caráter profundamente protecionista com relação à criança e ao adolescente alienado, tendo em vista que são seres vulneráveis e que ainda estão em fase de desenvolvimento, por esta razão, necessitam de um ambiente harmonioso e sadio que propicie um bom desenvolvimento físico, mental, social e cultural.

A prevenção é a principal forma de combate a esse fenômeno, ou seja, levar a discussão para a sociedade e conscientizá-la, mostrar os danos no desenvolvimento emocional e psicossocial da criança e do adolescente, seres que necessitam de especial proteção do Estado diante das fragilidades que possuem.

4 PROTEÇÃO INTEGRAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E OS MEIOS LEGAIS DE PREVENÇÃO À ALIENAÇÃO PARENTAL

O princípio do melhor interesse da criança é um corolário da doutrina de proteção integral introduzida pela Constituição Federal de 1988. Esta doutrina significa que crianças e jovens e seus direitos devem ser protegidos e que lhes devem ser garantidos os mesmos privilégios que aos adultos. O dever de proteção não se limita ao Estado, mas também se estende à sociedade e à família, é, portanto, um dever social, como diz o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 (GÓIS, 2020).

Esta é a aplicação do princípio constitucional da dignidade humana às crianças e adolescentes, cuja dignidade é garantida não apenas pelo artigo 1º da Constituição de 1988 da República Federal do Brasil, mas também, mais especificamente, como mostra o documento acima mencionado. Assim, apesar do referido artigo não constar do catálogo de direitos fundamentais, ele tem a mesma hierarquia constitucional que os demais (LEITE, 2018).

Dessa forma, fica estabelecido que a alienação parental não é apenas uma violação dos princípios constitucionais e dos direitos das crianças e adolescentes, mas também é inaceitável porque estes seres em desenvolvimento tornam-se vítimas de abuso emocional, o que tem sérias consequências psicológicas.

A prática da alienação parental de um dos pais viola diretamente o direito fundamental do Artigo 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente,, pois destrói a imagem do outro pai, prejudica o estado psicológico do menor e provoca uma crise de lealdade e confiança da criança para com aquele que, em teoria, é seu maior apoio (SOUZA, 2017).

Nesse diapasão, é necessário respeitar sua dignidade e seus interesses para que possam se desenvolver plenamente física e mentalmente. Este princípio está consagrado no Código Civil 226 § 8º e 227, caput, que também definem os direitos das crianças e adolescentes no âmbito do direito de família, garantindo seu pleno desenvolvimento e protegendo todos os meios para alcançá-lo. Assim, o princípio do melhor interesse da criança protege a mesma e todas as relações das quais ela faz parte (LEITE, 2018).

Além da noção de direito fundamental, não se deve esquecer que ela é acompanhada pela noção de dever fundamental, pois se por um lado alguém tem um direito fundamental, por outro, outras pessoas têm necessariamente um dever fundamental de respeitar os direitos dos outros. As noções de direitos e deveres fundamentais se ajustam perfeitamente à autoridade parental, cuja noção dominante é a de *múnus*: o exercício da autoridade no interesse da criança (WAQUIM, 2016).

A autoridade parental, derivada deste dever fundamental de assegurar o respeito aos direitos fundamentais da prole, deve ser um instrumento de proteção dos direitos fundamentais do menor, bem como um meio de promoção de seus interesses, pois deve estar voltada exclusivamente para a promoção e o desenvolvimento da personalidade de seu filho (WAQUIM, 2016, p. 09).

Embora a questão seja recente, a alienação parental tem sido um fenômeno frequente nos tribunais de família e já existe uma história de jurisprudência sobre o assunto, parte desta história é apresentada aqui. Teyber (2019) apresenta um caso no qual o tribunal do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, após encontrar em um

determinado caso indicações de alienação parental no comportamento do avô, decidiu conceder a custódia temporária do menor à avó paterna.

Deve-se notar que, neste caso, o interesse superior da criança foi considerado e que os magistrados consideraram que a avó paterna era a pessoa mais apropriada para proteger o melhor interesse da criança, como mostra a seguinte decisão:

GARANTIA. NO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO DOS PAIS. Como a atitude do pai mostra sinais de alienação parental, o que pode comprometer a integridade psicológica da filha, o melhor interesse da criança é confiá-la à custódia temporária de sua avó paterna. Rejeição da ação (Agravo de Instrumento nº 70014814479, 7º Câmara Cível, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 07/06/2006).

Teixeira (2019) também apresenta outro caso específico no qual o TJRS decidiu que devido ao alto nível de intriga e desacordo que existia entre os pais, as visitas deveriam ser controladas, também porque havia indícios de alienação dos pais, como visto abaixo:

REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. SÍNDROME DA ALIENAÇÃO PARENTAL.

Se se verificar que existe um grau muito alto de desacordo entre os pais, que não podem superar suas dificuldades sem o envolvimento de seus filhos, bem como sérias acusações contra o pai, que esteve longe de seus descendentes por um longo período de tempo, a visitação terapêutica é mais apropriada. Esta forma de acesso também é apropriada devido ao risco de síndrome de alienação dos pais. O recurso é parcialmente mantido (Apelação Cível nº 70016276735, 7º Câmara Cível, rel. Des. Maria Berenice Dias, j. 18/10/2006).

Segundo Freitas e Pellizzaro (2018), há numerosas decisões judiciais que reconhecem que a prática da alienação parental viola o princípio constitucional do melhor interesse do menor. Reproduz-se a seguir a recente decisão do Tribunal do Estado do Rio de Janeiro de 14 de maio de 2014, apresentada pelo Juiz Associado Fernando Cerqueira, para demonstrar que uma violação do princípio constitucional foi reconhecida pela jurisprudência e que como consequência deste reconhecimento, baseado no princípio do interesse superior do menor, a custódia da criança pode ser revogada pela prática da alienação repetida, *in verbis*:

0000206-03.2005.8.19.0206 - APELAÇÃO DES. FERNANDO CERQUEIRA - Decisão: 14/05/2014 - DECIMA PRIMEIRA CAMARACIVEL APELAÇÃO CIVIL. CUSTÓDIA DE MENOR. UMA ORDEM DE INDEFERIMENTO DO PEDIDO E DEVOLUÇÃO DA CUSTÓDIA À MÃE. 1 - Alegação da recorrente de que o procedimento não foi seguido devido ao fato de que o padrasto do menor não participou da investigação conduzida pela equipe técnica do tribunal, além do fato de que a mudança da custódia seria prejudicial ao menor. 2 - Apesar da afirmação do apelante, não houve violação do devido processo. Depois de conduzir investigações sócio-psicológicas com os pais e a criança, o processo foi realizado corretamente. Além disso, as avaliações não continham nenhum elemento que tornasse necessário investigar mais a relação da criança com seu padrasto. 3. O princípio do interesse superior da criança. 4. Alienação Parental. 5. Em um caso específico, embora ambos os pais cumpram, em princípio, as condições para o exercício da guarda da criança, considera-se verdadeiro que o apelante, sob pressão do ressentimento decorrente da problemática separação do casal, mostra um comportamento imaturo e irresponsável ao tentar manchar a imagem do apelado perante a criança, o que não só prejudica a educação da criança, mas também torna a transferência da guarda para o pai ou a mãe mais razoável e favorável. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

A alienação parental em si constitui uma violação de um dos direitos fundamentais da criança, especialmente no que diz respeito ao princípio do melhor interesse da criança. Sabe-se também que qualquer violação de um direito fundamental implica a responsabilidade civil do agente, desde que o nexo causal, a conduta e o dano sejam comprovados.

Contudo, a Carta Magna Brasileira Constituição Federal também determina princípios, reconhecidos por Alexy (2021) mandatos de otimização, marcados pelo fato de que eles podem ser cumpridos em graus variados e que o grau apropriado de cumprimento depende não apenas das possibilidades reais, mas também das possibilidades legais.

Segundo Canotillo (2017, p. 158), "os princípios são normas legais que impõem otimizações compatíveis com diferentes graus de aplicação, dependendo dos condicionantes reais e legais", daí a necessidade de analisar os princípios da dignidade humana, paternidade responsável, prioridade absoluta e o melhor interesse da criança/adolescente.

Alexy (2021) explica que a princípio, a dignidade humana funciona no que a vincula às normas de princípio em geral como um ordenamento otimizador, que prescreve algo (neste caso, a proteção e promoção da dignidade humana) a ser realizado, na medida do possível, à luz das possibilidades fáticas e legais existentes, e as normas contêm regras obrigatórias de conduta.

Com a constitucionalização do princípio analisado, foi expressa a opção do Estado em favor da proteção do indivíduo, destacando a proteção dos componentes individuais da família, uma vez que a própria Constituição Federal considera a família como o fundamento da sociedade e merecedora de proteção especial por parte do Estado (BRASIL, 1988). Esta atenção especial ao indivíduo, a criança/adolescente, é assim expressa quando a Constituição dá prioridade absoluta aos direitos desses menores, a fim de garantir o pleno desenvolvimento da pessoa com base em sua dignidade

A paternidade responsável é um princípio que tem um marcado caráter político e social, já que impõe aos pais o dever de serem responsáveis por seus filhos. Pode-se dizer que o princípio em questão é um "desenvolvimento dos princípios da dignidade humana, responsabilidade e apego" (SOUZA, 2017, p. 74). Entretanto, este princípio merece autonomia porque a paternidade e a maternidade são fundamentais para a vida humana, especialmente quando estão em fase de desenvolvimento, como é o caso das crianças e adolescentes.

Venosa (2017, p. 182) argumenta que o termo "paternidade responsável" deve ser substituído por "parentalidade responsável" porque o termo paternidade "se refere ao status ou capacidade do pai ou à relação de parentesco que liga o pai a seus filhos", enquanto a palavra paternidade expressa todo o alcance da disposição constitucional que se dirige aos pais, ou seja, a um homem e uma mulher ou a um casal que, exercendo sua autonomia reprodutiva, avança o projeto parental. O princípio da paternidade responsável, ou parentalidade responsável, pode ser traduzido como o dever dos pais de cuidar de seus filhos.

O cuidado é considerado como um valor implícito do sistema jurídico, pois vincula as relações afetivas, solidárias e responsáveis. O cuidado também desempenha um papel importante na interpretação e aplicação das normas legais porque leva a um compromisso efetivo e necessário com o outro como uma norma ética de convivência (SOUZA, 2017).

Reconhecido, portanto, como valor jurídico e considerado em sua dimensão de alternância, reciprocidade e adicionalidade, a solicitação exalta a grandeza do conteúdo da paternidade responsável e torna possível definir todas as responsabilidades parentais.

Quanto ao princípio de prioridade absoluta, Lizandro (2016), assinala que é um princípio constitucional que impõe à comunidade, organizações públicas e privadas e aos

cidadãos, um dever inescapável, absoluto de dar prioridade às necessidades das crianças e adolescentes, em razão de sua condição particular de indivíduos em desenvolvimento.

Para Figueiredo e Alexandrilis (2020), prioridade absoluta deve significar que "a criança e o adolescente devem estar sempre no topo das preocupações daqueles que governam"; deve ser entendido que todas as necessidades das crianças e adolescentes devem ser atendidas em primeiro lugar, pois representam o maior bem da nação.

Ainda segundo os autores supramencionados, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é baseado em uma recente mudança na estrutura familiar que despojou a família de sua função econômica para transformá-la em um núcleo de companheirismo e apego. Sobre o conteúdo deste princípio, os autores mencionam que só se pode realmente dizer o que é melhor para o menor no caso específico, ou seja, naquela situação particular, com certos contornos pré-determinados.

Para Azambuja (2020), o princípio do melhor interesse da criança não é um conceito fechado, definido e acabado e está diretamente relacionado à dignidade humana, pois não pode haver dignidade humana sem levar em conta a vulnerabilidade humana, a ordem constitucional prioriza os direitos e prerrogativas dos grupos que de fato são mais vulneráveis, como é o caso dos menores.

A autora argumenta ainda que um estado de vulnerabilidade é inerente à infância e adolescência, de modo que eles estão em desvantagem em relação aos adultos, de modo que se justifica uma clara violação do princípio de igualdade, de modo que se estabelece um "sistema especial de proteção, um sistema jurídico" para que os interesses da criança prevaleçam sobre os dos adultos.

Neste contexto, é necessário que haja meios legais de prevenção e combate à alienação parental. O artigo 4º da Lei 12.318/10 prevê que o juiz deve tomar medidas provisórias imediatas se for encontrada evidência de alienação parental. Além disso, o legislador deixou em aberto a possibilidade, especialmente por causa da importância dos valores em jogo, de que o juiz, a pedido do interessado ou mesmo de ofício, possa intervir a qualquer momento durante o processo quando tal comportamento prejudicial for encontrado (GÓIS, 2020).

Em uma enumeração meramente indicativa, as medidas cautelares a serem tomadas estão listadas no artigo 6º, que obriga o juiz a tomar medidas para fazer cessar os atos ou consequências da alienação o mais rápido possível, sem prejuízo de outras medidas judiciais previstas no Código Civil. O juiz tem poderes para facilitar uma combinação de duas ou mais medidas consideradas necessárias para evitar tal prejuízo e para manter a coabitação do menor com o progenitor alienado.

Dentre as medidas processuais e substantivas enumeradas nos parágrafos do artigo 6º da Lei 12.318/2010, há a obrigação do juiz de verificar a alienação dos pais e de notificar o alienador. Assim, neste primeiro caso, o juiz só tem que verificar a ocorrência e notificar o alienante para cessar este comportamento. De acordo com Figueiredo e Alexandridis (2020, p. 70):

Diante da constatação do início do processo de alienação parental facilitado pelo alienante, basta que o juiz perceba que este processo está ocorrendo e o avise de seu comportamento para que o processo cesse, pois, esta medida pode ser suficiente para estabelecer uma relação normal com a vítima. A advertência consiste em explicar os danos causados pela alienação dos pais, especialmente em relação à criança afetada, e as consequências que a repetição desta prática pode acarretar, juntamente com outras sanções previstas no artigo 6 da Lei 12.318/2010, incluindo a possibilidade de perder a guarda da criança se o estrangeiro a tiver.

O tribunal também pode estender o regime de convivência familiar em favor do pai alienado e determinar que a criança deve ser incluída no regime de custódia compartilhada. Esta questão será discutida ao considerar a separação dos direitos parentais como um meio de combater a alienação dos pais, mais adiante neste estudo.

Outra medida é a possibilidade de o tribunal impor uma multa ao alienante para assumir as consequências de seus atos. Figueiredo e Alexandridis (2020, p. 71) esclarecem melhor a natureza desta multa e quem reteria tal quantia financeira.

Diante desta questão, a melhor interpretação, na ausência de uma disposição expressa, é que é recuperável em favor do parente afetado que sofreu as consequências da alienação parental, mesmo que tenha sido advertido e o alienador tenha continuado com sua prática (mesmo que não tenha sido estabelecida nenhuma gradação entre sanções), servindo assim como compensação pelo dano moral causado à personalidade da vítima.

O estabelecimento de um acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial dos pais, incluindo o alienador, é uma medida favorável para evitar a repetição dos atos de alienação, pois tende a continuar o contato com o filho do casal. Também neste sentido, Figueiredo e Alexandridis (2020) afirmam que neste contexto, uma das soluções mais apropriadas para a alienação parental é que o alienante se submeta a uma terapia psicológica e/ou biopsicossocial para corrigir seu comportamento.

Deve ser enfatizado que a criança não deve ser privada da relação com o alienante, dado o dano causado, pois isto pode ter sequelas negativas para a personalidade da criança. Assim, com tratamento adequado, uma reconciliação emocional entre os membros da família pode ser proposta para abordar as causas que levam à alienação dos pais.

A fixação cautelar da criança ou adolescente é outra medida explicitamente prevista por lei para combater uma situação muito grave, pois é uma das medidas mais eficazes para evitar a alienação. Em tal decisão, o tribunal geralmente garante à criança o direito de visitar (viver com) o pai alienado e até mesmo toma medidas adicionais, tais como o levantamento da obrigação de levar a criança ou o jovem com ele ou retirando-o do local de residência do pai ou da mãe.

Finalmente, uma das medidas mais severas é listada, a de declarar o pai alienante privado da autoridade parental. De acordo com Figueiredo e Alexandrilis (2020, p.75):

Se o alienador não for a mesma pessoa que tem a custódia do menor, ele ou ela continua a exercer a autoridade parental sobre o menor, uma vez que ele ou ela pode estabelecer o comportamento, regras e condições de vida em comum com o menor, e tem a capacidade de intervir nas decisões que o afetam. Desta forma, o juiz pode eliminar a influência do alienante sobre a personalidade do menor para corrigir os efeitos da alienação dos pais.

Deste modo, é muito importante sublinhar que estas medidas não se destinam a punir os pais privados de autoridade parental, mesmo que seja esperada uma mudança em seu comportamento. Portanto, todas estas medidas devem ser aplicadas a fim de proteger a integridade da criança e do jovem, preservar sua integridade psicológica e restaurar sua proximidade com o progenitor separado.

5 CONCLUSÃO

Ao término deste estudo, pôde-se verificar que a família, base da sociedade, e passou por inúmeras e constates transformações no decorrer dos últimos anos, essas transformações dentro do seio familiar modificaram, de forma profunda, os valores e princípios, bem como a seu modelo de composição.

Diante destas mudanças, muitos conflitos surgiram dentro do seio familiar, necessitando a intervenção do Estado para solucionar os mesmos, tendo em vista a necessidade de preservação e proteção da estrutura familiar, por constituir alicerce do Estado Democrático de Direito.

Dentre os conflitos que aflige e ameaça a família na atualidade, sobretudo o desenvolvimento da criança e do adolescente e as relações de filiação é a prática da

alienação parental. A alienação parental consiste na prática de induzir a criança ou o adolescente para atingir se vingar do outro cônjuge, geralmente por não aceitar o término da relação conjugal.

Contudo, a prática da alienação parental acarreta diversos danos para o desenvolvimento da criança e do adolescente, uma vez que a ausência do convívio familiar interfere prejudicialmente no desenvolvimento sadio e pleno em aspectos morais, físicos, psicológico, cultural e emocional.

Pelos resultados obtidos, durante as leituras, observou-se que a prática da alienação parental é bastante frequente no término das relações conjugais, principalmente quando um dos cônjuges não aceita o fim da relação.

Para tanto, o Código Civil e o Estatuto da Criança e do Adolescente possuem mecanismos de proteção para assegurar a efetivação dos direitos da criança e do adolescente, bem como a concretização do princípio da convivência familiar. Ademais, a Lei n.º 12.318/2010, combate, previne e determina as medidas a serem adotadas diante da prática da alienação parental. Notou-se que, a Lei da Alienação Parental possui medidas tanto para proteção à criança/adolescente vítima, bem como para o genitor que foi privado da convivência com o filho.

Por fim, esclarece-se que a prática da alienação parental deve ser combatida, sobretudo com políticas educacionais para alertar os danos prejudiciais para as crianças que tende a apresentar comportamentos depressivos, violentos e hostis ou desenvolver problemas psicológicos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 6 ed. trad. SILVA, Virgílio Afonso da. São Paulo: Malheiros Editores, 2021.

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. A criança vítima de violência sexual intrafamiliar: como operacionalizar as visitas. in: DIAS, Maria Berenice. (coord.). **Incesto e alienação parental: realidades que a justiça insiste em não ver**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/htm >. Acesso em: 26 de novembro de 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm > Acesso em: 26 de novembro de 2021.

BRASIL. **Lei nº 12.318 de 26 de agosto de 2010**. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12318.htm. Acesso em: 13 de fevereiro de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed. Imprensa: Coimbra, Almedina, 2017. Descrição Física: 1522 p.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito da Família**. 15 ed. 2022.

DINIZ, Maria Helena. **Direito de Família**. In: Direito Civil Brasileiro. V. 5, 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

EIRAS, Natália. Como a Lei da Alienação Parental pode estar sendo usada por abusadores. **Revista Universa**, 2018. Disponível em:

<<https://www.uol.com.br/universa/noticias/redacao/2018/10/24/como-a-lei-daalienacao-parental-esta-sendo-usada-para-protoger-abusadores.htm> >. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 8 ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.

FIGUEIREDO, Flávio Vieira. ALEXANDRILIS, Georgios. **Alienação Parental**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

FREITAS, Douglas Philips. **Alienação Parental**. 6ª edição. Revista, atualizada e ampliada. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2019.

FREITAS, Douglas Phillips; PELLIZZARO, Graciela. **Alienação parental: Comentários à Lei 12.318/2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

GÓIS, Marília M. **Alienação Parental**. 2020. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5841/Alienacao-parental>>. Acesso em 21 de novembro de 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Alienação parental: a tragédia revisitada. **Revista de Direito de Família e das Sucessões**, São Paulo, v.5, p. 1-20, jul. 2018.

LIZANDRO. **Criminalização da Alienação Parental PL. 4.488/16**. Julho de 2016. Disponível em: <<http://www.soupaisolteiro.com.br/sap/criminalizacao-da-alienacao-parental-pl-448816/>>. Acesso em: 17 de março de 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: famílias**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Dicionário de Direito de Famílias e Sucessões Ilustrado**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação Parental - sob a perspectiva do direito à convivência familiar**. 2ª Edição. São Paulo: Mundo Jurídico, 2017.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. **Família, Guarda e Autoridade parental**. 6ª Edição: Revista atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09. Rio de Janeiro. Renovar. 2014.

TEYBER, Edward. **Ajudando as crianças a conviver com o divórcio**. 3ª ed. São Paulo: Nobel, 2019.

VENOSA, Silvo de Salvo. **Direito Civil – Família**, Vol.5. 17ª Edição. São Paulo: Atlas, 2017.

WAQUIM, Bruna Barbieri. Alienação parental: entre o direito e a psicologia. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.439, p. 1-11, jan. 2016.