BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1045

(Ano XIII)

(06/11/2021)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico

www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA - 2021

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

País: ***Brasil***. Cidade: ***Brasília – DF***. Endereço: SIG SUL, Q. 01, lote 495, sala 236, Ed. Barão do Rio Branco, CEP. 70610-410. Tel. (61) 991773598
Contato: editorial@conteudojuridico.com.br
WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico
Publicação semanal em formato digital
Circulação: Livre. Acesso aberto e gratuito

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

Os avanços da nova Lei de Improbidade Administrativa
Adel El Tasse, 09.

ARTIGOS

Medidas diversas à prisão civil por débito alimentar como instrumentos mais eficazes à satisfação do crédito do alimentado
Letícia Maciel Silva Dantas, 12.

Apontamentos sobre a criminologia crítica: características e perspectiva histórica
Erick de Figueiredo Maia, 34.

A efetividade dos artigos 10, 11 e 12 da Lei 11.340/2006 no atendimento pela autoridade policial
Tayssa Carolinny Silva e Silva, 44.

O controle público no século XXI: um estudo a partir do diálogo institucional entre BNDES e TCU
Rafael Cascardo Cardoso dos Santos, 56.

Violência contra a mulher: feminicídio em Porto Velho/RO
Jander Barbosa Rebelo Filho e Rayan Gustavo Matos de Carvalho, 85.

O ilegal vilipêndio dos honorários advocatícios sucumbenciais pelo Poder Judiciário brasileiro. Afronta a dignidade da pessoa humana e a lei de abuso de autoridade.
Daniel Nascimento Curi, 110.

A questão moral na possibilidade jurídica de redução da maioridade penal
Francioney da Silva Gonzaga, 116.

As dificuldades enfrentadas pelas mulheres no mercado de trabalho – uma abordagem histórica e sob a ótica constitucional
Samara Karoline Campos Martins, 138.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Terceirização e a reforma trabalhista na construção civil
Ariana Souza de Oliveira, 168.

Orçamento Familiar
Anni Gabrieli de Lima Sgamato e outros, 182.

Três critérios de fixação do quantum indenizatório por erro médico nos casos de cirurgia plástica
Célia Maria Freitas Pontes, 201.

A Lei de Execução Penal e a reintegração dos reeducandos
Thays de Araújo, 222.

Requisitos para o tratamento de dados pessoais na lei geral de proteção de dados
Erick de Figueiredo Maia, 248.

A execução provisória da pena e o princípio presunção de inocência (artigo 5°, LVII, DA CRFB/88)
Iago Conde Nunes, 260.

A perícia médica como meio de prova (in)suficiente para a justa aferição da (in)existência de nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho no âmbito da responsabilidade civil do empregador
Murilo Alves de Oliveira, 272.

Procedimentos processuais no processo do trabalho e a liquidação dos pedidos na petição inicial
Agni Miranda Ferreira e Brainner Feliciano da Matta, 293.

Perfil específico na seletividade dos adotantes no processo adotivo: afronta a dignidade humana do adotando
Marina Francielly Barbosa Araújo, 318.

Os deveres do cidadão brasileiro em caso de pandemia
Debora Lima de Oliveira Soares da Mata, 336.

As audiências criminais por videoconferência, nas fases de instrução e julgamento e pronuncia do acusado considerando o princípio da celeridade processual e as vantagens para o advogado, promotor de justiça e Estado durante o processo penal
Tatila Carvalho Brasil, 354.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Aspectos tributários da Zona Franca de Manaus
Bianca Nascimento Barroncas, 374.

Violação do direito da gestante em tempos de pandemia: a proibição de acompanhante no parto como medida de enfrentamento a covid-19
Ana Clara Rodrigues Duarte, 392.

Consequências jurídicas da inseminação artificial caseira no tocante a prestação de alimentos após separação de casais homoafetivos
Mariana Ribeiro da Silva, 400.

Repercussões penais e civis da divulgação de imagens íntimas não autorizadas na internet
Erick de Figueiredo Maia, 420.

A covid – 19 como doença ocupacional e a responsabilidade civil trabalhista do empregador
Giovana Silva Santos, 433.

A importância da distribuição de absorventes para mulheres em estado de miserabilidade
Ana Laura Pádua Palma, 446.

O garantismo jurídico e as flexibilizações dos direitos dos trabalhadores
Luiz Gustavo Mendes de Paula Falleiros, 456.

Notas sobre a fundamentalidade do direito de protestar para a democracia
Bismak Rodrigues da Silva Júnior, 467.

Aplicabilidade da prisão em flagrante prorrogado com ênfase ao instituto da ação controlada e intervenção da polícia judiciária
Murilo Helloin de Holanda Serra, 781.

As discussões relativas a impossibilidade da alteração do regime de separação total de bens dos idosos maiores de 70 anos: uma breve análise sobre as decisões do Judiciário
Amanda Martins de Oliveira, 497.

Influência da tecnologia na (i)legalidade da adoção de crianças e adolescentes
Karina Costa Massalai Saia, 512.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O marco legal das startups e a figura do investidor anjo
Bruna Isabela Nonnenmacher e Elisa Andrade Antunes de Carvalho, 529.

Inteligência e contrainteligência policial
Renato Rafael de Brito Fell, 549.

Da continuidade da paternidade socioafetiva diante da dissolução vínculo conjugal
Larissa Rodrigues da Silva, 564.

A responsabilidade dos avós pelo pagamento dos alimentos diante da impossibilidade dos pais
Valker Carvalho Macena, 587.

A função social do contrato de plano de saúde como instrumento de proteção do consumidor em tempos de pandemia
Nádyla Albino da Silva, 603.

Caso Unilever: as empresas possuem o direito de ganhar produtividade por meio de elisão fiscal?
Douglas da Costa Moreira e Páris Chaves Teixeira, 624.

Massacre do Carandiru: direitos humanos e sua correlação com o sistema penitenciário brasileiro
Rayssa Jorge Parrião, 632.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

OS AVANÇOS DA NOVA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ADEL EL TASSE: Mestre e Doutor em Direito Penal. Professor de Direito Penal, em diversos cursos de graduação e pós-graduação. Professor na Escola da Magistratura do Estado do Paraná. Professor no Curso CERS. Coordenador do Núcleo de Estudos Avançados em Ciências Criminais. Procurador Federal.

A Lei nº 8.429/92, atual lei de improbidade administrativa, teve vários dispositivos com eficácia suspensa, em recente decisão do Ministro do STF Gilmar Mendes, a partir do anúncio de que, em poucos dias, seria substituída por outra, em processo de aprovação no Congresso Nacional.

Chama a atenção o envolvimento de parte da sociedade, qualificando a nova lei, bem como, a decisão suspensiva de dispositivos da atual, de retrocesso, por "dificultar a punição".

O raciocínio destacado é de equívoco evidente, pois, parte da falsa premissa de que a lei nº 8.429/92 é, sob ponto de vista técnico, perfeita e que a nova legislação por a alterar, modificaria algo que não deve ser objeto de discussão. Não é assim, a atual lei é bastante falha e sua proposta de modificação produz considerável avanço, no aspecto das exigências mínimas para a habilitação do poder punitivo no Estado Democrático.

No Brasil, simplesmente porque de maneira formal o direito positivo diz não ser determinada legislação de natureza penal, muitos passam a repetir essa informação de forma pouco refletida, com isso, habilitando o poder punitivo manifestado em legislações autoafirmadas não penais, sem os controles que lhe seriam inerentes em uma república e democrática

É bastante relevante destacar, especificamente em relação à lei de improbidade administrativa, ser indiscutível representar manifestação típica do poder punitivo estatal, em escala bastante sensível, por impor perda de cargos públicos, atingimento patrimonial, enfim, consequências diretas sobre direitos fundamentais da pessoa e, o fato de não estar catalogada como penal, não deve permitir, poder punitivo da magnitude do nela manifestado, ser exercido sem os limites mínimos estruturados ao longo do desenvolvimento civilizatório.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse diapasão, é positiva a superação pela nova lei do fato de que com a atual possa alguém sofrer consequências brutais, sem ao menos exigir dos responsáveis pela acusação, a demonstração segura de ter a pessoa atuado com conhecimento e vontade (dolo) de atingir a administração pública, pois, é inaceitável o modelo ora vigente, em verdade, ele conduz a possibilidade do exercício do poder punitivo pelo Estado guiado pelo *versari in re illicita*, na sua feição medieval, ou seja, em um nível de responsabilidade desprovido de qualquer vínculo subjetivo do agente, modelo pródigo em produzir sistemas autoritários de poder, pela intervenção sobre as pessoas independente de suas vontades, quando do agir.

Ademais, a estrutura típica atual, a qual, com todo o respeito, há muito já deveria ter sido declarada inconstitucional, confronta com as mais elementares noções de taxatividade na descrição das condutas habilitadoras do poder punitivo, sendo que a nova lei, regra geral, objetiva ser mais clara nos conceitos e determinações, definindo melhor as condutas, as possibilidades punitivas e os níveis de aplicação da lei.

Por exemplo, o atual artigo 11 ao admitir punição de alguém que genericamente contrarie princípios da administração pública, aproxima em muito o modelo ao desenvolvido no Estado nazista, da punição para quem contrariasse o são sentimento nazista.

Tipicidade punitiva exige descrição exata de conduta, avanço importante produzido na nova lei, pois, torna precisa a descrição de quais condutas contrariam os princípios da administração pública, na proporção de justificar sua incidência na lei de improbidade administrativa.

Isso é muito importante, pois, ao longo dos anos o dispositivo do artigo 11 da lei de improbidade administrativa foi utilizado de forma banalizada, esquecendo que a improbidade administrativa estaria no nível da alta-corrupção, o que, ante a ausência de limites precisos na lei, permitiu a utilização da hipótese para perseguir desafetos, enquadrar comportamentos de pessoas tidas como indesejadas e, ao mesmo tempo, ignorar práticas, por vezes graves, de protegidos.

Da mesma forma, remeter a titularidade da ação de improbidade administrativa ao Ministério Público é algo lógico em relação direta com o sistema constitucional, o qual no artigo 129, inciso I, da CF confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública e, na medida em que a improbidade administrativa deve ser lida como prática equivalente a alta- corrupção estatal, absolutamente racional que a sua propositura também fique a cargo do órgão ministerial.

Igualmente, a fixação da titularidade ministerial, tem o mérito de minorar as possibilidades de utilização da ação de improbidade administrativa com viés político e de perseguição institucional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, é perceptível o avanço da nova legislação, mas para entendê-lo é essencial compreender que a lei de improbidade administrativa representa importante habilitação do poder punitivo no Estado brasileiro e, independente de como seja ela classificada, o fato é que, a partir da sua essência, deve se guiar pelos mecanismos que limitam e racionalizam o exercício do poder punitivo e, assim, não há como afastá-la de determinadas estruturas dogmáticas de direito penal, como a exigência de dolo, a viabilidade de exigência de especial finalidade no agir, a tipicidade que atenda a exigência de taxatividade na descrição da conduta, a clareza nos destinatários para cada hipótese punitiva, entre outras.

O argumento passional de que, com a nova lei fica mais difícil punir, a bem da verdade, não significa absolutamente nada, pois, punir muito não representa avanço algum de uma sociedade, do contrário ter-se-á que reconhecer serem os nazistas, por exemplo, os quais mataram milhões a título de punir pessoas que contrariavam suas leis, o ápice evolutivo humano, o que, ninguém imagina defender.

A questão é simples, a habilitação do poder punitivo, independente do formato legislativo pelo qual se corporifique deve se submeter aos filtros e controles próprios da dogmática penal, com o objetivo de que a parcela mais irracional seja bloqueada, o que na antiga lei de improbidade administrativa não ocorria, havendo espaço amplo para a irracionalidade punitiva, enquanto, a nova lei, tem, em uma primeira análise, o mérito, de trazer alguns mecanismos possíveis de serem bem desenvolvidos pela doutrina e pela jurisprudência, para cumprir adequadamente a tarefa de admitir a manifestação punitiva, apenas na sua parte menos irracional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MEDIDAS DIVERSAS À PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR COMO INSTRUMENTOS MAIS EFICAZES À SATISFAÇÃO DO CRÉDITO DO ALIMENTADO

LETÍCIA MACIEL SILVA DANTAS: Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

MAÍRA BOGO BRUNO[1]

(orientadora)

RESUMO: Decorrente das relações familiares, nasce o dever de alimentar, qual seja, o de garantir ao indivíduo que não possui meios e condições de autossubsistência, o mínimo para preservar o seu padrão social de vida. Caso esse dever não venha a ser cumprido fielmente, a legislação brasileira dispõe formas para que o devedor dessa dívida alimentar cumpra com sua obrigação. A medida mais rigorosa para que se cumpra a obrigação alimentar consiste na decretação da prisão civil, que não possui foco na restrição da liberdade, mas atua como coerção, persuadindo o devedor a adimplir seu débito. Todavia, esta medida extrema vem trazendo dúvidas quanto à sua eficácia frente à satisfação do crédito do alimentado. Portanto, o problema suscitado nesta pesquisa é verificar quais as medidas alternativas a essa medida extrema existem na legislação brasileira e o que os Tribunais Pátrios veem decidindo acerca do tema, investigando a legislação e as jurisprudências pátrias. Além disso, o trabalho tem como objetivo verificar se os Tribunais pátrios veem aplicando as medidas diversas da prisão civil por débito alimentar e se estas são mais eficazes para garantir a solvência da obrigação alimentar e, ainda, quais medidas inovadoras estão sendo aplicadas. Para tanto, utiliza-se da metodologia da pesquisa jurídica, com método dedutivo, de cunho exploratório, bibliográfico e documental, com análise de dados qualitativa. Percebe-se, então, que a jurisprudência vem evoluindo no sentindo de afastar a prisão civil como método de garantir a solvência do débito alimentar e adotando medidas alternativas já existentes em lei, tais como a penhora de bens, a expropriação, e também, utilizando-se de inovações como a inclusão do devedor nos cadastros de proteção ao crédito e o uso da tornozeleira eletrônica, quem vem trazendo resultados satisfatórios frente à satisfação do débito alimentar.

Palavras-chave: Prisão; Alimentos; Débito; Medidas alternativas.

ABSTRACT: As a result of family relationships, the duty to feed is born, that is, to guarantee the individual who does not have the means and conditions for self-subsistence, the minimum to preserve their social standard of living. If this duty is not fulfilled faithfully,

1 Mestre em Direito. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Brazilian legislation provides ways for the debtor of this food debt to comply with its obligation. The strictest measure to comply with the maintenance obligation consists of the decree of civil imprisonment, which does not focus on restricting freedom, but acts as coercion, persuading the debtor to pay his debt. However, this extreme measure has raised doubts as to its effectiveness regarding the satisfaction of the foodstuffs' credit. Therefore, the problem raised in this research is to verify which alternative measures to this extreme measure exist in Brazilian legislation and what the Brazilian Courts see deciding on the subject, investigating the Brazilian legislation and jurisprudence. In addition, the work aims to verify whether the national courts have been applying measures other than civil imprisonment and if these are more effective for food debt to ensure the solvency of the maintenance obligation and also what innovative measures are being applied. Therefore, it uses the methodology of legal research, with deductive method, of an exploratory, bibliographical and documentary nature, with analysis of qualitative data. It is clear, then, that the jurisprudence has been evolving towards removing civil imprisonment as a method of guaranteeing the solvency of the food debt and adopting alternative measures already existing in law, such as the pledge of assets, an expropriation, and also, using up of innovations such as the inclusion of the debtor in the credit protection registries and the use of electronic anklets, which have been bringing satisfactory results in relation to the satisfaction of the food debt.

Keyword: Prison; Foods; Debt; Alternative measures.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Prisão civil por débito alimentar e sua possível ineficácia. 3. Aplicação dos meios alternativos para satisfação do crédito do alimentado. 3.1…. Meios alternativos previstos na legislação pátria. 3.2. Meios alternativos aplicados pelos tribunais pátrios. 4. Considerações finais. 23. Referências

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre as medidas diversas à prisão civil por débito alimentar, previstas na legislação e aplicadas pelos juízos e tribunais pátrios, no tocante à possível ineficácia da restrição da liberdade do devedor para a satisfação do crédito alimentício. Para isso, é importante entender em que consiste a eficácia.

Eficácia "significa que a norma jurídica produz, realmente, os efeitos sociais planejados," (NADER, 2020, p. 83), ou seja, diz respeito ao alcance dos objetivos ou metas traçadas por determinado ato. Para tanto, é preciso que a norma encontre "na realidade condições adequadas para produzir seus efeitos." (FERRAZ JUNIOR, 2019, p. 158). Tem-se, portanto, uma análise dos resultados alcançados, previamente calculados. Desse modo, a eficácia trata do exame se os resultados sociais alcançados pelo ato normativo foram realmente os pretendidos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Estabelecido o que é eficácia, é preciso entender também em que consiste a prisão civil por débito alimentar. No texto constitucional, verifica-se duas modalidades de prisão civil: a do depositário infiel e a do devedor de alimentos (BRASIL, [2021a], não paginado). Todavia, a prisão do depositário infiel deixou de ser aplicada após a edição da Súmula Vinculante nº 25 do STF, publicada no Diário Oficial da União no dia 23 de dezembro de 2009 (BRASIL, 2009, não paginado). Assim, prisão civil no Brasil só é cabível para casos de inadimplemento de obrigação alimentícia.

Essa medida não possui foco principal na restrição da liberdade do inadimplente, mas sim, atua como medida coercitiva, objetivando o convencimento do devedor ao pagamento da prestação, cumprindo sua obrigação (GONÇALVES, 2020, p. 347). Assim, a prisão civil por inadimplemento de obrigação alimentar objetiva "compelir o devedor ao cumprimento de uma obrigação civil, qual seja, a pensão alimentícia, que tutela o bem maior, isto é, a vida." (NASCIMENTO JÚNIOR; NUNES, 2018).

Todavia, em muitos casos, a decretação da prisão civil pode gerar um ciclo vicioso de prisões sem eficácia, visto que o devedor realmente não dispõe da quantia e nem de patrimônio para adimplir a obrigação alimentar e acaba por ter sua liberdade restringida, assim o prosseguimento da execução do saldo devedor resta comprometido (FERREIRA, [2013], p. 01).

Para garantir a satisfação de seu crédito alimentício, o credor dispõe das seguintes alternativas, previstas na legislação brasileira: ação de alimentos para reclamá-los; execução por quantia certa, desconto em folha de pagamento da pessoa obrigada; reserva de aluguéis de prédio da pessoa alimentante; entrega ao cônjuge para segurar o pagamento provisório; e, prisão do devedor (NASCIMENTO JÚNIOR; NUNES, 2018). A prisão do devedor é firmada pela Constituição Federal como uma medida de exceção absoluta, não tendo como objetivo a punição, mas, sim, a coação (PINTO, 2017). Assim, devem ser esgotadas todas as medidas alternativas a essa, para então, ser aplicada.

O motivo que acarretou a escolha do presente tema é a incerteza de que tal instituto esteja gerando uma eficácia absoluta perante a satisfação do crédito do alimentando, visto que, a privação da liberdade do devedor pode impossibilitá-lo de buscar meios para a adimplência dessas dívidas. Além disso, é de extrema importância o estudo e a verificação dos meios alternativos à prisão quem veem sendo aplicados nos tribunais pátrios que podem trazer resultados mais eficazes perante a satisfação da dívida alimentar.

Diante disto, o problema que se pretende responder com essa pesquisa é: os Tribunais pátrios veem aplicando medidas diversas da prisão civil por débito alimentar para garantir a solvência da obrigação alimentar?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O objetivo geral do trabalho é verificar se os Tribunais pátrios veem aplicando as medidas diversas da prisão civil por débito alimentar e se estas são mais eficazes para garantir a solvência da obrigação alimentar e quais medidas inovadoras estão sendo aplicadas.

Para alcançar esse objetivo geral, traçou-se os seguintes objetivos específicos: a) levantar dados sobre a possível ineficácia da prisão civil para satisfação do crédito do alimentando; b) estudar o artigo 528 do Código de Processo Civil que trata o instituto da prisão civil por débito alimentar, os artigos 5º, LXVII e 229 da Constituição Federal e os artigos 1.694 ao 1.710 do Código Civil; c) identificar nas decisões dos tribunais pátrios quais as medidas diversas à prisão já veem sendo aplicadas e d) contrapor as medidas diversas da prisão aplicadas pelos tribunais pátrios às previstas na legislação brasileira.

Para alcançar esse fim, o presente trabalho empregará a metodologia da pesquisa jurídica, com método de abordagem teórica dedutivo, com pesquisa exploratória bibliográfica e documental e técnica de análise de dados qualitativa, investigando como a lei vem sendo aplicada e se o efeito esperado tem se concretizado, sob análise da prisão civil por débito alimentar, diante da sua eficácia frente à satisfação do crédito do alimentando.

Portanto, nos capítulos do presente estudo, será abordado, primeiramente, o instituto da prisão civil por débito alimentar e sua possível ineficácia. No segundo capítulo, verificar-se-á os meios alternativos à prisão civil por débito alimentar já existentes na legislação brasileira, bem como, será tratado sobre os meios alternativos à prisão civil por débito alimentar diversas da prisão, aplicadas pelos tribunais pátrios, e sua eficácia para garantir a solvência da obrigação alimentar.

2 PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR E SUA POSSÍVEL INEFICÁCIA

As relações de parentesco acarretam diversos direitos e deveres entre seus integrantes. Entre eles, surge um dever de suma importância, tal qual é a obrigação alimentar. O art. 1.694 do Código Civil de 2002 CC/2002, diz a respeito: "Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros os alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação." (BRASIL, [2021b], não paginado).

Esses alimentos referem-se à manutenção de uma vida digna e compatível com a condição social do alimentando, frente à impossibilidade deste de ter condições para tal, sem o auxílio do alimentante. Nas palavras de Nascimento Júnior e Nunes, (2018, p. 149):

> O instituto dos alimentos é medida necessária da continuação da vida, garantindo ao alimentando a dignidade da pessoa humana,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> princípio fundamental estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil. Os alimentos constituem instrumento capaz de prover os recursos necessários à subsistência, à conservação da vida, tanto física e moral, além da vida social do indivíduo.

Devido ao caráter indispensável dos alimentos à garantia de uma vida digna, o CC/2002 traz em seu teor formas coercitivas para garantir que essa obrigação seja fielmente cumprida, como por exemplo: Ação de alimentos, execução por quantia certa e desconto em folha de pagamento da pessoa obrigada. (BRASIL, [2021b]). O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015) estabelece que a sentença da ação de alimentos pode ser executada por alguns meios, dentre eles está a possibilidade de decretação da prisão civil (BRASIL, [2021c], não paginado).

O inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 (CF/88) institui esta modalidade de prisão, in verbis: "não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel." (BRASIL, [2021a], não paginado).

Como pode-se notar, a Carta Magna revela duas possibilidades de prisão civil: a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel. Porém, em decisão firmada em súmula vinculante nº 25 do Supremo Tribunal Federal, a prisão do depositário infiel tornou-se ilegal: "é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito." (BRASIL, 2009, não paginado).

Diante disso, entende-se que a única espécie de prisão civil aplicada no Brasil é a hipótese do inadimplemento de obrigação alimentícia, pois tal obrigação tutela direitos fundamentais instituídos na Carta Magna que é a vida e a dignidade humana, conforme sedimentado no seu art. 5º, caput: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]." (BRASIL, [2021a], não paginado).

Além da CF/88 e dos artigos 528 e 911 CPC/2015, a Lei n. 5.478/60, conhecida como Lei de Ação de Alimentos, artigo 19, também disciplina essa medida extrema.

O artigo 528, caput, do CPC/2015, versa sobre procedimento a qual deve ser tomado no cumprimento de sentença que condena o pagamento da prestação alimentícia. O juiz mandará intimar o executado para que pague o débito num prazo de três dias, ou, dê uma justificativa proeminente pela falta do pagamento. Todavia, isso só ocorrerá se houver o requerimento do exequente para tal (BRASIL, [2021c], não paginado).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Caso não ocorra o pagamento ou se a justificativa não for passível de aceitação, o juiz poderá decretar a prisão, conforme o que dispõe o §3º do artigo 528:

> § 3º Se o executado não pagar ou se a justificativa apresentada não for aceita, o juiz, além de mandar protestar o pronunciamento judicial na forma do § 1º, decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 1 (um) a 3 (três) meses. (BRASIL, [2021c], não paginado).

Sendo assim, intimado e não havendo justificativa plausível pelo inadimplemento, o juiz decretará a prisão civil do executado que poderá durar de um a três meses, em regime fechado.

Já o artigo 911 do CPC/2015 diz:

> Art. 911. Na execução fundada em título executivo extrajudicial que contenha obrigação alimentar, o juiz mandará citar o executado para, em 3 (três) dias, efetuar o pagamento das parcelas anteriores ao início da execução e das que se vencerem no seu curso, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de fazê-lo. (BRASIL, [2021c], não paginado).

Sendo assim, os débitos que compreendem a possibilidade de decretação da medida prisional são as três parcelas anteriores ao início da execução e as que vencerem no curso do processo.

Por sua vez, o artigo 19 da Lei de Ação de Alimentos, edita:

> Art. 19. O juiz, para instrução da causa ou na execução da sentença ou do acordo, poderá tomar todas as providências necessárias para seu esclarecimento ou para o cumprimento do julgado ou do acordo, inclusive a decretação de prisão do devedor até 60 (sessenta) dias. (BRASIL, [2015a], não paginado).

Como visto, o artigo da referida lei traz a possibilidade ao juiz da decretação da prisão civil do devedor de alimentos, por até 60 (sessenta dias), para que o julgado seja efetivo.

Igualmente ao Direito Penal, a prisão no Direito Civil deve ser decretada como *ultima ratio*, ou seja, deve ser a última alternativa do aplicador da lei.

> Se não há risco iminente à vida do credor de alimentos, ou mesmo, se ele pode, por meio de seu esforço próprio, afastar esse risco, não se pode aplicar a restrita e excepcional opção constitucional, porque

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> não mais se discute a sublimação da dignidade da pessoa humana, em face da preponderância do direito à vida. (BRASIL, 2017, não paginado).

Corroborando com o entendimento supramencionado, Rosário (2017, não paginado), afirma que: "A dignidade da pessoa humana é a mola propulsora para uma vida com respeito, dignidade, e mais humanidade."

Portanto, verifica-se que a medida excepcional da prisão civil é respaldada pela possibilidade de o credor afastar qualquer risco iminente à sua vida, sem a necessidade do alimentando. Assim, optando por outras vias que não seja a medida prisional, a justiça caminha para uma ação mais humanitária.

Quando a sentença da ação de alimentos se dê pelo rito da prisão, deve-se, anteriormente, ser estudada a possibilidade de pagamento da dívida alimentar por qualquer outro meio, pois o débito que possibilita a decretação da prisão deve ser inescusável, ou seja, que não haja justificativa plausível para tal, conforme preceitua o art. 528, §1º:

> § 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517. (BRASIL, [2021c], não paginado).

Essa medida pode, sim, alcançar o objetivo anteriormente traçado, todavia, na maioria esmagadora dos casos, não é o que acontece. É o que Ferreira ([2013], p. 02), alude:

> O desemprego de alguns devedores e a dificuldade de subsistência própria acabam por inviabilizar a eficiência da medida coercitiva e, em algumas hipóteses, o inacreditável acontece, os devedores preferem se sujeitar à restrição da liberdade ao invés de efetuarem um acordo e o pagamento da dívida que, por vezes, alcança patamares inviáveis.

Dessa forma, verifica-se que o resultado pretendido com a medida prisional estaria prejudicado, pois com sua liberdade cerceada, o alimentante estará impossibilitado de buscar meios para solver sua dívida alimentar, é o que reforça Pinto (2017, p. 91-92):

> Insta salientar que a prisão civil do inadimplente de pensão alimentícia não guarda proporcionalidade com o seu equivalente previsto no Código Penal. Portanto, a prisão civil em tela não está em harmonia com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> trazendo consequentemente danos desnecessários à dignidade do ser humano, em face da existência de formas alternativas mais eficazes para o adimplemento da dívida, que consiste em dirigir a execução contra o patrimônio do devedor.

Logo, além dos danos que tal medida traz ao cerceado, tendo em vista a situação carcerária brasileira, como também danos psicológicos, é muito comum o uso da restrita como meio vingativo, em virtude das desavenças existentes entre o alimentante e o que possui a guarda do alimentado.

Assim, a medida torna-se inadequada e ineficaz e ambos os lados ficam prejudicados, pois o alimentante fica impossibilitado, com sua liberdade cerceada e, consequentemente, o alimentado sem o seu crédito alimentar. Em virtude desta ineficácia da prisão do devedor por impossibilitá-lo de buscar meios para a solvência da obrigação alimentar, a legislação prevê outras medidas alternativas que serão expostas a seguir.

3 APLICAÇÃO DOS MEIOS ALTERNATIVOS PARA SATISFAÇÃO DO CRÉDITO DO ALIMENTADO

A legislação brasileira, sobretudo o Código de Processo Civil e a Lei de Ação de Alimentos (Lei n. 5.478/60), dispõe ao credor várias possibilidades para que seu crédito alimentar seja adimplido.

Essas alternativas veem sendo adotadas pelo aplicador da lei, todavia, outras medidas, não previstas em lei, também veem sido aplicadas, conforme jurisprudências pacificadas pelos tribunais pátrios.

Outro fator que mudou o rumo das decisões foi o advento da pandemia do vírus COVID-19. Com o fato da transmissão do vírus ser muito fácil e de forma rápida, os tribunais tiveram que tomar medidas que auxiliassem na diminuição da propagação do vírus, diversas da prisão em regime fechado.

Diante disso, nesse capítulo será feito um breve estudo sobre quais meios alternativos a legislação pátria disponibiliza ao devedor de alimentos e quais alternativas inovadoras estão sendo aplicados pelos tribunais para que o débito alimentar seja adimplido com mais eficácia.

3.1 MEIOS ALTERNATIVOS À PRISÃO CIVIL POR DÉBITO ALIMENTAR NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Código de Processo Civil de 2015 e a Lei nº. 5.478/68 trazem exemplos de meios alternativos à prisão civil, como por exemplo o desconto em folha de pagamento, a penhora de bens e a expropriação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O artigo 529 do CPC traz em seu teor a respeito do cumprimento de sentença por desconto em folha de pagamento, *in verbis:*

> Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia. (BRASIL, [2021c], não paginado).

Trata-se de um procedimento simples onde o executado poderá ter o valor da pensão alimentícia descontado diretamente do seu vencimento mensal. Para que isso ocorra, é necessário que o alimentado peticione seguindo os requisitos dos artigos 319 e 524 do CPC.

Após o protocolo da petição inicial, o alimentante receberá uma intimação para que cumpra a obrigação voluntariamente no prazo de 15 dias, sob pena de incorrer ao crime de desobediência, conforme o artigo 529, §1º do CPC:

> § 1º Ao proferir a decisão, o juiz oficiará à autoridade, à empresa ou ao empregador, determinando, sob pena de crime de desobediência, o desconto a partir da primeira remuneração posterior do executado, a contar do protocolo do ofício. (BRASIL, [2021c], não paginado).

Mesmo que haja impugnação com efeito suspensivo por parte do alimentante, o alimentado não será prejudicado. O valor será descontado em folha, sem a necessidade de caução. É o que alude o §8º do art. 528:

> § 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaindo a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação. (BRASIL, [2021c], não paginado).

O §3º do artigo 529 do CPC diz que o valor descontado do vencimento do alimentante deverá obedecer a alguns limites estabelecidos em lei. O débito poderá ser parcelado e, somado à quantia devida, não deve ultrapassar o limite de 50% dos rendimentos líquidos do empregado, até que o saldo devedor seja quitado (BRASIL, [2021c], não paginado).

Outra alternativa estabelecida em lei é a expropriação de bens. Nessa modalidade será aplicada as mesmas regras estabelecidas para o cumprimento definitivo de sentença

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que reconheça a exigibilidade de pagar quantia certa. Optando por essa via, o credor não poderá mais se valer da prisão civil, conforme o que dispõe a primeira parte do §8º do art. 528 do CPC: "O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado [...]." (BRASIL, [2021c], não paginado).

Essa execução dependerá da propositura da execução judicial por quantia certa. O executado será citado para que, em 3 dias, efetue o pagamento. Caso não ocorra o pagamento, haverá a penhora dos bens. A obrigação só se solverá quando todo o crédito do credor ser adimplido, além das despesas do processo (art. 824; 829, §§ 1 e 2; e 830 do CPC) (BRASIL, [2021c], não paginado).

Seguindo, a coerção indireta com uso do protesto do pronunciamento judicial é outra alternativa do exequente. Consiste em uma medida a qual o devedor é condenado ao pagamento da prestação alimentícia. Ele será intimado para que, num prazo de 3 dias, prove que pagou ou justifique a falta desse pagamento. O artigo 528, §1º do CPC trata sobre, dizendo:

> Art. 528. No cumprimento de Sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.
>
> § 1º Caso o executado, no prazo referido no caput, não efetue o pagamento, não prove que o efetuou ou não apresente justificativa da impossibilidade de efetuá-lo, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, aplicando-se, no que couber, o disposto no art. 517. (BRASIL, [2021c], não paginado).

Se o devedor cumprir a obrigação e efetuar o pagamento, o juiz extinguirá a execução, todavia, caso não o efetue, o executado poderá apresentar sua defesa (art. 528, §2º e §6º do CPC) (BRASIL, [2021c], não paginado).

O §2º do mesmo artigo diz que a defesa do executado deverá conter justificativas conclusivas de que houve a impossibilidade absoluta de pagar o débito. Assim sendo, deve-se examinar os fatos apresentados pelo executado em sua defesa (BRASIL, [2021c], não paginado).

Não ocorrendo o adimplemento, o juiz mandará protestar o pronunciamento judicial, de acordo com o procedimento do art. 517 do CPC.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É recorrente na jurisprudência que a negativação do nome de devedores de alimentos nos cadastros de proteção ao crédito cabe como forma de coerção indireta e possui efetividade em relação ao amparo dos direitos fundamentais da criança e do adolescente. É o que edita alguns trechos do seguinte julgado:

> RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. ALIMENTOS. EXECUÇÃO. PROTESTO E INCLUSÃO DO NOME DO DEVEDOR NOS CADASTROS DE RESTRIÇÃO AO CRÉDITO (SPC E SERASA). POSSIBILIDADE. FORMA DE COERÇÃO INDIRETA DO EXECUTADO. MÁXIMA EFETIVIDADE AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E ADOLESCENTE. MÍNIMO EXISTENCIAL PARA SOBREVIVÊNCIA. [...] 5. É plenamente possível que o magistrado, no âmbito da execução de alimentos, venha a adotar, em razão da urgência de que se reveste o referido crédito e sua relevância social, as medidas executivas do protesto e da inscrição do nome do devedor de alimentos nos cadastros de restrição ao crédito, caso se revelem como meio eficaz para a sua obtenção, garantindo à parte o acesso à tutela jurisdicional efetiva. [...] 7. Ademais, o STJ já sedimentou o entendimento de ser 'possível o protesto da sentença condenatória, transitada em julgado, que represente obrigação pecuniária líquida, certa e exigível' (REsp 750.805/RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma. 8. Trata-se de posicionamento já consagrado em legislações de direito comparado, sendo inclusive previsão do novo Código de Processo Civil, que estabeleceu expressamente a possibilidade do protesto e da negativação nos cadastros dos devedores de alimentos (arts. 528 e 782). (BRASIL, 2016, não paginado).

Portanto, a inclusão do devedor nos cadastros de restrição ao crédito em pronunciamento judicial se torna eficaz, pois o crédito do cidadão na praça é de extrema importância para suas atividades cotidianas, além de envolver valores morais, sendo esse um meio de coerção bastante eficiente, conforme bem explicam Nascimento Júnior e Nunes (2018, p. 162):

> Estar negativado 'na praça' limita atos rotineiros da vida social do executado como contrato de aluguel e financiamento em instituição financeira, portanto, tem mais eficiência e eficácia de compelir o devedor a buscar o adimplemento da obrigação. A medida de inscrever o nome do devedor de alimentos no SPC/Serasa, além de ser alternativa coercitiva de obrigar o executado a arcar com sua obrigação, contribui para amenizar o grande volume de processos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> judiciais que se encontram em trâmite nas Varas de Família, e, por consequência, para a celeridade e efetividade das decisões judiciais, tutelando o direito daqueles que procuram por justiça.

Esses meios dizem respeito ao cumprimento de sentença. O Código de Processo Civil ainda elenca outra modalidade de execução tal qual é a execução de alimentos propriamente dita, fundada em título extrajudicial, nos arts. 911 a 913. (BRASIL, [2021c], não paginado).

Nela, diferentemente do cumprimento de sentença, o processo é autônomo. O executado será citado e não intimado. Além disso, o juiz, de forma sumária, fixará honorários advocatícios, conforme o que dispõe o art. 827 do CPC: "Ao despachar a inicial, o juiz fixará, de plano, os honorários advocatícios de dez por cento, a serem pagos pelo executado." (BRASIL, [2021c], não paginado).

O executado terá um prazo de 3 (três) dias para o cumprimento voluntário da obrigação. Ocorrendo o pagamento, o valor dos honorários será reduzido pela metade. Caso contrário, o juiz dará prosseguimento ao processo, empregando o meio executório da escolha do credor, que podem ser os mesmos do cumprimento de sentença.

Não existe ordem de preferência entre as medidas alternativas mencionadas, sendo que, deve sempre ser estudado o caso em questão e ver qual medida é mais adequada para resolução do conflito e, também, buscar sempre a que seja menos onerosa ao devedor. Nesse sentido, Ferreira ([2013], p. 13) pondera que:

> [...] compete ao magistrado na análise do caso verificar se a ordem prisional trará a resolução da lide e, consecutivamente o recebimento do crédito, pois se esta se demonstrar ineficaz, pode o juiz, em razão do poder geral de cautela utilizar-se de outros meios para a efetivação do direito do exequente.

Assim, diante da possível ineficácia da prisão do devedor em virtude da impossibilidade de buscar meios para a solvência da obrigação alimentar, a legislação prevê as medidas alternativas acima expostas com o fim de garanti-la. Mas, além destes permissivos legais, os Tribunais pátrios estão inovando e aplicando outras medidas que serão estudas a seguir.

3.2 MEIOS ALTERNATIVOS APLICADO PELOS TRIBUNAIS PÁTRIOS

Os estados brasileiros veem avançando e inovando em alternativas mais eficazes para que o crédito do alimentado seja adimplido, como por exemplo, a inclusão do devedor nos serviços de proteção ao crédito e o uso da tornozeleira eletrônica em prisão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

domiciliar. Os estados precursores dessa inovação são Paraná, Rio Grande do Sul e Minas Gerais.

Segundo notícia veiculada no site do Tribunal de Justiça do Paraná, em entrevista ao programa de dominical "Fantástico" da Rede Globo de Televisão, a Desembargadora Joeci Machado Camargo fala sobre uma alternativa inovadora a qual o estado do Paraná vem adotando: o uso de tornozeleira eletrônica. Busca-se com essa medida uma justiça mais humanizada e que possibilita o credor de adquirir meios para solver seu débito alimentar (PARANÁ, 2016).

No estado em questão, foram proferidas quatro decisões facultando ao devedor de alimentos o uso da tornozeleira eletrônica. Das quatro, três resultaram no recebimento do valor e, apenas uma resultou na restrição de liberdade, "Isso comprova que a medida se fez mais efetiva que a tradicional ordem de prisão, cujo mandado leva meses para ser cumprido, quando o é", comenta a Desembargadora Joeci Machado Camargo (PARANÁ, 2016, não paginado).

A desembargadora Camargo explica que o uso da tornozeleira se dá apenas com o consentimento de devedor e que este "é intimado para comparecer ao Departamento Penitenciário (Depen-PR) e colocá-la, em data predeterminada, sob pena de, não o fazendo, ter imediatamente decretada a ordem de prisão em regime fechado (PARANÁ, 2016, não paginado). Explica ainda que:

> Essa facultatividade deixa claro como a técnica é aplicada àqueles devedores que de fato não conseguiram realizar o pagamento, e não àquele devedor contumaz, que simplesmente ignora a execução e recusa-se a colaborar explica. A esses não restará alternativa senão a prisão em regime fechado. (PARANÁ, 2016, não paginado).

Ainda, outro importante passo que o Brasil avançou foi a divulgação do enunciado nº. 599 do Conselho da Justiça Federal, na VII Jornada de Direito Civil, no sentido de que o magistrado atuante da causa deverá analisar individualmente o caso do devedor e, podendo, aplicar medida diversa da prisão civil, ou, aplicando-a, sob regime aberto ou prisão domiciliar. Isso será admitido se o executado comprovar que a aplicação da medida executória fere a sua dignidade e o direito à vida (BRASIL, 2015b, não paginado).

A publicação deste enunciado foi de extrema importância para o contorno da crise prisional que o país passa ao mesmo tempo que busca o pagamento da pensão alimentícia de forma mais célere e eficaz, não deixando a vida digna do alimentado à mercê da mora processual ou do devedor que ignora a execução.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em 2019, na 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), o desembargador Luís Carlos Gambogi determinou a prisão domiciliar com uso de tornozeleira eletrônica em uma ação de execução de alimentos, argumentando no mesmo sentido em trecho destacado em entrevista dada ao portal IBDFAM:

> [...] o desembargador afirmou que desde a promulgação do Código de Processo Civil/2015, entende que se tornou possível reavaliar a questão da ordem de prisão do devedor. Observou que a crise de encarceramento pela qual passa o País requer do magistrado cautela na adoção dessa medida, sobretudo quando o ilícito tem natureza civil. (MINAS GERAIS, 2021, não paginado *apud* IBDFAM, 2021, não paginado).

Continua o magistrado "tal medida extrema, a prisão, deve ser adotada levando-se em conta a sua visceral necessidade e eficácia para os fins pretendidos". (MINAS GERAIS, 2021, não paginado *apud* IBDFAM, 2021, não paginado).

Em entrevista ao portal IBDFAM, Gambogi, ressaltou: "Eu penso que você prender alguém que está em débito, sem permitir que ele trabalhe, não pode produzir um resultado positivo e temos que levar em conta também, a meu ver, a situação gravíssima do encarceramento no nosso País." (MINAS GERAIS, 2021, não paginado *apud* IBDFAM, 2021, não paginado).

Com isso, além de ser mais um meio alternativo anterior a decretação da prisão civil por débito alimentar, em regime fechado, fica claro que o uso da tornozeleira eletrônica possibilita ao devedor a continuidade das suas atividades, podendo assim com o fruto do seu trabalho, conseguir rendimentos para adimplir seu débito alimentar.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul deu provimento a um julgado, o qual permitiu a prisão do alimentando em regime semiaberto, podendo assim exercer suas atividades laborais, facilitando a satisfação do débito alimentar:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL. REGIME SEMIABERTO. SAÍDA PARA O EXERCÍCIO DE ATIVIDADE LABORAL LÍCITA E REGULAR. CABIMENTO. PRECEDENTES. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. (RIO GRANDE DO SUL, 2018, não paginado).

Ao fundamentar sua decisão a relatora, Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, explicou que:

> Considerando que o regime semiaberto naturalmente admite o exercício do trabalho, cabível a antecipação dos efeitos da tutela para

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> permitir a saída para fins laborativos. Ante o exposto, concedo a antecipação dos efeitos da tutela recursal para, mantida a ordem de prisão contra o agravante, determinar que a prisão civil seja cumprida em regime semiaberto, autorizada a saída para o trabalho, pelo prazo estipulado pelo juízo de origem. (RIO GRANDE DO SUL, 2018, não paginado).

Em Habeas Corpus, cedido pelo referido Tribunal, o Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves acrescentou a necessidade de comprovação do exercício de atividade laborativa, nos seguintes termos:

> HABEAS CORPUS. DÍVIDA DE ALIMENTOS. ILEGALIDADE INEXISTENTE. AUTORIZAÇÃO PARA SAÍDA PARA EXERCER ATIVIDADE LABORAL LÍCITA E REGULA. CABIMENTO. 1. A lei prevê a prisão civil para o caso de inadimplemento da obrigação alimentar, sendo que eventuais pagamentos parciais não impedem a sua decretação. 2. Mostra-se cabível autorizar a saída do alimentante para desenvolver atividade laboral e no período do trabalho, desde que comprove estar desenvolvendo atividade laboratícia lícita e regular, o que deverá ser comprovado pelo paciente e regulamentado pelo ilustre julgador a quo, até mesmo para o alimentante reunir recursos que lhe permitam honrar com as suas obrigações e, especialmente, com o pagamento da pensão alimentícia. Ordem concedida. (RIO GRANDE DO SUL, 2017, não paginado).

Outro fator de grande importância que deve ser considerado é o estado pandêmico da COVID-19 em que o mundo passa. Em razão disso, já é pacífico nos tribunais2 que se deve optar por outros meios alternativos à prisão civil como forma de inibir a propagação do vírus e garantir a satisfação do débito alimentar.

Com a crise sanitária ocasionada pela pandemia do Coronavírus, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) editou a Recomendação Nº 62/2020 com o objetivo de recomendar "aos Tribunais e magistrados a adoção de medidas preventivas à propagação da infecção pelo novo coronavírus – Covid-19 no âmbito dos sistemas de justiça penal e socioeducativo." (BRASIL, 2020a, não paginado).

---

2 São exemplos de decisões no sentido de adoção de meios alternativos à prisão civil em regime fechado como forma de inibir a propagação do vírus COVID-19: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul TJ-RS - Agravo de Instrumento: AI 0052393-57.2021.8.21.7000 RS Tribunal de Justiça de Minas Gerais TJ-MG - Habeas Corpus Cível: HC 1374905-14.2021.8.13.0000 MG.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para tanto, a recomendação, em seu art. 6º, recomenda que os "magistrados com competência cível que considerem a colocação em prisão domiciliar das pessoas presas por dívida alimentícia, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus." (BRASIL, 2020a, não paginado).

No art. 15, a recomendação estabelece o prazo de sua vigência de cento e oitenta dias, podendo ser prorrogado e antecipado seu término, conforme necessário (BRASIL, 2020a). Como a pandemia perdurou, o CNJ editou a Recomendação Nº 78/2020, prorrogando o prazo de vigência da Recomendação Nº 62/2020 para trezentos e sessenta dias (BRASIL, 2020b).

Esse é o entendimento que vem sendo firmado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

> EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - CUMPRIMENTO DE SENTENÇA - DÉBITO DE ALIMENTOS - DECRETAÇÃO DE PRISÃO EM REGIME FECHADO - SUBSTITUIÇÃO POR PRISÃO DOMICILIAR - POSSIBILIDADE - MEDIDA ALTERNATIVA AO ENCARCERAMENTO - PREVISÃO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - PANDEMIA DO COVID-19 - MEDIDAS PREVENTIVAS À PROPAGAÇÃO DA INFECÇÃO - RECOMENDAÇÃO N. 62/2020 DO CNJ - PRORROGAÇÃO - RECOMENDAÇÃO N. 78/2020 - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. - Admite-se o cumprimento de prisão domiciliar pelo devedor de alimentos, independentemente do regime prisional estabelecido pela legislação, como alternativa ao encarceramento - Entendimento que se coaduna com a Recomendação n. 62/2020 do Conselho Nacional de Justiça, que trata das medidas preventivas à propagação da infecção pelo Covid-19, que teve o seu prazo prorrogado pela Recomendação n. 78/2020. (MINAS GERAIS, 2021, não paginado).

Outra medida diversa da prisão que vem sendo aplicada pelos Tribunais pátrios é a possibilidade de penhora dos bens do devedor. Essa medida surgiu em virtude da impossibilidade de prisão civil do devedor de alimentos decorrente da pandemia do Coronavírus e se consolidou mediante o informativo de jurisprudência nº. 702 da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça que diz: "É possível a penhora de bens do devedor de alimentos, sem que haja a conversão do rito da prisão para o da constrição patrimonial, enquanto durar a impossibilidade da prisão civil em razão da pandemia do coronavírus." (BRASIL, 2021d, p. 16).

Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> EXECUÇÃO DE ALIMENTOS. PRISÃO CIVIL SUSPENSA. PREVENÇÃO DE COVID-19. PENHORA. CUMULAÇÃO. Decisão que indeferiu pedido de pesquisas eletrônicas para a penhora de bens do devedor de alimentos, por incompatibilidade com o rito de prisão. Irresignação do exequente. Cumprimento da prisão civil do devedor de alimentos, no momento, em regime domiciliar, em razão das medidas sanitárias de prevenção da COVID-19. Regime domiciliar que pode ser pouco efetivo para o pagamento da dívida. Possibilidade de tentativa de pagamento por penhora online. Eventuais valores penhorados que devem ser descontados do remanescente, se existente, para o cumprimento da execução pelo regime de prisão. Decisão reformada. Recurso provido. (SÃO PAULO, 2021, não paginado).

Destaca-se que essa medida surgiu para garantir a satisfação do crédito do alimentado, diante da impossibilidade de prisão civil do devedor de alimentos decorrente das medidas sanitárias para combate da pandemia do Coronavírus, com vistas a diminuição do risco de contágio e da propagação do vírus. Em virtude das restrições impostas, muitos devedores alegam que estão passando por crise financeira e, por isso, não podem solver o débito alimentar. (IBDFAM, 2020).

Constata-se, portanto, que a justiça brasileira vem caminhando para uma execução alimentícia com mais eficácia, que busca, primordialmente, a satisfação do crédito do alimentado e exclui a medida coercitiva de prisão civil por débito alimentar, que aparenta ter finalidade meramente punitiva ou, até mesmo, vingativa, uma vez que não cumpre seu papel ao impossibilitar a busca do devedor por meios para solver sua obrigação alimentar.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, a única modalidade de prisão civil admitida é a do devedor de pensão alimentícia. Essa obrigação alimentar decorre das relações familiares, onde os pais (na maioria esmagadora dos casos), que não detém a guarda do menor, tem o dever de sustento em relação aos filhos, garantindo ao infante uma vida digna e de acordo com seu padrão social de vida.

Esse dever de sustento é amparado pelos direitos fundamentais que o alimentado possui, instituídos no artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O inadimplemento de tal obrigação fere a garantia do direito à vida e a dignidade do alimentado (BRASIL, 2021a).

Conforme a Súmula 309 do STJ, a decretação da prisão civil se dá quando o débito alimentar compreende as três prestações anteriores ao ajuizamento da execução e as que vencerem no curso do processo. O devedor, então, é intimado para que em três dias solve

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sua dívida, caso não pague, a prisão é decretada, conforme art. 528. (BRASIL, 2015, não paginado).

Todavia, essa medida é caracterizada como extrema, ou seja, só deve ser aplicada em último caso e não cumpre eficazmente seu objetivo, já que, em muitos casos, impossibilita o devedor de buscar meios de solver sua obrigação alimentar. Diante disso, a legislação brasileira concede meios alternativos à prisão civil por débito alimentar que podem ser utilizados anteriormente à decretação desta medida. A expropriação de bens, o desconto em folha de pagamento, execução por quantia certa, são alguns exemplos.

Mas, mesmo diante destes permissivos legais, muitas vezes o crédito alimentar não é satisfeito. Então, para garanti-lo, os tribunais pátrios veem adotando medidas inovadoras à legislação, medidas tais que tem se mostrado mais eficazes para a alcançar o melhor interesse do alimentado, garantindo seu crédito alimentar, bem como assegurando os seus direitos fundamentais.

Esta pesquisa se propôs a estudar quais medidas estão sendo tomadas pelos Tribunais pátrios e se elas têm demonstrado maior eficácia perante a satisfação do crédito do alimentado, verificando para isso, decisões jurisprudenciais nesse sentido, além de reportagens, enunciados, informativos e súmulas.

Constatou-se que, principalmente nos tribunais da região sul do Brasil, a adoção do uso de tornozeleira eletrônica em prisão domiciliar, vem trazendo resultados satisfatórios. O acessório só é instalado no devedor com a anuência dele, o qual é anteriormente intimado para que em data determinada compareça no Departamento Penitenciário para a instalação da tornozeleira. Caso contrário, a ordem de prisão em regime fechado é imediatamente decretada.

A possibilidade do uso do acessório facilita ao devedor na busca de rendimentos para poder adimplir sua dívida, pois, durante o dia, poderá exercer suas atividades laborativas. Tais atividades devem ser comprovadas em juízo da sua regularidade e licitude.

Outra medida alternativa que vem sendo aplicada pelos Tribunais pátrios é a penhora dos bens do devedor. Esta foi a possibilidade encontrada para garantir a satisfação do crédito alimentar diante da vedação da prisão do devedor, em virtude da pandemia provocada pelo Coronavírus.

Tal inovação vem sendo repentinamente aplicada pelos tribunais brasileiros pois se mostra uma ferramenta alternativa que traz resultados positivos e eficazes para garantir o crédito do alimentando e consequentemente assegurando os seus direitos fundamentais. Além disso, a possiblidade de o devedor se ver em regime diferenciado do fechado, mostra que a justiça brasileira vem caminhando no sentido de se tornar mais humana e atenta

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

para concretizar a finalidade da ação em prol do bem maior, tal qual, o sustento de uma vida.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 13.105, de 16 de março de 2002**. Código processo civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2021c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma). REsp 1.778.885-DF. Relator: Ministro Og Fernandes, 15 de junho de 2021d. **Informativo da Jurisprudência n. 702**. Brasília, DF: 21 jun. 2021. Disponível em: https://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional/index.php/Informjuris20/article/view/11688/11810. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). ***Habeas Corpus* 392521/SP**. Rel. Min. Nancy Andrighi, 27 de junho de 2017. Brasília, DF: Superior Tribunal de Justiça, 01 ago. 2017. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860739102/habeas-corpus-hc-392521-sp-2017-0058916-6?ref=serp. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **REsp: 1533206 MG 2014/0345653-7.** Relator: Ministro Luis Felipe Salomão, 17 de novembro de 2015. Brasília, DF: 01 fev. 2016. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861589261/recurso-especial-resp-1533206-mg-2014-0345653-7. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 5.478, de 25 de julho de 1968**. Dispõe sobre ação de alimentos. Brasília, DF: Presidência da República, [2015a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Enunciado 599 aprovado no VII Jornada de Direito Civil**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2015b. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/857. Acesso em: 15 out. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação Nº 62 de 17 de março de 2020**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020a. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3246. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação Nº 78 de 15 de setembro de 2020**. Brasília, DF: Conselho Nacional de Justiça, 2020b. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/3480. Acesso em: 15 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula vinculante nº 25.** Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2009. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268. Acesso em: 15 out. 2021.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

FERREIRA, Flávia Elaine Soares. **A Prisão civil do devedor de alimentos: em busca da efetividade da medida que pretende servir como coercitiva ao adimplemento da obrigação alimentar**. [2013]. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=846b8bb19a1488bb. Acesso em: 15 ago. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

IBDFAM. **TJMG determina prisão domiciliar e tornozeleira eletrônica para devedor de alimentos.** Decisão é inédita no estado. Belo Horizonte: IBDFAM, 2021. não paginado. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/6881/TJMG+determina+pris%C3%A3o+domiciliar+e+tornozeleira+eletr%C3%B4nica+para+devedor+de+alimentos.+Decis%C3%A3o+%C3%A9+in%C3%A9dita+no+estado. Acesso em: 06 out. 2021.

IBDFAM. **Justiça autoriza penhora de bens diante da impossibilidade de prisão de devedor de alimentos.** Belo Horizonte: IBDFAM, 2020. não paginado. Disponível em: https://ibdfam.org.br/noticias/7506/Justi%C3%A7a+autoriza+penhora+de+bens+diante+da+impossibilidade+de+pris%C3%A3o+de+devedor+de+alimentos. Acesso em: 06 out. 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (5. Câmara Civil). **Agravo Instrumental 10000210897187001 MG**. Relator: Roberto Apolinário de Castro (JD Convocado), 15 de julho de 2021. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 16 jul. 2021. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1248348983/agravo-de-instrumento-cv-ai-10000210897187001-mg/inteiro-teor-1248349043

https://processo.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/. Acesso em: 23 ago. 2021.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 42. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NASCIMENTO JUNIOR, Jaime Meira do; NUNES, Renata Cristina da Silva. Breve Reflexão sobre Possíveis Alternativas à Prisão Civil do Devedor de Alimentos. **Revista Justitia,** ISSN 0101-949X. São Paulo, v. 204, n. 204-6 (70), 01 fev. 2018. Disponível em: https://es.mpsp.mp.br/revista_justitia/index.php/Justitia/article/view/76. Acesso em: 23 ago. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Paraná inova com monitoramento por tornozeleiras eletrônicas a devedores de alimentos**. Curitiba: TJPR, 28 nov. 2016. Disponível em: https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/parana-inova-com-monitoramento-por-tornozeleiras-eletronicas-a-devedores-de-alimentos/18319/pop_up?inheritRedirect=false. Acesso em: 23 ago. 2021.

PINTO, Marcos José. **A prisão civil do devedor de alimentos**: constitucionalidade e eficácia. Brasília-DF: ESMPU, 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (7. Câmara Civil). **Agravo de Instrumento 70085388403 RS**. Relator: Des. Carlos Eduardo Zietlow Duro, 30 de setembro de 2021. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 01 out. 2021. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1291750670/agravo-de-instrumento-ai-70085388403-rs. Acesso em: 23 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (7. Câmara Civil). **Agravo de Instrumento 70075803007 RS**. Relator: Des. Sandra Brisolara Medeiros, 28 de fevereiro de 2018. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 02 mar. 2021. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551607727/agravo-de-instrumento-ai-70075803007-rs/inteiro-teor-551607748. Acesso em: 23 ago. 2021.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. (7. Câmara Civil). ***Habeas Corpus* 70074666991 RS**. Relator: Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, 16 de agosto de 2017. Porto Alegre: Tribunal de Justiça, 18 ago. 2017. Disponível em: https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/489935674/habeas-corpus-hc-70074666991-rs. Acesso em: 23 ago. 2021.

ROSARIO, Rogéria Chaves. Direitos humanos em face da dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, 1 ago. 2017. Disponível em:

https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/direitos-humanos-em-face-da-dignidade-da-pessoa-humana/amp/. Acesso em: 23 ago. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. (3. Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento 20674612320218260000 SP**. Relator: Des. Carlos Alberto de Salles, 15 de junho de 2021. São Paulo: Tribunal de Justiça, 15 jun. 2021. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1232493272/agravo-de-instrumento-ai-20674612320218260000-sp-2067461-2320218260000/inteiro-teor-1232493877. Acesso em: 13 out. 2021.

SANTOS, Marcos André Couto. A efetividade das normas constitucionais: as normas programáticas e a crise constitucional. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 204, 26 jan. 2004. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/4731. Acesso em: 23 ago. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

APONTAMENTOS SOBRE A CRIMINOLOGIA CRÍTICA: CARACTERÍSTICAS E PERSPECTIVA HISTÓRICA

ERICK DE FIGUEIREDO MAIA: Defensor Público do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), pós graduado em direitos humanos pela Faculdade CERS, pós graduado em direito constitucional pela Faculdade Legale, pós graduado em direito do consumidor pela Faculdade Legale. Autor do livro Coleção Defensoria Pública - Ponto a Ponto - Execução Penal e Criminologia - 1ª Edição 2021

Resumo: A partir da "virada sociológica" da criminologia, é proposta uma nova concepção para o delito, que deixa de ser considerado como uma patologia para ser estudado como um fenômeno "normal" da sociedade. A Escola Positivista deslocou o objeto de estudo do delito para o delinquente e buscou produzir uma explicação patológica da criminalidade, dando origem à ideia do criminoso nato. Em contraposição, a criminologia crítica tinha por objeto de estudo as condições objetivas, estruturais e funcionais que estão na origem dos fenômenos do desvio de conduta. O presente artigo tem como objetivo expor o caminho de evolução dogmática do estudo criminológico, passando pelas características da criminologia positivista e culminando com a dogmática da criminologia crítica, apontando os desafios e as problemáticas levantadas.

Sumário: 1: Introdução – 2: A diferenciação entre a escola clássica e o positivismo criminológico – 3: A "virada sociológica": pautando o caminho para uma criminologia crítica – 4: Criminologia crítica - 4.1: Afastamento entre a criminololgia crítica e a criminologia positivista - 4.2: Influência do marxismo na criminologia crítica - 4.3: A noção de seletividade penal - 5: Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A Escola Positivista surgiu em reação a Escola Clássica na virada do século XIX para o século XX, época em que predominavam as ciências naturais, com o evolucionismo de Darwin e no positivismo de Comte. Ao contrário dos Clássicos, o Positivismo caracterizava-se pela utilização do método empírico em seus estudos, isto é, na análise, observação e indução dos fatos, o que acabou por dar origem a criminologia como disciplina. Nas palavras da melhor doutrina, o positivismo funda, então:

> *" a criminologia como disciplina, como "ciência". Esse saber se fundou na observação e medição dos encarcerados pelo grande*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *internamento. O século dos manicômios era também o século das prisões e dos asilos. A criminologia transforma-se num discurso autonomizado do jurídico, despolitizado e agora gerido pelo saber/poder médico. Como na Inquisição, o "criminoso" será objetificado, agora, com o deslocamento do religioso para o cientifico, no combate ao mal que ameaça. A criminologia seguirá seu percurso acumulando e atualizando métodos."*3

Além da utilização de técnicas de avaliação empírica, o positivismo caracteriza-se pela superação do conceito abstrato de indivíduo e pelo deslocamento do delito como objeto de estudo para o delinquente, no intuito de buscar uma explicação causal para o seu comportamento4. Nesse sentido, Alessandro Baratta sustenta que a escola positivista visou a produção de uma explicação patológica da criminalidade5, o que deu origem a ideia do criminoso nato.

O positivismo criminológico se contrapõe à ideia do livre-árbitrio, do homem livre para escolher entre o bem e o mal, e funda-se no determinismo biológico, o qual tem por finalidade o estudo e a classificação do delinquente, pois, nas palavras de Vera Malaguti, "*o delito aparece aqui como sintoma da sua personalidade patológica, causada pelos mesmos fatores que produzem a degenerescência"*6. Dessa forma, parte da premissa que a delinquência é determinada biologicamente pelas causas individuais do "homem delinquente", sendo possível detectar, a partir da análise cientifica das características biopsicológicas, os indivíduos com propensão ao crime.

O principal expositor da Escola Positivista foi Cesar Lombroso, destacando-se, sobretudo, pelo seu livro *O Homem Delinquente*, escrito em 1876. Em seus estudos, Lombroso reconheceu que "*a causalidade do comportamento criminal é atribuída à própria descrição das características físicas dos pobres e indesejáveis conduzidos às instituições totais do seu tempo*" 7. Sustentou, assim, a tese do "criminoso nato", por meio da qual defendeu que o ato delituoso não decorria do livre-arbítrio somente, como defendiam os Clássicos, mas sim de outras causas como fatores biológicos e psicológicos8.

---

3 MALAGUTI, Vera Batista. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2011. p. 44.

4 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 44.

5 BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. p. 158.

6 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 45.

7 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 45.

8 GUEIROS, Artur de Brito. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito penal: volume único. São Paulo; Editora Atlas, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ainda, o positivismo caracteriza-se também pela adoção de uma Responsabilidade Social, em oposição a responsabilidade moral da Escola Clássica. A responsabilidade social parte da premissa de que o ato delituoso não é causado por uma vontade livre e não-condicionada, como explica Alessandro Baratta, mas sim pela sociedade em que o indivíduo se insere, a qual irá moldar o seu modo de agir. Logo, a pena passa a ter como função primordial a defesa social contra o crime, isto é, de defesa da sociedade contra o "homem delinquente", agindo não somente de modo repressivo, mas de maneira reeducativa e corretiva9 por meio do correcionismo.

Por fim, o crime era entendido como "*elemento sintomático da personalidade do autor, dirigindo sobre tal elemento a pesquisa para o tratamento adequado*" 10. Sendo assim, segundo Alessandro Baratta, os positivistas consideravam o crime como fato humano e social, como um ente natural, buscando compreendê-lo a partir das causas sociais, físicas e biológicas que determinavam a vida do delinquente, isto é, por meio de uma concepção determinista da realidade em que o delinquente está inserido, e da qual o seu comportamento é expressão.

2. A DIFERENCIAÇÃO ENTRE A ESCOLA CLÁSSICA E O POSITIVISMO CRIMINOLÓGICO

A Escola Clássica surge na Europa do século XVIII como uma revolução ao rigoroso sistema punitivo implantado pelo Absolutismo, marcado pela crueldade das sanções criminais e pela supressão das liberdades individuais. Nesse contexto, a escola clássica dá origem à fase científica do direito, a qual tem por escopo principal a busca por explicações das causas do delito e dos efeitos que as penas exercem sobre o indivíduo e sobre a sociedade.

Por sua vez, a Escola Positivista, em reação a Escola Clássica, buscou produzir uma explicação patológica da criminalidade11, dando origem à ideia do criminoso nato. As duas escolas se comunicam quanto à ideologia da Defesa Social. Por mais que possuam diferentes concepções a respeito do homem e da sociedade, ambas afirmam que a razão de ser da pena é a defesa social. Para os Clássicos, a pena tinha como finalidade ser um instrumento de defesa da sociedade contra o crime12 e da manutenção do contrato social. Já os Positivistas concebiam a pena como um meio preventivo de defesa social contra o crime, isto é, de defesa da sociedade contra o "homem delinquente", agindo não somente de modo repressivo, mas de maneira reeducativa e curativa por meio do correcionismo.

9 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p. 40

10 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p. 39

11 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p. 158.

12 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p. 31.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Positivismo, por sua vez, parte da premissa que a delinquência é determinada biologicamente pelas causas individuais do "homem delinquente", sendo possível detectar, a partir da análise cientifica das características biopsicológicas, os indivíduos com propensão ao crime13. Supera-se, dessa maneira, a responsabilidade moral dos Clássicos para adotar a responsabilidade social, a qual parte da premissa de que o ato delituoso não é causado por uma vontade livre e não-condicionada, como explica Alessandro Barata, mas sim pela sociedade em que o indivíduo se insere, a qual irá moldar o seu modo de agir.

Em síntese, enquanto a escola clássica tinha por objeto o próprio crime, sustentando a ideia de que a sua causa era espontânea mediante o livre-arbítrio dos indivíduos, a escola positivista buscava a explicação causal do comportamento do delinquente. Logo, os Positivistas entendiam o delito como um "ente natural", determinado pelos dos fatores sociais, físicos e biológicos que caracterizavam delinquente. Segundo Alessandro Barata, o delito era reconduzido a uma concepção determinista da realidade em que o delinquente está inserido, e da qual o seu comportamento é expressão14.

3. A "VIRADA SOCIOLÓGICA": PAUTANDO O CAMINHO PARA UMA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

A "virada sociológica" da criminologia, introduzida por Émile Durkheim por meio da teoria estrutural-funcionalista da anomia, caracteriza-se pelo deslocamento do objeto de estudo do homem delinquente, pilar do Positivismo, para a "*ruptura social que determina a violação à norma*"15. A partir dela, é proposta uma nova concepção para o delito, que deixa de ser considerado como uma patologia para passar a ser estudado como um fenômeno "normal" da sociedade.

Segundo Baratta, a teoria estrutural-funcionalista da anomia desenvolvida por Durkheim entendia que as causas do desvio não devem ser pesquisadas nem em fatores bioantropológicos e naturais, nem em uma situação patológica da estrutura social, por ser o desvio um fenômeno normal de toda estrutura social. Dessa maneira, o desvio só é considerado patológico e negativo para a sociedade quando são ultrapassados determinados limites16. Nessa linha de raciocínio, contrariamente ao Positivismo Criminológico, o sociólogo francês sustentava que o crime era intrínseco de toda e qualquer sociedade, além de ser fundamental para a manutenção e regulação da estrutura

13 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 45

14 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p. 158.

15 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 65

16 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p. 59

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

social. Sendo assim, o crime só poderia ser considerado como uma patologia caso fosse excessivo e desenfreado.

Essa seria a situação de anomia. De acordo com Vera Malaguti, a anomia está relacionada a "*uma não aceitação do papel social atribuído pela divisão do trabalho*", o que acaba por produzir um mal-estar na sociedade por conta da natureza forçada por essa divisão social17. A ruptura com o paradigma positivista é marcada ainda pelo estudo do fato social como categoria. Nesse sentido, Durkheim encarava o homem delituoso como "um agente regulador da vida social", e não mais como um indivíduo parasitário e anti-social inserido na sociedade18.

Essa mudança de perspectiva pavimentou o caminho para um estudo de criminologia através de uma lente crítica. Assim, deixa-se de focar na figura do delinquente, buscando uma explicação patológica, e passa-se a compreender o delito a partir das condições objetivas, estruturais e funcionais que estão na origem dos fenômenos do desvio19.

4. CRIMINOLOGIA CRÍTICA

4.1. AFASTAMENTO ENTRE A CRIMINOLOLGIA CRÍTICA E A CRIMINOLOGIA POSITIVISTA

A Escola Positivista deslocou o objeto de estudo do delito para o delinquente e buscou produzir uma explicação patológica da criminalidade20, dando origem à ideia do criminoso nato. O crime era considerado como fato humano e social, como um ente natural. Em contraposição, a criminologia crítica tinha por objeto de estudo as condições objetivas, estruturais e funcionais que estão na origem dos fenômenos do desvio21. Dessa forma, busca compreender o delito a partir do:

> "deslocamento do interesse cognoscitivo das causas do desvio criminal para os mecanismos sociais e institucionais através dos quais é construída a 'realidade social' do desvio, ou seja, para os mecanismos através dos quais são criadas e aplicadas as definições

17 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p.66.

18 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p.161.

19 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p.160.

20 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p. 158.

21 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p.160.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de desvio e de criminalidade e realizados os processos de criminalização" 22.

Outro ponto de distanciamento entre as escolas seria a superação do enfoque biopsicológico e a adoção de um enfoque macrossociológico pela criminologia crítica. Nesse cenário, a realidade comportamental do desvio passa a ser analisada pelo seu viés histórico, dando um maior enfoque na relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e de distribuição23.

Além disso, conforme explicado por Baratta, criminologia crítica se diferencia na medida em que substitui o paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida, naturalisticamente como teoria das causas da criminalidade24. Isto é, supera a concepção do desvio e da criminalidade como sendo um paradigma ontológico e passa a entendê-lo como um status atribuído a determinados indivíduos mediante uma dupla seleção entre (i) bens protegidos penalmente e dos comportamentos ofensivos desses bens e (ii) a seleção dos indivíduos estigmatizados entre aqueles que cometeram infrações a normas penalmente sancionadas25.

No que tange à pena, a criminologia positivista defende que ela tem como função primordial a defesa social contra o crime, isto é, de defesa da sociedade contra o homem-delinquente. A criminologia crítica, por sua vez, trabalha a ideia de prisão como um fator de aprofundamento das desigualdades sociais e de manutenção da verticalidade e da hierarquização da sociedade. Em resumo, a criminologia crítica focou os estudos no sistema de controle criminal presente na sociedade, bem como na crítica ao sistema penal vigente.

4.2. INFLUÊNCIA DO MARXISMO NA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

O pensamento marxista, aliado à vanguarda da criminologia liberal e ao abolicionismo, foi fundamental para a constituição da criminologia crítica. Apesar de Marx e Engels não terem teorizado propriamente sobre a questão criminal, abordaram o tema de forma tangencial em diversos artigos, nos quais apontavam o sentido classista das criminalizações históricas do poder punitivo26 e como o direito penal legitimava a hegemonia da burguesia e do capital.

---

22 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p.160.

23 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 79.

24 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p.161.

25 BARATTA, Alessandro. *Op. Cit.* p.161.

26 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 79.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O marxismo, então, repolitizou a questão criminal, de sorte que a criminologia passou a ser lida como ciência do controle social, "*com a utilização dos conceitos de hegemonia, dominação e, principalmente, de luta de classes*" 27, por serem os operadores do sistema penal os intelectuais orgânicos do processo de acumulação do capital. Assim sendo, retifica o pensamento liberal de médio alcance e põe por terra a argumentação positivista.

Essa escola pensa a questão criminal a partir de uma perspectiva mais macrossociológica, ou seja, mais ampla, de modo que irá produzir a negação de que o objeto da criminologia tenha sentido por si mesmo. Nesse sentido, como esclarece a professora Vera Malaguti, "*o marxismo desvelou, então a aparência legitimadora da norma jurídica sobre os modos e as lutas que se produzem nas relações sociais de classe*"28. As contribuições do marxismo ocasionam uma ruptura metodológica no curso dos discursos da questão criminal a partir de uma passagem da fenomenologia criminal para os processos de criminalização, isto é, o olhar de estudo da questão criminal se estende para a tensão na constante luta de classes e o efeito devastador do capital.

Assim sendo, conforme expõe Vera Malaguti, entram em jogo as relações existentes entra ilegalidade e mais-valia, ilegalidades das classes trabalhadoras, os crimes contra a propriedade, as estratégias de sobrevivência, as relações entre a estatística criminal e o mercado de trabalho, a ideia de um aprisionamento desigual, articulando à repressão da classe operária, dos pobres e dos resistentes29. É possível afirmar, ainda, que a escola marxista dá uma nova roupagem ao processo de criminalização, uma vez que passa a entender a questão criminal a partir das relações entre o capital e o trabalho vivo. Desse modo, junto às pesquisas libertárias e deslegitimadoras da pena do *labeling* estadunidense, o marxismo dá origem à criminologia crítica.

No século XX, alguns autores começam a tentar, de forma própria, construir uma teorização sobre o direito e a questão criminal a partir do marxismo. Entre esses autores, temos William Bonger, Evgeny Pashukanis e George Rusche como os seus principais expoentes. Por fim, ressalta-se que nem todas as leituras do marxismo sobre a questão criminal foram deslegitimantes da pena. Apesar de tantas rupturas, ainda permaneceram pensamentos positivistas, discursos morais e reducionismos, o que deu origem nas

27 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 80.

28 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 80.

29 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 81.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

palavras de Maria Lucia Karam30, a uma "esquerda punitiva", que ajudou a expandir o poder punitivo para conter a conflitividade social emanada do "ciclo neoliberal"31.

4.3. A NOÇÃO DE SELETIVIDADE PENAL

Em 1934, George Mead passa a trabalhar com o conceito de *self*, o qual seria a consciência de si na relação com os outros, entendendo a identidade como "*resultado de uma conversação na interação social"* 32. É nesse cenário que surge o paradigma interacionista na criminologia sociológica, o qual produziu efeitos significativos para a discussão da relação criminal e da criminologia. Esses percursores retomaram as definições como um objeto para a criminologia, ou seja, "*a criminalidade deixa de ser uma realidade objetiva para ser lida como uma definição*" 33.

Desse modo, passa-se a trabalhar o processo de criminalização, e não mais a criminalidade *per si*. Essa fenomenologia criminal implica processo de criminalização, que vai relativizar o comportamento criminal, que não é mais patológico como no positivismo criminológico. A construção social da identidade criminosa passa a ser a reação dos sujeitos ao processo de "etiquetamento" social. Esse pensamento de crítica aos rótulos criminalizantes gera uma redução da criminalização através da limitação do poder punitivo34.

Surge, assim, um novo paradigma sociológico denominado de Rotulacionismo ou *labeling approach,* segundo o qual, a partir de um estudo focado formação da identidade desviante e das agências de controle social, a identidade criminosa só transparece na interação social.

A partir do surgimento desse novo paradigma, acontece uma ruptura no pensamento criminológico, que foi essencial para a constituição de uma criminologia crítica. Nesse sentido, para melhor compreender a noção de "criminalidade", torna-se essencial o estudo dos sistemas penais, isso porque o status de delinquente seria produzido pelos efeitos estigmatizados do sistema penal35. O objeto da criminologia que era, até então, o delinquente, passa a ser o estudo da atuação das agências de controle

30 V. por todos: KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, nº 1. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia/Relume Dumará, 1º sem. 1996, p. 79-82.

31 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 87.

32 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 74.

33 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 74.

34 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 76.

35 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 75.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

social e da formação da identidade desviante36.Dessa maneira, trabalham dois níveis de criminalização: a primária e a secundária.

A criminalização primária seria a criminalização da tipificação penal, e a secundária seria a atuação das agências de controle social. Nesse sentido, deixa-se de lado o correcionalismo do positivismo, a adota-se a ideia de que a prisão e os órgãos de controle social produzem a identidade criminosa. Dessa forma, a intervenção penal perde qualquer efeito reeducativo, em sentido oposto ao Positivismo, o qual entendia que a prisão e a pena tinham efeitos corretivos e ressocializadores. Nesse sentido, afirmou-se:

> "novas perspectivas nesse curso dos discursos da questão criminal, demonstrando que existe uma filtragem entre a criminalidade latente e a criminalidade perseguida, constituindo aquilo que conhecemos como seletividade penal" 37.

A ideia da seletividade penal, então, é a de que o próprio sistema penal produz uma filtragem de quem vai entrar ou não, e, a partir dessa filtragem, há a produção de estereótipos. Torna-se, então, imprescindível compreender quem é que tem o poder de definir o que é crime. Dentro dessa perspectiva de seletividade penal, só vai ser considerado como crime aquilo que os órgãos de controle social definem como crime, o que explica o motivo de crimes como os de colarinho branco passarem mais impunes do que o porte de drogas, por exemplo. Cria-se, então, um "quadro falso de distribuição de criminalidade", concentrada na parcela mais pobre da sociedade38.

5. CONCLUSÃO

A Escola Positivista surgiu em reação a Escola Clássica na virada do século XIX para o século XX, época em que predominavam as ciências naturais. Além da utilização de técnicas de avaliação empírica, o positivismo caracteriza-se pela superação do conceito abstrato de indivíduo e pelo deslocamento do delito como objeto de estudo para o delinquente, no intuito de buscar uma explicação causal para o seu comportamento. Nesse sentido, os Positivistas entendiam o delito como um "ente natural", determinado pelos dos fatores sociais, físicos e biológicos que caracterizavam delinquente.

A "virada sociológica" da criminologia, introduzida por Émile Durkheim caracteriza-se pelo deslocamento do objeto de estudo do homem delinquente e propões uma nova concepção para o delito, que deixa de ser considerado como uma patologia para passar a

36 BECKER, Howard. Outsiders: Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1ª ed. 2008.

37 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 76.

38 MALAGUTI, Vera Batista. *Op. Cit.* p. 77.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ser estudado como um fenômeno "normal" da sociedade. Essa mudança de perspectiva pavimentou o caminho para um estudo de criminologia através de uma lente crítica.

A criminologia crítica trabalha a ideia de prisão como um fator de aprofundamento das desigualdades sociais e de manutenção da verticalidade e da hierarquização da sociedade. Em resumo, a criminologia crítica focou os estudos no sistema de controle criminal presente na sociedade, bem como na crítica ao sistema penal vigente. Além da influência marxista, assume particular relevância, no âmbito da criminologia crítica, a ideia de seletividade penal. Dessa forma, o próprio sistema penal produz uma filtragem de quem vai entrar ou não, e, a partir dessa filtragem, há a produção de estereótipos. Torna-se, então, imprescindível compreender quem é que tem o poder de definir o que é crime.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica do direito penal. Rio de Janeiro: Editora Revan, 3ª ed.

BECKER, Howard. Outsiders: Estudos de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1ª ed. 2008.

GUEIROS, Artur de Brito. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. Direito penal: volume único. São Paulo; Editora Atlas, 2018

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. In: Discursos Sediciosos – Crime, Direito e Sociedade, nº 1. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de criminologia/Relume Dumará, 1º sem. 1996, p. 79-82.

MALAGUTI, Vera Batista. Introdução Crítica à Criminologia Brasileira. Rio de Janeiro: Editora Revan. 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EFETIVIDADE DOS ARTIGOS 10, 11 E 12 DA LEI 11.340/2006 NO ATENDIMENTO PELA AUTORIDADE POLICIAL.

TAYSSA CAROLINNY SILVA E SILVA: Graduanda do curso de Direito pelo Centro Universitário CEUNI-FAMETRO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

RESUMO: O objetivo desta pesquisa é descrever a efetividade e aplicação dos artigos 10, 11 e 12 da Lei nº 11.340/2006, por conta destes dispositivos legais, a Autoridade Policial deve oferecer um tratamento acolhedor e humanizador no primeiro contato com a mulher vitima doméstica. A presente pesquisa foi desenvolvida sob a análise da Lei Maria da Penha, doutrinas jurídicas, guias de atendimentos e procedimentos produzidos pelo Governo Federal, Policia Civil e Militar Brasileiras. Tendo como conclusão que tais procedimentos estabelecidos na Lei Maria da Penha são utilizados corretamente pela Autoridade Policial, gerando segurança, apoio emocional, jurídico e psicológico para a mulher vítima.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal. Lei Maria da Penha. Autoridade Policial. Humanização. Violência Doméstica.

ABSTRACT: The objective of this research is to describe the effectiveness and application of articles 10, 11 and 12 of Law nº 11.340/2006, because of these legal provisions, the Police Authority must offer a welcoming and humanizing treatment in the first contact with the female domestic victim. This research was developed under the analysis of the Maria da Penha Law, legal doctrines, assistance guides and procedures produced by the Federal Government, Brazilian Civil and Military Police. The conclusion is that such procedures established in the Maria da Penha Law are correctly used by the Police Authority, generating security, emotional, legal and psychological support for the woman victim.

KEYWORDS: Criminal Law. Maria da Penha Law. Police Authority. Humanization. Domestic violence.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. O contexto jurídico penal histórico da violência contra a mulher no Brasil; 3. Das convenções e protocolos internacionais assinados pelo brasil contra a violência sofrida pelas mulheres; 4. Do surgimento da lei maria da penha; 5.Dos tipos de violência contra a mulher; 6. Dos procedimentos adotados pela autoridade policial; 7. Do primeiro contato com a vítima de violência doméstica; 8. Da rede de atendimento especializado; 9. Dos programas criados pelo poder judiciário para poder evoluir na abordagem desses casos; 10. Conclusão; 11. Referencias.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa aborda a efetividade dos artigos 10, 11, 12 da Lei 11.340/2006, Lei Maria da Penha no atendimento da autoridade policial no momento do atendimento da mulher vítima de violência doméstica.

Segundo Kofi Annan, ex-secretário geral das Nações Unidas:

> "A violência contra as mulheres é talvez a mais vergonhosa violação dos direitos humanos. Não conhece fronteiras geográficas, culturais ou de riqueza. Enquanto se mantiver, não poderemos afirmar que fizemos verdadeiros progressos sem direção a igualdade, ao desenvolvimento e à paz".

A violência doméstica, física, psicológica contra ás mulheres está enraizado no processo de evolução mundial histórica e social, e se faz presente nos lares brasileiros, tendo em vista que este tipo de violência, está sempre em crescente aumento, uma vez que há preconceito formado sobre o assunto da violência doméstica, que se fundamenta no argumento errôneo, que seria a vítima que havia feito algo errado, e por conta deste erro, despertou a ira de seu agressor que resultou na agressão física, psicológica ou sexual, a mulher que é vítima de violência em seu lar, em sua maioria esmagadora, são dependentes financeiramente de seu agressor, por conta desse domínio financeiro, se gera o controle psicológico, pois muitos agressores, criam uma narrativa mental na vítima, que a levam a pensar que apenas ele pode amar aquela mulher, e que ela nunca conseguiria achar alguém melhor que ele.

No ano de 2006, a Lei Maria da Penha foi sancionada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, a Lei nº 11.340/2006 foi criada após o caso de violência contra Maria da Penha ser denunciado para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos. As agressões contra Maria ocorreram em 1983, pelo qual a mesma foi agredida pelo seu marido, o agressor tentou duas vezes assassinar Maria, na primeira, a vítima levou um tiro na nuca e ficou paraplégica, na segunda, houve a tentativa de eletrocutar Maria.

No capítulo III, titulado como do atendimento da autoridade policial, que se inicia no artigo 10 e se finaliza no artigo 12-C°, no qual em sua disposição, foram estabelecidos os procedimentos e providências legais que a autoridade policial deve adotar imediatamente no momento em que se toma conhecimento da agressão física, psicológica ou sexual, patrimonial ou moral que a vítima sofreu.

O tema proposto é uma realidade que sempre está em evidencia no Brasil, por conta das estatísticas de casos de violência doméstica contra a mulher que sempre em presente crescimento no território nacional, sendo uma temática de extrema importância, uma vez que este tema é abordado, ele gera encorajamento nas mulheres que vivem sob agressões

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

físicas em seu lar, por conta disso, que se faz necessário que no momento que a mulher, vítima de violência doméstica encontre um atendimento humanístico e protetor, que a acolha no momento de registrar a queixa-crime.

Por fim, a presente pesquisa reforça o quão importante e necessário é o conhecimento sobre tais procedimentos que a autoridade policial deve adotar no momento de registro da queixa-crime em casos de violência da doméstica, pois com sua aplicação correta, se utiliza como mecanismo para amenizar a dor da parte vítima que está exposta, frágil e sem saber o que fazer a partir do momento em que realizar a denúncia contra o agressor que cometeu a violência que sofreu, servindo como ponto de segurança para estas mulheres vítimas que em seu geral, se veem presas em relacionamentos abusivos por conta de nunca receberem um apoio ou ajuda que as encorajassem a sair da situação agressiva, abusiva e complicada que viviam em seu lar.

2.O CONTEXTO JURIDICO PENAL HISTORICO DA VIOLENCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL;

A violência contra a mulher se faz presente em todo cenário histórico do mundo, a normalidade em volta deste tipo de violência, a torna um fato cotidiano universal, em cada capítulo da história, há uma mulher agredida, é como se em algum momento do passado, foi determinado que todas as mulheres podem ser tornar vítimas de violência, em qualquer momento de sua vida. (Teles e Melo, 2003)

Às ordenações Filipinas, que estiveram em vigência no Brasil no ano de 1603 até 1830, na estrutura do Livro V, existia o concedimento em lei para que o marido, que no momento em que existisse a suspeita de adultério por parte da esposa, o homem tinha o direito, estabelecido nas ordenações, de punir fisicamente a mulher. (Livro V, título 38, caput)

O código criminal que iniciou sua aplicação no ano de 1831, trouxe a mesma permissão ao homem de cometer crimes contra a mulher, assim como era visto nas Ordenações Filipinas, os crimes sexuais neste código, possuíam maior punição caso o crime tenha ocorrido contra uma mulher vista socialmente como “de família”, se uma prostituta fosse atacada sexualmente, o homem autor do fato, receberia uma pena mais leve. (Castro, 2010)

No ano de 1890, o código penal entrou em vigência, continou com aplicação de penas diferente por conta da posição social da vítima de estupro, tendo um aumento na pena aplicada ao autor de crime sexual contra prostitutas em comparação do código criminal de 1831. (Castro, 2010)

O Código Penal do ano 1940, deu continuidade às definições vistas anteriormente nos códigos aplicados, neste, a virgindade da mulher se tornou de extrema importância legal, uma mulher que já havia tido relações sexuais antes do casamento, perdia seu valor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

perante a sociedade, caso um homem se cassasse com uma mulher não virgem, este poderia pedir a anulação do casamento. (Hungria, 1980)

Na observação das legislações penais aplicadas no território brasileiro, é visível a falta de interesse de aplicar autonomia, respeito e dignidade para as mulheres, a violência praticada pelos homens contra as mulheres, são realizadas com a intenção do autor ter total controle da vítima, o homem quer total controle da vida da mulher, desde de suas escolhas de roupa até de amizades, assim, a esposa apenas terá apenas e somente o marido em sua vida. (Teles e Melo, 2003)

3. DAS CONVENÇÕES E PROTOCOLOS INTERNACIONAIS ASSINADOS PELO BRASIL CONTRA A VIOLENCIA SOFRIDA PELAS MULHERES;

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher foi ratificada pelo Brasil no ano de 1984, está convenção abrange todos os tipos de violências contra a mulher, desde das agressões físicas, psicológicas, desigualdade social, e qualquer tipo de distinção, exclusão ou restrição que a mulher venha sofrer por ser do sexo feminino. (Art. 1, caput)

No ano de 1995, o Brasil ratificou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará, englobando as violências sofridas pelas mulheres, tendo o foco em evitar o aumento dos casos de ataques contra as mulheres, sendo estabelecido por essa convenção que a violência contra mulher, é qualquer ação provocada contra a mulher por conta do seu gênero, que gere dano, lesões ou morte da vítima. (Art.1, caput)

Em 2002, o protocolo facultativo à convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher foi ratificado pelo Brasil, onde foi estabelecido que deveriam desenvolver políticas que evitassem ou diminuísse o aumento de casos de violência contra a mulher, além disto, proteger os direitos das mulheres e devendo ser revogado qualquer dispositivo de lei que trouxessem em sua letra, a discriminação contra a mulher. (Decreto Nº 4.316, de 30 de julho de 2002.)

4.DO SURGIMENTO DA LEI MARIA DA PENHA;

A lei 11.340/2006 se originou por conta do caso da violência sofrida por Maria da Penha Fernandes, que virou um símbolo da luta contra os casos de violência doméstica, Maria sofreu duas tentativas de assassinato por parte de seu marido na época do ocorrido, na primeira vez, o autor deu um tiro na nuca da vítima, decorrente deste tiro, Maria ficou paraplégica, na segunda agressão, Antonio Herredia, marido da vítima, tentou eletrocutá-la. (Zacarias, Moraes, Oliveira e Fernandes, 2013)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No ano de 1984, a denúncia contra o autor das agressões contra Maria da Penha, foi encaminhado ao Ministério Público Estadual, Marco Antonio, autor das agressões, em 1996, foi condenado a quinze anos de prisão, mas por conta de meios jurídicos utilizados pelo advogado de defesa, Marco permaneceu em liberdade e a pena proferida, não foi cumprida de imediato. (Zacarias, Moraes, Oliveira e Fernandes, 2013)

Em 1998, o caso de Maria da Penha, foi denunciado para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos (CIDH/OEA). Diante da visível omissão do Brasil em relação a este caso, o país foi condenado por conta da negligencia diante ao caso de violência contra Maria, visto que no passado, o Brasil havia assinado as seguintes convenções internacionais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), Pacto de San José da Costa Rica (1969), Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (1948), Convenção Interamericana para Prevenir (1996), Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – Convenção de Belém do Pará (1996), Convenção sobre a Eliminação do Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979). (Cunha e Pinto, 2011)

Após o reconhecimento internacional, a falta de medidas legais e leis estabelecidas que fossem eficazes em casos de violência contra a mulher, foi pauta de debate no legislativo e entre a sociedade brasileira, na data de 7 de agosto de 2006, Luiz Inácio Lula da Silva, o então presidente do Brasil na época, sancionou a Lei 11.340/2006, que recebeu o nome de Maria da Penha, como homenagem pela luta de Maria pela implantação de leis e políticas contra a violência familiar e doméstica. (Zacarias, Moraes, Oliveira e Fernandes, 2013).

5.DOS TIPOS DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER;

No artigo 7º e seus incisos I ao V da Lei 11.340/2006, define os seguintes tipos de violência contra a mulher:

Violência Física que define como um ato de agressão que agrida a integridade física da mulher que traga danos à saúde corporal ou morte da vítima (Zacarias, Moraes, Oliveira e Fernandes, 2013).

Violência Psicológica que tem definição como condutas que o agressor utiliza contra a mulher, que tem como foco, tirar a autonomia de escolha da mulher, em relação a vida, religião, educação e vida profissional, o agressor utiliza deste tipo de violência para aumentar seu domínio contra a vítima (Zacarias, Moraes, Oliveira e Fernandes, 2013).

Violência Sexual que se define como o agressor obriga e força a mulher a manter relações sexuais sem que a mesma queria, bem como proibir a vítima de utilizar métodos contraceptivos ou força-la a cometer aborto (Cunha e Pinto, 2011).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Violência Patrimonial que tem como definição, o controle do agressor sobre o dinheiro, bens, e documentos da vítima, o autor das agressões também provoca danos em itens de valor econômico e sentimental para a vítima (Cunha e Pinto, 2011).

Violência Moral que se define como a utilização de acusações falsas criadas pelo agressor para desestabilizar a moral da mulher, tais falácias são expostas para a família, amigos e colegas de trabalho, o intuito do agressor é projetar nas pessoas com essas acusações, a falsa verdade que a mulher é vítima, pois provocou e mereceu tais violências, uma vez que ela desrespeitou seu parceiro (Cunha e Pinto, 2011).

6.DOS PROCEDIMENTOS ADOTADOS PELA AUTORIDADE POLICIAL:

No capítulo III, da lei 11.340/2006, titulado como do atendimento da autoridade policial, que se inicia no artigo 10 e se finaliza no artigo 12-C°, no qual em sua disposição, foram estabelecidos os procedimentos e providências legais que a autoridade policial deve adotar imediatamente no momento em que se toma conhecimento da agressão física, psicológica ou sexual, patrimonial ou moral que a vítima sofreu.

O delegado, autoridade de polícia, deve tomar as providências previstas no Artigo 11 da Lei Maria da Penha, fornecer proteção policial, quando necessário para a vítima, o encaminhamento da ofendida para realização de corpo delito, fornecimento de transporte para a vítima se resguardar em um abrigo e quando reconhecido o perigo a mulher agredida, a autoridade policial deve acompanhar a ofendida no momento da retirada de seus pertences da residência onde morava com o agressor (Zacarias, Moraes, Oliveira e Fernandes, 2013).

Com estes procedimentos estabelecidos na lei, tem o foco que naquele momento de fragilidade da vítima, a autoridade policial deve proporcionar segurança a mulher agredida (Zacarias, Moraes, Oliveira e Fernandes, 2013).

7.DO PRIMEIRO CONTATO COM A VÍTIMA DE VIOLENCIA DOMESTICA:

Autoridade policial, de acordo com o artigo 10 da Lei 11.340/2006, que a assistência policial deverá ser preventiva ou repressiva, quando iniciado o contato com o caso, e demostrado o extremo perigo de vida que a vítima sofre, a autoridade policial deve solicitar imediatamente a proteção da mesma, e em seguida, comunicar o Ministério Público e ao Poder Judiciário, para que às medidas judiciais sobre o caso sejam solicitadas (Zacarias, Moraes, Oliveira e Fernandes, 2013).

A mulher que foi vítima da agressão terá por direito, o atendimento no estabelecimento policial continuo, com preferência na realização do acolhimento por servidores do sexo feminino, pelos quais foram capacitados previamente para atuar diante de um caso de uma mulher vítima de violência doméstica (Artigo 10-A).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No momento em que a mulher agredida prestar seu depoimento acerca do ocorrido, a autoridade policial deverá aplicar as diretrizes estabelecidas em lei, sendo estas, salvaguardar da integridade física, psíquica, e emocional da mulher que está fornecendo sua oitiva, e não se utilizando perguntas ou meios que façam a vítima reviver a violência passada, neste sentido, se evitando questionamentos sobre a vida pessoal da ofendida, em seguida, deve ser garantido que a vítima e seus familiares, não tenham contato com o autor da agressão (Art. 10-A, parágrafo 1, incisos I, II e III).

Os procedimentos em relação à inquirição da vítima e seus familiares, o depoimento deverá ser feito em ambiente projetado para tal momento, quando se for demonstrado a necessidade, a inquirição será feita por um profissional especializado em violência doméstica designado pela autoridade judiciaria ou policial, após a acolhida da oitiva, este deve ser registrado em meio eletrônicos ou magnéticos, devendo este documento, integrarem o inquérito policial (Art. 10-A, parágrafo 2, incisos I, II e III).

O atendimento de uma mulher vítima de violência doméstica, a autoridade policial deve garantir a proteção da vítima, quando for necessário e deve ser comunicado de imediato ao MP e ao Poder Judiciário, quando a vítima estiver ferida, deverá ser encaminhada para o hospital, posto de saúde ou IML, para devidos procedimentos serem feitos, quando demonstrado risco, a mulher e seus familiares, devem fornecer o transporte para um abrigo ou local seguro (Art.11, incisos I, II e III).

Quando a vítima tiver que retornar a sua residência, para retirar seus pertences pessoais do local, a polícia deverá acompanhá-la quando demonstrada o risco de vida a mulher pelo retorno ao seu lar, no momento da oitiva da vítima, a autoridade policial deve informar a vítima, os seus direitos estabelecidos na Lei Maria da Penha, e seus serviços de assistência jurídica para solicitação de ação de separação judicial, divórcio, anulação de casamento ou de dissolução de união estável (Art.11, incisos IV e V).

De imediato, no momento da feitura do registro de ocorrência, autoridade policial, deve ouvir a ofendida, colher todas as provas do fato, após o fechamento dos procedimentos, quando solicitado às medidas de protetivas de urgência para a ofendida, devem ser encaminhadas no prazo de 48 horas para ao juiz, durante a oitiva no distrito policial, a autoridade policial deve determinar se o corpo delito ou outros exames precisam ser feitos na mulher agredida, após a oitiva da vítima, o autor deve ser ouvido juntamente com as testemunhas do fato, com a identificação do agressor, junto com sua folha de antecedentes criminais devem ser anexados no inquérito policial, ao se verificar que o autor possui registro de porte ou posse de arma, a informação deve ser juntada aos autos, em seguida, notificar a instituição responsável pelo registro ou omissão do porte, ao fim de aplicar dos os procedimentos deste artigo, remeter os autos do inquérito policial, no prazo estabelecido, ao Juiz e ao MP (Art. 12, incisos I ao VII).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De acordo com o parágrafo 1º, incisos I ao IV do Artigo 12, determina que os pedidos da ofendida no momento da oitiva, deverá ser reconhecido e aplicado a termo pela autoridade policial, e deve está incluso nos autos, a qualificação da ofendida e do autor, nome e idade dos dependentes, descrição dos fatos e das medidas protetivas solicitadas pela mulher vítima, e informações sobre a condição de a ofendida ser pessoa com deficiência e as da violência sofrida resultou em deficiência ou agravamento na incapacidade que já existia.

Quando constatado risco a vida ou a integridade física da ofendida e seus familiares, o agressor será imediatamente afastado do lar pela autoridade policial ou delegado de polícia, bem como, o autor será detido, e não será concedida liberdade provisória ao agressor, quando demonstrado a exigência, a autoridade policial deve invocar serviços públicos para auxiliar a vítima e familiares (12-C, incisos I ao III, parágrafos 1, 2 e 3).

8.DA REDE DE ATENDIMENTO ESPECIALIZADO:

A Lei Maria da Penha estabeleceu que os Estados e Distrito Federal devem formular políticas e planos para serem utilizados no atendimento da mulher vítima de violência doméstica, sendo dado prioridade no âmbito da Policial Civil, também sendo criada às Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMS), de Núcleos Investigativos de Feminicídio, e treinamento de equipes policiais para atendimento e investigação das violências graves contra a mulher (Artigo 12-A, caput).

Às DEAMS, são distritos policias permanecem abertos 24 horas por dia, estas delegacias realizam os procedimentos para prevenção e erradicar a violência da mulher, no cenário que a violência já ocorreu, a equipe policial acolhe a vítima no momento da denúncia, encaminha está mulher para realização do exame de corpo de delito, hospital ou casa de acolhimento para tirar a ofendida do convívio do agressor (Senado Federal, online).

Os Núcleos Investigativos de Feminicídio devem possuir uma equipe policial especializada para atuar diretamente e exclusivamente em casos de Feminicídio com está equipe em posto para gerar uma resposta rápida para os familiares sobre os motivos, lugar, circunstâncias, e identidade do autor que cometeu o crime (Ferraz, 2020, online).

9.DOS PROGRAMAS CRIADOS PELO PODER JUDICIARIO PARA PODER EVOLUIR NA ABORDAGEM DESSES CASOS:

Com o avanço legislativo sobre a temática da violência física, psicológica, sexual e moral contra a mulher, que ocorre em sua maioria no ambiente doméstica, foram desenvolvidos locais de acolhimento para mulheres agredidas, locais que oferecem um rápido acesso à justiça, gerando a segurança que essas mulheres procuram e merecem.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os centros especializados de atendimento à mulher, oferecem os serviços de atendimento psicológico para a vítima que está fragilizada psicologicamente pela agressão sofrida, tratando também do pânico desenvolvido pela convivência com o agressor, ajudando a vítima encontrar a saída dos danos e manipulação que sofreu, neste mesmo local, acontece o encaminhamento da vítima a justiça para solução de necessidades da vítima, o maior foco os centros de especialização, é fornecer uma rede de apoio para a vítima, demonstrando que ela poderá recomeçar sua vida após o ato da violência (Senado Federal, online).

As Casas-Abrigos são utilizadas quando se é demonstrado que a mulher sofre risco de morte, caso venha a estar em um local que o agressor tenha conhecimento ou acesso, estes locais se encontram em total sigilo, sendo a presença da mulher ali temporária, após no momento da entrada da vítima no estabelecimento, é definido uma data de saída da mesma dali uma vez que durante a moradia no local, a vítima deve reorganizar sua vida para poder retornar ao controle da sua vida. Existindo também, as casas de acolhimento provisório, esta segue o mesmo padrão de atendimento das casas-abrigos, mas ao contrário da anterior, que apenas acolhe mulheres vítimas de violência doméstica, neste local, são atendidas todas mulheres vítimas de qualquer tipo de violência (Senado Federal, online).

DEAMs (Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher), que atuam 24 horas por dia para prevenir e punir os casos de violência contra a mulher, tendo a atuação igual os Núcleos de Atendimento à Mulher nas Delegacias Comuns, que são profissionais designados em distritos policias para atender mulheres em situação de denúncia sobre seus agressores (Senado Federal, online).

Em relação ao Poder Judiciário, foram criados os Juizados Especializados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e Promotorias Especializadas, que atuam em casos de violência contra a mulher para gerar maior rapidez nas causas decorrentes a estes crimes (Senado Federal, online).

A casa da Mulher Brasileira possui serviços especializados para atender às mulheres vítimas, tais como atendimento jurídico, judicial, psicológico, bem como cuidados em relação aos filhos e familiares da vítima (Senado Federal, online).

Existindo na área da Saúde, atendimento especializados para mulheres vítimas de violência doméstica e sexual, atuando no apoio psicológico da vítima após o fato, vem como a feitura de aborto, quando a lei permite tal procedimento (Senado Federal, online).

10.CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Esta pesquisa demonstrou a efetividade e aplicação dos artigos 10, 11 e 12 da Lei Maria da Penha, Lei nº 11.340/2006, no atendimento pela Autoridade Policial no momento em que a vítima se dirige a um distrito policial para notificar o crime ocorrido, neste cenário o delegado de polícia, que é a Autoridade Policial citada no capítulo II, do título II da Lei Maria da Penha, que traz em sua estrutura, medidas e procedimentos para serem utilizadas no primeiro contato com a vítima agredida.

O artigo 5º da Lei 11.340/2006 definiu que a violência doméstica e familiar contra uma mulher, se caracteriza com qualquer ação ou omissão que cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial a mulher, em seguida é estabelecido que a violência doméstica e familiar contra uma mulher representa como uma violação aos direitos humanos.

A Lei Maria da Penha trouxe no momento de sua criação, trouxe à existência de uma rede de apoio a mulher vitima de violência, com o atendimento especializado das Delegacias de Atendimento à Mulher (DEAMs), também com a delegação de equipes policias para atuar em especial em casos de Feminicídios (Núcleos Investigativos de Feminicídio), sendo criado casas de abrigos e centro especializados de atendimento a mulher para receber a vitima no momento de fragilidade e medo que está vive, dando apoio para que a mulher possa retornar a sua rotina e recomeçar sua vida.

A autoridade policial cumpre um papel importante no trabalho de amenizar o impacto da agressão na vida da vítima, com a efetiva aplicação das medidas de proteção policial para manter a integridade física da mulher (Art.11, inciso I), o encaminhamento da vitima até o IML para feitura de exame de corpo delito (Art. 11, inciso II), como também, informar a vitima seus direitos, bem como, a assistência judicial gratuita para ajuizamento de ação de separação judicial, divorcio, anulação de casamento, e dissolução de união estável (Art.11, inciso V).

É necessário que tais procedimentos estabelecidos na Lei Maria da Penha, sejam ser apresentados para a ofendida, pois a autoridade policial, no momento que estiver explicando os direitos da mulher, transmita calma e confiança aquela vítima que sofre violência doméstica, demonstrando que ela terá proteção policial para voltar em sua residência para recolher seus objetos pessoas, será levada para hospitais, quando necessário, e em caso de risco de morte a mulher, seus familiares e filhos, a mesma será encaminhada para um abrigo, local pelo qual o agressor não terá acesso, a mulher poderá ficar em segurança e que não venha sofrer agressões novamente ou temer por sua vida.

As politicas de conscientização realizadas pelo judiciário e pela Policia Civil e Militar, demonstram a mulher, que assiste aquele informativo via jornal, rádio ou internet, que vive sob agressões em seu domicilio, pode se dirigir a uma delegacia, efetuar a denuncia contra

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

seu agressor, e ser recebida por uma rede de acolhimento que irá ajudá-la a desvincular daquele cenário de violência.

A efetividade dos dispositivos 10, 11 e 12 estão visíveis, uma vez que a Lei Maria da Penha definiu no corpo destes artigos, modalidades e procedimentos de aplicação para ajudar a mulher ferida, não existindo um mal uso destes, pois sua criação foi moldada para a Autoridade Policial agir imediatamente após o conhecimento da agressão domestica ou familiar da vítima, com estes procedimentos e providencias determinados na Lei Maria da Penha, a Autoridade Policial consegue acolher a ofendida no momento em que está se dirige a uma delegacia para registrar uma ocorrência, apresentando seus direitos, os meios de proteção que a justiça lhe dispõe.

Com isto, a presente pesquisa reforça o quão importante e necessário é o conhecimento sobre tais procedimentos que a autoridade policial deve adotar no momento de registro da queixa-crime em casos de violência da doméstica, pois com sua aplicação correta, se utiliza como mecanismo para amenizar a dor da parte vítima que está exposta, frágil e sem saber o que fazer a partir do momento em que realizar a denúncia contra o agressor que cometeu a violência que sofreu, servindo como ponto de segurança para estas mulheres vítimas que em seu geral, se veem presas em relacionamentos abusivos por conta de nunca receberem um apoio ou ajuda que as encorajassem a sair da situação agressiva, abusiva que viviam em seu lar..

REFERÊNCIAS

AMAZONAS. Governo do Estado: Polícia Civil do Amazonas inaugura Núcleo de Combate ao Feminicídio, c 2020. Página inicial. Disponível em: < http://www.amazonas.am.gov.br/2020/08/policia-civil-do-amazonas-inaugura-nucleo-de-combate-ao-feminicidio/ > Acesso: 25 de agosto de 2021.

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei Nº 11.340, de 7 de agosto De 2006: Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004__2006/2006/lei/l11340.htm> Acesso: 10 de setembro de 2021.

BRASIL. Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decreto Nº 4.377, de 13 de setembro De 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm > Acesso: 20 de agosto de 2021.

BRASIL. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher - Belém do Pará. Decreto Nº 1.973, de 1º de agosto De 1996. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm > Acesso: 20 de agosto de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. Decreto Nº 4.316, de 30 de julho de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4316.htm > Acesso: 20 de agosto de 2021.

BRASIL. Senado Federal. Serviços Especializados de Atendimento à Mulher. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/acoes-contra-violencia/servicos-especializados-de-atendimento-a-mulher > Acesso: 10 de outubro de 2021.

CASTRO. Flavia Lages – História do Direito Geral e Brasil. 8º. ed rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Lumem Juris, 2010.

CUNHA, Rogerio Sanches; PINTO, Ronaldo Batista – Violência Doméstica - Lei Maria Da Penha Comentada Artigo Por Artigo. 3.ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

HUNGRIA, Nelson. Comentários ao Código Penal. 2 ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1980.

ORDENAÇÕES FILIPINAS, Livro IV. Disponível em: < http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1168.htm > Acesso: 25 de agosto de 2021.

TELES, Maria Amelia de Almeida; MELO, Monica de – O que é violência contra a mulher (Primeiros Passos). 1.ª ed. rev. e atualizada. São Paulo: Editora Brasiliense, 2003.

ZACARIAS, André Eduardo de Carvalho; MORAES, Patrícia Rangel de; OLIVEIRA, Ettiene A. Duarte Ferro; FERNANDES, Débora Fernanda C. Z. Alarcon – Maria da Penha - Comentários a Lei Nº 11.340-06 - Biológicos, Criminais, Históricos e Psicológicos. 1.ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CONTROLE PÚBLICO NO SÉCULO XXI: UM ESTUDO A PARTIR DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL ENTRE BNDES E TCU

RAFAEL CASCARDO CARDOSO DOS SANTOS: mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Assessor Jurídico Especial na Secretaria de Estado da Casa Civil do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: Neste estudo, busca-se trazer ao debate a respeito do controle público adequado a noção de '*accountability* com propósito', com vistas à uma Administração Pública mais eficiente. Inicialmente, faz-se uma exposição das diversas concepções de *accountability* e dos desvios ocasionados pelo excesso de controle da Administração Pública para, com isso, apresentar uma alternativa construtiva e de sinergia institucional. Em seguida, aborda-se o diálogo institucional travado entre BNDES e Tribunal de Contas da União por meio das auditorias operacionais desta Corte de Contas sobre os critérios adotados para execução da política pública de fomento daquele banco público. Em conclusão, elabora-se uma síntese conjugando os aspectos teóricos iniciais com o estudo de caso realizado, de modo a oferecer um modelo para exames futuros a respeito do controle público.

Palavras-chave: controle público; *accountability*; Tribunal de Contas

ABSTRACT: This study aims to add the concept of 'meaningful accountability' to the debate about public oversight, so that it contributes to achieve a more efficient public Administration. Initially, the various concepts of accountability as well as the abuse brought about by the excess of oversight are shown, therefore we can present a constructive alternative centered around institutional synergy. Afterwards, the institutional dialogue between BNDES and Tribunal de Contas da União is addressed by means of the operational audit put forward by the latter about the criteria adopted by the public bank to give public aid and funding. At last, a synthesis is produced assembling the initial theoretical aspects and the case study in order to offer a benchmark to future studies about public oversight.

Keywords: public oversight; accountability; Tribunal de Contas

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – *Accountability* e políticas públicas: uma interação com fricções e ruídos institucionais; 3 - *Accountability* com propósito – o ciclo virtuoso verificado no caso BNDES; 4 - Síntese conclusiva: uma bússola para o controle público do século XXI; 5 - Referências

1 – Introdução

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O propósito deste trabalho consiste em oferecer um novo olhar aos diversos estudos a respeito do controle público. Como será abordado em detalhes, a hipertrofia do controle e seus efeitos deletérios vem sendo objeto de profundas e detidas investigações de profissionais do direito no Brasil.

Para apresentar uma nova perspectiva, o estudo trará a noção de *accountability*, com suas diversas feições e nuances, sob um viés da filosofia política e da ciência política. Com isto, buscar-se-á, a um só tempo, trazer *insights* abstratos e operacionais para o adequado emprego da *accountability* no controle público e como ideal regulativo dos órgãos de controle, notadamente os Tribunais de Contas.

Na sequência, faz-se um estudo de caso para ilustrar a ideia de *accountability* definida na seção precedente, a partir do diálogo institucional vivenciado ao longo da década de 2010 entre o Tribunal de Contas da União e o BNDES, minudenciando a interação construtiva entre estas instituições estatais no aprimoramento da política pública de fomento federal.

Ao final, em síntese conclusiva, apresenta-se o devido enquadramento do estudo de caso ao modelo prescritivo delineado inicialmente, de tal sorte a oferecer um mapa conceitual para futuros trabalhos a respeito do controle público.

2 – *Accountability* e políticas públicas: uma interação com fricções e ruídos institucionais

O controle de políticas públicas se volta sobretudo ao seu monitoramento, trazendo ao centro a fugidia noção de *accountability*. Embora empregada de forma ampla, podemos recorrer ao núcleo conceitual de *accountability* trazido por Bovens, Goodin e Schillemans, a partir do qual esta é, antes de tudo, uma ideia relacional, que envolve os agentes competentes e aqueles perante os quais eles respondem – daí resultando eventual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

responsabilização, numa verdadeira expressão prática de como responder ao problema agente-principal39 –, além de operar retrospectivamente – *ex post*.40

A função da *accountability* busca evitar zonas de arbitrariedade, contribuindo para que o cidadão possua meios para questionar determinada ação estatal. Nesta perspectiva, além de ser uma ferramenta, a *accountability* possui uma virtude intrínseca, que deve ser prestigiada na boa governança.41

Preliminarmente à análise dos mecanismos de controle, é necessário debatermos algumas disfunções que o discurso indiscriminado pró-*accountability* pode gerar. Em outras palavras, veremos o quão imprescindível é saber quais os polos da relação agente-principal estão em jogo quando se fala em *accountability* e a necessidade de modulá-los adequadamente a depender do contexto.

Com efeito, no Brasil e mundo afora, ganhou espaço nos últimos anos a concepção de que mais *accountability* é sempre algo positivo42 e que deve ser buscado em toda estrutura institucional pública, não havendo, contudo, uma elaboração mais construtiva a

39 Na literatura econômica, os problemas oriundos da relação agente-principal foram delineados primeiramente para relações empresariais, como demonstram Jensen e Meckling. Na relação agente-principal, o principal delega determinada atribuição ao agente para atuar em seu nome; sucede, entretanto, que se ambos forem maximizadores do próprio interesse, há incentivos, considerada a assimetria informacional, para que o agente se desvirtua do mandato que lhe foi conferido pelo principal. Os custos de agência vão variar à luz da estrutura de incentivos que permeia a relação respectiva e dos custos de monitoramento efetuados pelo principal. Cf. JENSEN, Michael C.; Meckling, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In: Journal of Financial Economics 3, 1976 305-360. *North-Holland Publishing Company*. pp. 308 e 309.

40 BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; GOODIN, Robert. E. Public *Accountability*. In: _____. *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford University Press, 2014. p. 6

41 De acordo com Bovens, o valor intrínseco da *accountability* diz respeito a sua carga semântica e normativa como um padrão de comportamento a ser observado; já a *accountability* como ferramenta possui três aspectos: num primeiro momento, o agente tem que se sentir obrigado, pela sua estrutura de incentivos, a prestar contas ao principal; em seguida, deve haver um fórum adequado para esta prestação de contas; por fim, devem haver consequências pela prestação de contas inadequadas, devendo existir monitoramento periódico. Cf.: BOVENS, Mark. Two concepts of *accountability*: *accountability* as a virtue and as a mechanism. In: *West European Politics*, 33, 2010 946-967. p. 9

42 Bovens e Schillemans apontam, a título ilustrativo, os seguintes fenômenos recentes que contribuem para a elevação do discurso pró-*accountability*: aumento da importância dos players internacionais na tomada de decisões que afetam diversos países, decorrente do incremento da interconectividade da globalização; delegação de serviços públicos econômicos para prestação por agentes privados e o consequente monitoramento do correto emprego das verbas públicas; e o surgimento de redes complexas de governança incorporando organizações privadas e sem fins lucrativos na prestação colaborativa de serviços públicos sociais. Cf. BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas. Meaningful *Accountability*. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas. *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford University Press, 2014. pp. 674-675.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

respeito de qual *accountability* seria desejada e em quais contextos. Um exemplo recente pode elucidar a potencial disfuncionalidade deste culto irrestrito. O *Brexit*, fenômeno multifatorial e estudado sob diversas perspectivas, pode ser compreendido, em parte, mediante o excesso de *accountability* burocrático das autoridades do Reino Unido aos órgãos centrais da União Europeia, ao mesmo tempo em que renegou o controle democrático dos cidadãos do próprio país.43 O resultado teria sido um elitismo tecnocrata não responsivo às necessidades locais e incapaz de atender os anseios democráticos da população inglesa, gerando o impulso isolacionista que culminou no Brexit.

O fenômeno não é exclusivo ao Reino Unido. Rahman aponta as disfuncionalidades do modelo tecnocrata do Estado Regulador norte-americano, que, mesmo com a crise dos 2008, não propôs um diálogo radicalmente democrático que empoderasse os cidadãos para procurar respostas conjuntas para sair da crise. Ao revés, a realidade é que houve delegação a um grupo de *experts*, que tomou decisões questionáveis como a priorização ao resgate de empresas '*grandes demais para quebrar*' (*too-big-to-fail*) sem as imprescindíveis contrapartidas sociais.44

A abordagem exclusivamente tecnocrata de *accountability* é uma das disfunções que devemos evitar, mas não é a única. Paradoxalmente, a luta incessante para atestar a probidade e a eficiência da Administração Pública por meio de órgãos de controle independentes pode resultar em práticas conservadoras do agente público, impedindo a inovação, gerando custos de oportunidade e inibindo a própria eficiência buscada com o controle. É o que vem sendo chamado no Brasil de "*direito administrativo do medo*", o qual, segundo Guimarães, decorre da cultura do excesso de controle, que acarreta externalidades negativas na medida em que o gestor, acuado, não mais busca a melhor solução para o interesse público, adotando, ao revés, estratégias conservadoras para proteção pessoal.45

A questão é complexa. A descoberta de escândalos de corrupção pelos órgãos de controle e sua ampla divulgação midiática geram um ciclo que reforça os mecanismos burocráticos e formalistas de *accountability*, sem, contudo, representar efetivo ganho na prevenção da corrupção e gerando altos custos transacionais que comprometem a

43 CYRINO, André. O Brexit e o direito administrativo. *Portal Direito do Estado*, publicado em 11.02.2020. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-rodrigues-cyrino/o-brexit-e-o-direito-administrativo

44 RAHMAN, K. Sabeel. *Democracy against domination*. Oxford University Press, New York, 2016. pp. 5-25 e 163-176

45 GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo e a crise da ineficiência pelo controle. *Portal Direito do Estado*, publicado em 31.01.2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

eficiência. O patrimonialismo se mostrou poroso o suficiente para permear as estruturas burocráticas de controle, escondendo-se atrás da sua sofisticação.46

A agenda legislativa dos últimos anos vem se mostrando sensível a esta preocupação com os efeitos negativos de excesso de *accountability* sobre o gestor, de modo a reverter o '*apagão das canetas*'.47 A reforma da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro pela Lei n° 13.655/18 incorporou a necessidade de os órgãos de controle atentar às circunstâncias específicas que levaram o gestor a tomar determinada decisão (art. 22), sem adotar decisões pautadas em valores abstratos e que desconsiderem as suas consequências práticas (art. 20), além de se portar de modo deferente nos casos gerais de erro administrativo, responsabilizando-o apenas nas hipóteses de dolo ou erro grosseiro (art. 28). Em casos de maior complexidade, a realização da Análise de Impacto Regulatório e a existência de diretrizes gerais (*guidelines*) fornecem um excelente parâmetro para os controladores a respeito das informações que o gestor detinha à época da fixação de determinada política pública, bem como sua observância a procedimentos e cautelas pré-existentes.

No entanto, a mudança de cultura institucional é sempre permeada de reações, mormente se a aplicação do novo diploma normativo implicar, de certa forma, perda de espaço de poder dos órgãos de controle.48 Somado a isso, a profusão midiática dos agentes de controle como heróis nacionais gera incentivos para que se reforcem os mecanismos burocráticos, sem a devida atenção aos seus déficits e disfuncionalidades.49

---

46 Para um breve relato sobre o tema no âmbito das contratações públicas, cf: GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5ª edição. São Paulo. Malheiros, 2018. pp. 50-52 e 286-289.

47Como apontam Binenbojm e Cyrino, o referencial normativo do Tribunal de Contas do '*administrador médio*' aponta para um gestor de "*mente iluminada, que age irrepreensível, cautelosa e diligentemente*". Como sabemos que este tipo ideal de gestor não existe, os incentivos ao administrador público que busca ser honesto serão de adoção de uma postura conservadora, temerosa, quando não tendente à paralisia e à inação. Tal cenário gera uma crise sistêmica no serviço público, que não tem coragem de atuar de forma ética e inovadora, com medo das consequências do insucesso frente às instâncias de controle. Cf. BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 14, n. Especial, 2018 203-224. pp. 205-206

48 Na tramitação do PL n° 7.448/2017, que viria a resultar na Lei federal n° 13.655/2018, a Consultoria Jurídica do Tribunal de Contas da União fez forte *lobby* a favor da inconstitucionalidade de diversos dos seus dispositivos. Para uma exposição e posterior desconstrução dos argumentos suscitados a respeito dos supostos vícios do art. 28, cf: *Ibid*. pp. 215-220.

49 Como mostra Mendonça, toda instituição tem como tendência inercial a expansão de seus próprios poderes, o que pode ser explicado por dois vieses específicos: o viés de foco, que consiste em enxergar todo problema a partir da própria expertise, desconsiderando outros aspectos relevantes, numa espécie de miopia seletiva; e o viés de comprometimento com a missão, a partir do qual o órgão de controle irá responder a problemas de forma a maximizar suas atribuições institucionais. Cf. MENDONÇA, José Vicente Santos de.

De toda sorte, importa para a presente seção a ressalva de que os mecanismos de controle aqui apresentados se inserem no paradigma trazido por Bovens e Schillemans de "*accountability com propósito*".50 Em outras palavras, deve-se buscar ferramentas funcionais, finalísticas e dialógicas de controle, focada menos nos *déficits* pontuais – *i.e.* ausência de *accountability* em determinada seara – e mais em como a estrutura de controle pode produzir incentivos para o aprendizado institucional com consequente produção de resultados eficientes e responsivos, sem gerar redundância e custos de oportunidade excessivos.51 Trata-se de *approach* necessário em políticas públicas, que inexoravelmente possuem contornos discricionários, de modo que devemos procurar o meio termo entre controle e flexibilidade.

Ademais, ao acoplar o atributo finalístico à *accountability*, busca-se maior deferência democrática à pauta pública escolhida para fins de fomento, desde que, evidentemente, selecionada mediante procedimento transparente e com ampla participação social.

Dito isto, urge recorrermos à classificação proposta por Schapiro entre as diferentes perspectivas de *accountability*: democrática, republicana e liberal.52ᵉ53 Ademais, cada uma

---

Direito Constitucional Econômico. 2.ED.. Belo Horizonte: Fórum, 2014. pp. 374-375. Cabe, também, apontar que tal postura midiática reforça a tendência do que Sarmento designou por República dos heróis mascarados, por certo avessa ao princípio republicano. Cf SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. In: SARMENTO, Daniel. *República, inclusão e constitucionalismo: escritos constitucionais*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2018. pp. 24-25.

50 BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas. Meaningful *Accountability*. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas. *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford University Press, 2014. pp. 676-680.

51 Bovens e Schillemans afirmam que mecanismos rígidos e cíclicos de *accountability* inibem, ainda, a confiança interinstitucional, além de converter *"entidades públicas em burocracias defensivas, formalistas e obcecadas por regras*", de modo que o viés de preservação do *status quo* é privilegiado, mesmo que signifique uma estratégia disfuncional à luz do objetivo público de determinada atividade setorial. A conclusão, para os estudiosos, é paradoxal: por um lado, o aumento do discurso pró-*accountability* ocorre, ordinariamente, em razão do aumento de insatisfação com a prestação de serviços públicos; por outro, este mesmo aumento compromete a capacidade do agente público de se tornar mais eficiente e buscar aprendizados institucionais, com medo da represália de sua atuação em face de órgãos de controle excessivamente formalistas. *Ibid*. pp. 676-677

52SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. In: *Revista Direito GV*. v. 12, n. 12, 2016. pp. 322-325. Schapiro aponta outras classificações tripartites, mas cujo conteúdo material é semelhante: Mashaw divide os controles em político, gerencial e legal; já Rose-Ackerman divide em controle na elaboração das políticas públicas (*policy-making*), controle de performance, e controle pautado em proteção de direitos (*rights-based*).

53 Ao recorrermos a esta classificação, deixaremos de fora, por escapar dos propósitos deste trabalho, as importantes ferramentas tecnológicas e aplicativos cívicos que vêm sendo desenvolvidos para tornar a governança mais responsiva, permitindo, inclusive, controle e monitoramento social concomitante à implementação da política pública. Para desenvolvimento do tema, cf: NOVEK, Beth Simone. Wiki

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dessas perspectivas leva em consideração o agente controlado, o agente supervisor, a matéria, os critérios e a finalidade do controle.54

O controle democrático diz respeito à possibilidade de os cidadãos ou seus representantes responsabilizarem os executores do programa político pelos seus atos em eventual desvio com a vontade popular. Neste sentido, a *accountability* pode ser vertical – na medida em que os cidadãos podem não reeleger o agente político que não cumpriu os planos aprovados democraticamente, gerando incentivos para que o Chefe do Poder Executivo controle a atuação de seus Ministros e demais burocratas – ou horizontal – mediante as atribuições constitucionais de monitoramento do Congresso Nacional pelas suas comissões temáticas (art. 49, V, IX e X e art. 58, §2°).55

O controle republicano verifica a eficiência da atuação discricionária e eventuais desvios éticos, cindindo-se em controle de qualidade e de probidade. Para Schapiro, o controle de qualidade é eminentemente intrainstitucional – quando, por exemplo, a própria Administração Pública revisa sua atuação com fundamento em um estudo de impacto ou de uma Análise de Impacto Regulatório.56 No entanto, como se verá na seção seguinte, o TCU vem realizando auditorias em órgãos e entidades do Poder Executivo que tomam a forma de controle de qualidade, o que, embora reflita a cultura de agigantamento do controle e dos parâmetros previstos no art. 70 da Constituição da República para exercício da atribuição fiscalizatória, trata-se de ferramenta interinstitucional que tem gerado resultados positivos no aprimoramento da gestão pública.

Por sua vez, a probidade do controle republicano é a que mais gera conflitos e sobreposição entre órgãos independentes. O problema advém dos múltiplos fóruns deliberando sobre a mesma matéria de fundo – *v.g,* o Ministério Público ajuíza uma ação civil pública perante o Poder Judiciário, ao mesmo tempo em que está em curso uma tomada de contas especial pelo Tribunal de Contas, uma apuração interna na Controladoria-Geral da União e uma Comissão Parlamentar de Inquérito no Congresso Nacional. Schapiro pondera que a existência *per se* de processo ou investigação perante estes órgãos gera efeito dissuasor no agente público no tocante à adoção de práticas heterodoxas, haja vista os seus custos reputacionais, atuando como mecanismo de *soft*

Government: How technology can make government better, democracy stronger, and citizens more powerful. Brookings Institution Press, Washington, 2009. pp. 146-170.

54 BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; GOODIN, Robert. E. Public *Accountability*. In: _____. *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford University Press, 2014. pp. 10-13

55 SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. In: *Revista Direito GV*. v. 12, n. 12, 2016. p. 325.

56 *Ibid.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

law.57 Com efeito, esta reflexão tem esteio empírico na atuação conservadora e avessa a riscos do gestor face a mecanismos padrão e formalistas de *accountability*, que priorizam o procedimento em detrimento do impacto e resultado práticos da atuação administrativa.58

Já o controle liberal diz respeito eminentemente a verificação de compatibilidade da atuação administrativa discricionária *vis-à-vis* a proteção de direitos fundamentais. O *lócus* por excelência deste tipo de controle é o Poder Judiciário, tendo por ferramenta tanto ações individuais – como o mandado de segurança e judicialização de questões afetas à Lei de Acesso à Informação -, quanto as ações de controle concentrado de constitucionalidade. Por outro lado, o contencioso administrativo se mostra, igualmente, importante espaço de controle liberal, na medida em que os cidadãos buscam, em primeiro lugar, os órgãos administrativos pertinentes para fazerem valer os seus direitos.

Pois bem, como estabelecer um ciclo virtuoso entre estes tipos de controle em políticas públicas? A resposta passa por concebê-los sob uma ótica dialógica, permeada pela humildade institucional e deferência a aspectos de controle já realizado em outras instâncias. Além disso, no contexto brasileiro, importa também em revitalizar o controle democrático e potencializar o controle republicano intrainstitucional.

Isto porque, como lembra Rose-Ackerman, nos países da América Latina e de estrutura hiperpresidencialista, há maior resistência à institucionalização do controle democrático horizontal, o que refletirá, como demonstra O'Donnell, na qualidade do controle democrático vertical.59ᵉ60 Aqui, o esvaziamento das comissões temáticas setoriais de monitoramento e acompanhamento de políticas públicas no Congresso Nacional é reflexo do modelo de presidencialismo de coalizão.61

Além disso, a Administração Pública federal raramente recorre ao potencial democrático da Lei n° 9.784/99, que estabelece procedimentos de audiência e consulta pública em matéria de interesse geral para fins de avaliação *ex post* do resultado da política

57 *Ibid*. pp. 325-326.

58 BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas. Meaningful *Accountability*. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas. *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford University Press, 2014. pp. 675-676 e 679-680.

59 ROSE-ACKERMAN, Susan. Regulation and public law in comparative perspective. *University of Toronto Law Journal*, n° 60, 519-535. pp. 529-530.

60 O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n° 44, 1998. pp. 28-30 e 40-47.

61 BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito À Justificativa*. 3ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020. pp. 82-85

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pública. Embora seja um mecanismo corretivo62 que centraliza bastante o grau de abertura democrática à conveniência da autoridade administrativa, condicionando-se, ademais, à prerrogativa estatal de desenhar as prioridades de agenda, decerto se mostra melhor do que uma decisão administrativa sem oitiva alguma da sociedade civil ou dos potenciais interessados.

Para os que são avessos ao controle democrático em razão da sua suposta ineficiência, é importante trazer a análise da literatura de fracassos políticos realizada por Bovens e 't Hart.63 Após observarem que os efeitos nocivos de uma política pública malfeita são cada vez mais perniciosos na sociedade do risco, os autores concluem que, a despeito de ser impossível atribuir uma única razão aos fiascos, é certo que eles são tão mais evitáveis quanto maior a abertura do processo político à genuína contestação de ideias. Pela relevância à temática em exame, transcrevemos suas considerações finais:

> "Os maiores fiascos não são causados pela divisão, debates intermináveis, mecanismos de freios e contrapesos superpoderosos ou paralisia institucional, **mas pelo fechamento do processo de elaboração de política pública: concentrar a autoridade em poucas mãos, constranger o escopo e a duração da deliberação; e fechar as portas à diversidade e ao dissenso**. Outro pai fundador do campo das políticas públicas, Charles Lindblom, estava absolutamente certo quando ele observou que **a própria 'confusão' do processo democrático – cidadania ativa, ampla participação, processo decisório disperso, envolvimento de diversos interessados, órgãos distintos de produção probatória, persuasão e negociação, freios e contrapesos no desenho da política e na sua implementação – com toda a subotimização, incrementalismo e prevaricação engendrada, constitui uma salvaguarda muito melhor contra falhas espetaculares do que um processo top-down, monolítico, fechado, 'pautado em evidências' e linear dominado por um pequeno 'time' dentro da arena política**. Nós esquecemos essa lição número um para evitar falhas políticas à nossa própria conta e risco".64 Grifei

62 Quando afirmamos se tratar de mecanismo corretivo significa que a participação da Lei federal n° 9.784/99 não está embutida no próprio desenho (*by default*) da instituição de controle.

63 BOVENS, Mark; 'T HART, Paul. Revisiting the study of policy failures. In: *Journal of European Public Policy*, 23:5, 2016 653-666. pp. 653-661.

64 Tradução livre do trecho: "*The biggest fiascos are not caused by division, ceaseless debate, all too powerful checks and balances and institutional paralysis, but by the closing up of policy-making processes: concentrating authority in too few hands; constraining the scope and duration of deliberation; and shutting*

Disto se extrai a seguinte constatação aparentemente contraintuitiva à cultura do controle tecnocrata: numa perspectiva global, a *accountability* democrática torna a política pública mais eficiente, ou, na pior das hipóteses, gera um resultado menos ineficiente.

Portanto, assim como o controle *ex ante*, a *accountability* democrática deve ser aprimorada, eis que, na sua ausência, as outras duas frentes de controle – republicana e liberal – ocupam seu espaço de forma corrosiva e patológica, gerando os problemas já suscitados de ineficiência e atuação conservadora da Administração Pública.

Não se trata de se glorificar irrestritamente o controle democrático, mas sim de calibrá-lo de modo a reduzir seus eventuais malefícios e intensificar suas virtudes. Assim, a tarefa é produzir um desenho deliberativo que não gere paralisia decisória – burocratização das instâncias democráticas -, nem que coloque o agente político em posição excessivamente centralizadora.

Uma boa forma de combinar o controle democrático e republicano de forma cooperativa em políticas públicas vem pelo maior manejo da Análise de Impacto Regulatório – prevista na Lei federal n° 13.874/19 - como uma ferramenta inclusiva, absorvendo a participação de setores distintos da sociedade civil na avaliação *ex post* da medida. Com isso, a Administração Pública permite aos cidadãos interessados que participem do exame de eficiência e qualidade da política pública, fornecendo insumos técnicos para sua revisão, além de dotá-los de legitimidade democrática.

Caso estes mecanismos sejam implementados, permite-se pensar num controle republicano inter-institucional, realizado pelo TCU, MP, Poder Judiciário e pelas CPIs, mais deferentes à discricionariedade técnica consubstanciada na escolha pública, já que permeado de maior pedigree democrático. Não se exclui, com isso, a possibilidade de coibir abusos e casos de corrupção, dada a patente improbidade administrativa, mas sim evitar que o controlador se substitua ao gestor, realizando seus próprios juízos de eficiência.65

---

down diversity and dissent (cf. Schuck 2014). Another founding father of the field, Charles Lindblom, was absolutely right when he observed that the very 'messiness' of democratic policymaking – active citizens, wide participation, dispersed decision making, multistakeholder involvement, contending bodies of evidence and argument, persuasion and negotiation, institutional checks and balances during policy design as well as implementation – with all the suboptimization, incrementalism and prevarication it entails, is still a much better safeguard against spectacular failures than a top–down, monolithic, tightly held, 'evidence based', linear and lean process dominated by a single small 'team' within the policy arena (Lindblom 1965). We forget this number one lesson for preventing policy failure at our own peril". *Ibid.* p. 663.

65 Como afirmado anteriormente, os artigos 20, 22 e 28 da LINDB já procuram cumprir este papel sob o viés técnico-burocrático, mas a procedimentalização democrática aqui proposta oferece, além da legitimidade que lhe é inerente, uma razão adicional para que os órgãos de controle atuem com deferência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Noutro giro, o aprimoramento do controle republicano intrainstitucional e o estabelecimento de um controle 'fraco' interinstitucional buscam cumprir a função de aprendizado trazida pela *accountability*, muito renegada na realidade brasileira. É preciso aliviar um pouco o peso dissuasor da *accountability* e prestigiar sua reflexividade, abrindo espaço ao experimentalismo institucional.66

Enfim, é possível concluir que o controle *ex post* deverá sempre ser permeado pela lógica da '*accountability* com propósito', privilegiando o diálogo e aprendizado interinstitucional e a porosidade democrática dos procedimentos de controle, tudo com o escopo de gerar a difusão informacional e a experimentação aptas à construção de uma política de fomento que congrega, a um só tempo, legitimidade e eficiência.

3. *Accountability* com propósito – o ciclo virtuoso verificado no caso BNDES

Na temática de políticas públicas, é possível verificar experiências recentes no contexto brasileiro que se encaixam numa lógica de '*accountability* com propósito' e que buscam o aprendizado no longo prazo para sua maior efetividade. Trata-se do caso do fomento público adotado pelo BNDES e o concerto institucional verificado junto ao TCU. Com efeito, a evolução das políticas do BNDES nos últimos 10 (dez) anos é um caso-modelo a ser estudado no que diz respeito a uma atuação dialógica com os órgãos de controle e a sociedade civil, de modo que iremos reproduzi-lo a seguir, após breve contextualização da atuação do BNDES neste período.

O Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES -, Banco de Desenvolvimento – BD – brasileiro, possui mandato legal amplo e elástico de atuação,67 consistindo no principal instrumento de execução de política de investimentos do Governo Federal visando ao apoio de programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com

66 SCHILLEMANS, Thomas; TWIST, Mark van; VANHOMMERIG, Iris. Innovations in accountability: learning through interactive, dynamic, and citizen-initiated forms of accountability. *Public performance & Management Review*, 2013 407-435. pp. 409-411.

67 Schapiro pontua dois tipos de *déficit* de *accountability* causados pela ausência de objetivos legais específicos a serem atingidos com o correspondente procedimento de aferição do controle do exercício da discricionariedade nas atividades do BNDES: o problema liberal, de faceta estritamente negativa, em que a inexistência de critérios de controle pode acarretar na arbitrariedade e no favorecimento personalista indevido de empresas bem situadas politicamente; e o problema desenvolvimentista, de feição positiva, na medida em que a ausência de metas específicas pode fazer com que sejam adotadas posturas conservadoras de atuação pelo BNDES, privilegiando setores e empresas grandes, nas quais o país já possui vantagens comparativas, com menor risco de retorno econômico do investimento em longo prazo, ao invés de buscar incentivar setores ainda incipientes, mas promissores, novos entrantes no mercado e cujo retorno social e econômico só deve ser obtido no longo prazo. SCHAPIRO, Mario G. '*Making the developmental state work: How does a mandate matter for the Brazilian Development Bank?*'. 2012. pp. 14-15. Disponível em: https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1986850

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

o desenvolvimento econômico e social do país, nos termos do art. 23 da Lei federal n° 4.595/64 e dos arts. 3° e 4° do seu Estatuto Social.

A partir de 2008, uma confluência de fatores acarretou aumento significativo dos aportes do Tesouro ao BNDES, mediante emissão pela União de títulos da Dívida Pública: a uma, o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, criado pelo Decreto federal n° 6.025, de 22 de janeiro de 2007,68 concentrou os investimentos públicos na área de infraestrutura, naturalmente intensiva em capital, de modo que em 2008 foi necessário um reforço nos recursos públicos a serem utilizados; a duas, a crise de 2008, que marcou o início da atuação anticíclica do BNDES, mediante seu Programa de Sustentação de Investimentos – PSI,69 cuja meta era o impulsionamento da indústria de bens de capital, priorizando a aquisição de máquinas e bens produzidos no país; e a três, a política industrial do período, muito refletida nas exposições de motivo das Medidas Provisórias70 que

68 O objeto do PAC é bem delimitado no artigo 1° do Decreto federal n° 6.025/07:

'*Art. 1° - Fica instituído o Programa de Aceleração do Crescimento – PAC, constituído de medidas de estímulo ao investimento privado,* ***ampliação dos investimentos públicos em infraestrutura e voltadas à melhoria da qualidade do gasto público e ao controle da expansão dos gastos correntes*** *no âmbito da Administração Pública Federal*.

69 Na verdade, o Programa de Sustentação de Investimentos foi instituído pela União - por meio da Medida Provisória n° 465, posteriormente convertida na Lei n° 12.096/09 - e executado pelo BNDES. Tal programa operava mediante subsídios implícitos e explícitos, o que tornava as condições do empréstimo bastante favoráveis aos beneficiários, mas também acarretava elevado custo fiscal. Para maior detalhamento do impacto do PSI nos investimentos e desenvolvimento do setor industrial brasileiro, cf: BARBOZA, Ricardo de Menezes *et. al*. A indústria, o PSI, o BNDES e algumas propostas. Rio de Janeiro: BNDES, 2017. *Texto para discussão n. 114*. BNDES, Rio de Janeiro, 2017. pp. 12-26; e MACHADO, Luciano; ROITMAN, Fábio Brener. Os efeitos do BNDES PSI sobre o investimento corrente e o futuro das firmas industriais. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 44, 2015. pp. 94-99 e 118-120.

70 Ainda que seja possível respaldar a '*relevância e urgência*' das Medidas Provisórias do período em face da crise de 2008, mostra-se oportuna a reflexão a respeito de eventual extensão teleológica da vedação do art. 62, §1°, 'd' da Constituição da República, que proíbe a edição de MPs a respeito de '*planos plurianuais, diretrizes orçamentárias, orçamentos e créditos adicionais e suplementares*', para englobar, também, autorizações de emissão de Títulos de Dívida Pública pela União Federal para fins de conceder subvenção econômica do BNDES, tornando-se credora do Banco. A legitimidade democrática da medida *vis-à-vis* seu custo fiscal recomenda que a discussão prévia sobre sua implementação seja travada, também, no Poder Legislativo, ainda que admitida alguma vinculação remota com a implementação das metas dos Planos Plurianuais – e, portanto, inseridas numa lógica de delegação legislativa. Vale lembrar, sob a perspectiva dos incentivos, que a edição de MP com força de Lei implica imediata modificação do *status quo*, isto é, a deliberação do Parlamento jamais retornará a questão ao *status quo ante*, o que importa relevante indução do debate acerca do referendo da MP, mormente em matéria de despesas públicas. A respeito da dinâmica de incentivos subjacente ao processo legislativo das Medidas Provisórias, cf: FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova*. 1998, n° 44, 81-106. pp. 89-90

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aportaram recursos no BNDES no período 2008-2014, lastreando-se nas "*demandas por financiamento inerentes ao forte ciclo de crescimento pelo qual passa o País*".71

Em termos quantitativos, o ano de 2007 contou com aporte da União de apenas R$ 1,9 bilhões, já em 2008 este valor aumentou para R$ 22,5 bilhões, tendo praticamente quintuplicado em 2009 para R$ 105 bilhões e em 2010 o patamar se manteve com injeção de R$ 107,054 bilhões no BNDES. No ano de 2011, o valor do aporte caiu pela metade, mas se manteve elevado em R$ 50,20 bilhões, elevando-se em 2012 para R$ 55 bilhões. Os últimos anos em que se registraram aporte da União no BNDES foram 2013 e 2014, respectivamente, de R$ 41 bilhões e R$ 60 bilhões, totalizando, no período 2006-2014, o montante de R$ 440,80 bilhões.72

Cumpre, ainda, destacar a existência de duas ordens de subsídios sobre este montante. Havia os subsídios implícitos, decorrentes da diferença entre o custo de captação dos valores emitidos pelo Tesouro, definido com base na taxa SELIC, e o custo contratual dos empréstimos concedidos pela União ao BNDES, remunerados pela Taxa de Juros de Longo Prazo – TJLP, tradicionalmente inferior à SELIC.

A TJLP, criada pela Lei federal n° 9.365/96, foi recentemente substituída pela Lei federal n° 13.483/17, que instituiu a Taxa de Longo Prazo – TLP como a remuneração dos recursos do Fundo de Participação do PIS-Pasep, do FAT, do FMM e dos financiamentos concedidos pelo Tesouro ao BNDES, isto é, todas as fontes de recurso governamentais do BNDES.

No entanto, a TJLP continua a remunerar as operações de financiamento contratadas entre o BNDES e seus tomadores, até 31 de dezembro de 2017, nos termos do art. 11, §1°, I da Lei federal n° 13.483/17. Assim, a maior parte dos recursos transferidos pelo Tesouro ao BNDES no período 2006-2014 permanecem remunerados pela TJLP, visto que não há novas operações feitas no âmbito do PSI desde 2015.73

---

71 Trecho da exposição de motivos MP 439, que seria convertida na Lei n° 11.805/08. Embora fosse possível transcrever diversas passagens de Medidas Provisórias mais recentes e editadas sob o paradigma do Programa de Sustentação de Investimentos, optamos por reproduzir trecho de MP que lhe é anterior com o intuito de demonstrar que o aporte de recursos no BNDES se deu muito mais em razão de uma tendência, no período, à adoção de política industrial com forte investimento público estatal do que por conta deste ou daquele programa de governo. De toda sorte, vale o registro de que foram editadas 14 Medidas Provisórias entre 2008 e 2014 com o intuito de aportar recursos da União no BNDES.

72 BRASIL. *Livro verde: nossa história tal como ela é*. Rio de Janeiro: BNDES, 2017. pp. 86-90

73 BRASIL. *Boletim de subsídios do Tesouro Nacional no âmbito do PSI e dos empréstimos ao BNDES*. 4° Bimestre, 2019. p. 4 Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:30781

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O problema sob a ótica do controle público reside na opacidade desta espécie de subvenção. De fato, os gastos dos subsídios implícitos não são discutidos previamente pela sociedade e inscritos no Orçamento Geral da União, inobstante impactarem a dívida pública e onerarem indiretamente todos os não beneficiários desta taxa subsidiada.74

Já os subsídios explícitos decorrem do "*impacto fiscal das operações no âmbito do PSI, que envolvem o pagamento, pelo Tesouro Nacional, de equalização de taxa de juros nos empréstimos concedidos ao setor produtivo pelo BNDES e pela FINEP*"75. Uma importante diferença é que, sob a antiga sistemática da TJLP, o subsídio implícito era automático, visto que acoplado à distinção intrínseca da taxa de juros aplicada pelo BNDES e aquela captada pelo Tesouro, já a subvenção explícita advém de uma decisão efetiva de oferecer crédito em condições favoráveis, as quais constam do Orçamento Geral da União de modo transparente, na forma de despesa primária.76

Em outras palavras, há efetivo empoderamento da autonomia pública na supressão de subsídios implícitos, já que o crédito oferecido pelo BNDES com recursos captados pelo Tesouro não mais carrega necessariamente condições favoráveis embutidas. Estas benesses devem ser alocadas no orçamento, mediante amplo debate público e atendimento às restrições financeiras atualmente vigentes no ordenamento jurídico pátrio. Com isso, as políticas econômicas operadas por subsídios podem ser direcionadas para as áreas em que, de fato, há potencial impacto em interesse social relevante e não são atendidas por crédito privado.77

Nesta ordem de ideias, cumpre frisar que os subsídios implícitos não apenas eram automáticos – e oneravam toda sociedade com beneficiários que não necessariamente precisavam de condições favoráveis na obtenção de crédito -, como também geravam um passivo superior ao dobro dos subsídios explícitos. A título meramente ilustrativo, no ano

74 WORLD BANK. *Para entender os efeitos da reforma da TLP sobre o mercado de crédito do Brasil. World Bank, 2017*. pp. 1-2. Disponível em: World Bank Document

75 BRASIL. *Boletim de subsídios do Tesouro Nacional no âmbito do PSI e dos empréstimos ao BNDES*. 4° Bimestre, 2019. p. 3. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:30781

76 WORLD BANK. *Para entender os efeitos da reforma da TLP sobre o mercado de crédito do Brasil. World Bank, 2017*. pp. 6-10. Disponível em: World Bank Document.

77 Em contraponto a tal perspectiva, mas sem olvidar os benefícios à transparência fiscal trazidos pela implementação da TLP, Miterhof e Pereira entendem que a TJLP se justifica no contexto brasileiro diante da falha macroeconômica nacional de constantes juros elevados, de modo que aquela taxa cumpria importante papel anticíclico, bem como garantia investimentos robustos em áreas de maior risco e menos sujeita à atração do capital privado. MITERHOF, Marcelo Trindade; PEREIRA, Thiago Rabelo. O papel do BNDES e o financiamento do desenvolvimento: considerações sobre a antecipação dos empréstimos do Tesouro Nacional e a criação da TLP. *Revista Economia e Sociedade*, Campinas, v. 27, n. 3 (64), 2018, 878-896. pp. 878-896

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de 2014 os subsídios explícitos foram da ordem de R$ 7,9 bilhões, ao passo que os subsídios implícitos chegaram a R$ 21,3 bilhões.78

Diante do evidente custo fiscal acarretado por esta política econômica – e da centralidade do BNDES na sua condução -, nada mais natural do que a mídia,79 a academia80 e os órgãos de controle81 voltassem seus olhos à atuação do Banco. Trata-se de consectário lógico da necessidade, em última instância, de se construir a legitimidade social do papel exercido pelo BNDES.

Assim, os órgãos de controle estatais e a imprensa, lastreados na Lei de Acesso à Informação – Lei federal n° 12.527/11 -, passaram a demandar a publicização de mais dados sobre financiamentos do que o BNDES estava disposto a oferecer voluntariamente.

---

78 BRASIL. *Boletim de subsídios do Tesouro Nacional no âmbito do PSI e dos empréstimos ao BNDES*. 4° Bimestre, 2019. p. 4. Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:30781

79 Para críticas no tocante à falta de transparência das operações do BNDES, cf: http://www.canalibase.org.br/transparencia-em-falta-no-bndes/; http://www.canalibase.org.br/bndes-para-exportacao/; https://piaui.folha.uol.com.br/uma-bomba-a-estourar/; https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-ralo/. quanto à escolha, à eficiência e ao retorno social da política de 'campeões nacionais', vejam-se: http://www.ihu.unisinos.br/noticias/520598-um-balanco-do-desempenho-das-qcampeas-nacionaisq-incentivadas-pelo-bndes-nos-ultimos-anos; https://exame.com/revista-exame/um-modelo-que-fracassou/; https://www.estadao.com.br/noticias/geral,bndes-gasta-r-8-bi-em-um-ano-para-criar-campeoes-nacionais,441624; https://valor.globo.com/opiniao/coluna/campeoes-nacionais.ghtml?ixzz2Je34CjCK; https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-desenvolvimentista/; https://piaui.folha.uol.com.br/e-tudo-deles/; https://piaui.folha.uol.com.br/materia/o-estouro-da-boiada/

80 Para uma visão crítica a respeito do impacto do fomento do BNDES tal como realizado no período pós-crise de 2008, cf: LAZZARINI, Sérgio G. *et. al*. What Do State-Owned Development Banks Do? Evidence from BNDES, 2002–09, *World Development* 66:2015. ALMEIDA, Mansueto; LIMA-DE-OLIVERA, Renato; SCHNEIDER, Ben Ross. Política industrial e empresas estatais no Brasil: BNDES e PETROBRAS. In: GOMIDE, Alexandre de Ávila; PIRES, Roberto Rocha C. *Capacidades Estatais e Democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: Ipea, 2014. Uma interessante reflexão sobre a literatura a respeito da atuação do BNDES demonstra que, no período direcionado à promoção de internacionalização de grandes *players* nacionais – política de campeões nacionais promovida entre 2009 e 2014 -, os artigos acadêmicos que defenderam tal postura foram majoritariamente publicados na '*Revista do BNDES*' e por autores que pertencem aos quadros do Banco, ao passo que a literatura mais crítica de tal postura se deu por acadêmicos sem vínculo profissional com a instituição. Quanto ao ponto, cf: HANLEY, Anne G. *et al.* Critiquing the Bank: 60 years of BNDES in the academy. *J. Lat. Amer*. Stud. 48, Cambridge University Press, 2016, 823-850. pp. 846-849

81 Com a entrada em vigor da Lei de Acesso à Informação – Lei federal n° 12.527/11 -, o Ministério Público Federal, o Tribunal de Contas da União e órgãos de imprensa passaram a demandar do BNDES a divulgação ostensiva dos empréstimos concedidos pelo Banco. Por sua vez, o BNDES recusava-se a divulgar espontaneamente, lastreando-se no sigilo bancário, previsto na Lei Complementar Federal n° 105/01. O resultado foi a judicialização da matéria, como veremos a seguir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diante da negativa do Banco, a matéria foi judicializada em algumas oportunidades, que passaremos a abordar a seguir.

O primeiro caso relevante consistiu no Mandado de Segurança n° 0020225-86.2011.4.02.5101,82 impetrado pela Empresa Folha da Manhã S/A, que visava à obtenção dos relatórios de análise do BNDES, os quais esteiam substantivamente as decisões de concessão de empréstimo e financiamento, cujo acesso sempre foi recusado pelo banco, com base na Lei Complementar federal n° 105/01. Em primeiro grau, houve concessão parcial da segurança, de modo a garantir ao impetrante acesso a financiamentos concedidos unicamente a pessoas jurídicas de direito público, entendendo que, quando o beneficiário do financiamento for pessoa jurídica de direito privado, preponderará o direito à privacidade e ao sigilo bancário sobre o princípio da publicidade.

Ao recorrer, contudo, a impetrante teve a procedência de seu pedido inaugural assegurada, sendo-lhe garantido o acesso aos relatórios contendo a justificativa para operações com emprego de verbas públicas, nos termos do art. 37, *caput* da Constituição da República e da Lei de Acesso à Informação. A *ratio* do voto vencedor do Desembargador Federal Guilherme Couto de Castro para derrogar o sigilo bancário na espécie se alicerçou na "*própria essência da ideia republicana e a lógica da liberdade de imprensa*", evitando-se, ademais, "*que se diga que favores foram concedidos a amigos do rei*".83

Cumpre destacar que referida decisão foi impugnada no Supremo Tribunal Federal, no âmbito da Reclamação n° 17.091, por suposta violação à Súmula Vinculante n° 10. Em sede cautelar, o ministro Ricardo Lewandowski garantiu o acesso da reclamada aos relatórios de análise, louvando-se no precedente da ADPF n° 130 e entendendo que a decisão do TRF-2 se alicerçou em legislação infraconstitucional – Lei de Acesso à Informação. Lado outro, o argumento do BNDES foi parcialmente acolhido, possibilitando a preservação pelo Banco de todos os dados bancários e fiscais sigilosos dos relatórios, nos termos da LC n° 105/01.84

Por sua vez, o Ministério Público Federal ajuizou a ação civil pública n° 0060410-24.2012.4.01.3400, em face do BNDES, postulando condenação na obrigação de fazer, "*consistente em tornar públicas, nos termos da Lei n° 12.527/2012, todas as atividades de financiamento e apoio a programas, projetos, obras e serviços de entes públicos ou privados, que envolvam recursos públicos*". Em 18 de agosto de 2014, a Juíza Federal Titular

82 Para um exame pormenorizado do caso, cf: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pp. 163-165.

83 TRF-2, Apelação em Mandado de Segurança n° 0020225-86.2011.4.02.5101, rel. p/acórdão Des. Fed. Guilherme Couto, j. 21.10.2013.

84 STF, Medida Cautelar na Reclamação n° 17.091, Rel. Ricardo Lewandowski, j. 20.02.2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

da 20ª Vara Federal do Distrito Federal julgou procedente o pedido, destacando, para além da submissão do BNDES à Lei de Acesso à Informação, a inoponibilidade do sigilo bancário ao Ministério Público. Em razão da extensão do pleito – e sua correspondente concessão - , transcrevemos o dispositivo da decisão:

> "2) JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para condenar o réu na obrigação de fazer, **consistente em tornar públicas, nos termos da Lei nº 12527/2012, todas as atividades de financiamento e apoio a programas, projetos, obras e serviços de entes públicos ou privados, que envolvam recursos públicos, realizadas por si ou por intermédio de outras pessoas jurídicas por ele instituídas, a exemplo da BNDESPAR, relativas aos últimos 10 anos, além das que vierem a ser realizadas doravante, discriminando-lhes os destinatários, a modalidade de apoio financeiro concedido e sua justificativa (empréstimo direto, empréstimo intermediado por terceiro, subscrição de valores mobiliários, entre outras), os montantes financeiros empregados, os prazos do investimento, o grau de risco do investimento, as taxas de juros empregadas, os valores de aquisição de ações, a forma de captação do recurso utilizado, as garantias exigidas, os critérios ou justificativas de indeferimento de eventuais pedidos de apoio financeiro, a compatibilidade do apoio concedido com as linhas de investimento do Banco), disponibilizando-as integralmente em seu sítio eletrônico**, bem como para declarar a ilegalidade dada à interpretação ao disposto no art. 5º, § 1º, do Decreto nº 7.724/2012, que retirar o BNDES e sua subsidiária integrar BNDESPAR do âmbito de incidência da lei nº 12.527/2011, e condenar o réu na obrigação de repassar ao Ministério Público Federal as informações que lhe forem requisitadas, em procedimentos de suas competências, sobre operações de apoio e/ou financiamento (sob quaisquer modalidades), realizadas por si ou por sua subsidiária – a DBNDESPAR – a quaisquer entidades públicas ou privadas, sem que seja oposto a tais órgãos de controle o óbice do sigilo bancário, independentemente de ordem judicial".85 Grifei

O BNDES recorreu da decisão supratranscrita, não tendo, contudo, havido julgamento da apelação pelo TRF-1 até junho de 2021.

85 TRF-1, ação civil pública n° 0060410-24.2012.4.01.3400, 20ª Vara Federal do Distrito Federal, j. 18.08.2014.

Nada obstante, a decisão com maior repercussão jurídica e midiática para fins da submissão do BNDES ao princípio da publicidade e da transparência ocorreu no Mandado de Segurança n° 33.340,86 impetrado pelo BNDES junto ao STF com o intuito de obstar a produção de efeitos de determinação do TCU de envio de informações relativas a operações realizadas entre o Banco e a JBS/Friboi.87 A Corte de Contas buscava perscrutar os critérios de seleção da empresa, bem como as externalidades positivas esperadas com o empréstimo,88 considerando, sobretudo, a concessão de empréstimos subsidiados pelo BNDES à JBS entre 2008 e 2010 ter atingido a incrível cifra de US$ 4,4 bilhões de dólares.89

Naquele caso, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal afirmou que quem contrata com o Poder Público deve sopesar os benefícios daí advindos com os ônus específicos que esta operação acarreta, tal como a submissão ao princípio da publicidade. Neste sentido, o controle de legitimidade das verbas públicas afastaria, de acordo com a Corte Suprema, a visão cotidiana de que, em operações econômicas tais, o segredo constituiria a '*alma do negócio*', visto que "*a contratação pública não pode ser feita em esconderijos envernizados por um arcabouço jurídico capaz de impedir o controle social quanto ao emprego de verbas públicas*".

Assim, o argumento do BNDES de que suas operações não se diferenciam daquelas realizadas pelas demais instituições financeiras privadas não foi acolhido pelo STF, que concluiu, acertadamente, que o BNDES é um banco de fomento econômico e social, cujos recursos devem ser aplicados na forma do mandato legal que lhe foi outorgado.

---

86 Mandado de Segurança n° 33.340, STF, 1ª Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. 26.05.2015.

87 Em verdade, o caso envolvia dois aspectos que parecem ter sido tratados de forma conjunta pelo STF. Como bem destacado por Aragão, o envio de informações relativas às operações de empréstimos do BNDES – confidenciais ou não – são imprescindíveis para o adequado exercício das competências da Corte de Contas. Caso houvesse o recebimento de informações sigilosas, o TCU ficaria responsável pela manutenção de sua confidencialidade, numa espécie de translado do dever de sigilo. Por outro lado, há uma discussão que precede aquela: saber se as operações de empréstimos do BNDES estão cobertas – e em qual extensão – ao sigilo bancário. Embora haja correlação entre os temas, o objeto do *mandamus* envolvia mais propriamente a oponibilidade do sigilo ao TCU. Quanto a distinção das duas questões, cf: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 165.

88 Para uma síntese do julgado, ver: ARAUJO, Valter Shuenquener de. MS nº 33.340: Sigilo bancário e empresarial e sua oponibilidade ao Tribunal de Contas: a alma do negócio e a prerrogativa de controle. In: FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional II:* cidadania e direitos fundamentais. Coordenação Valter Shuenquener de Araujo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. pp. 293-297.

89 ALMEIDA, Mansueto; LIMA-DE-OLIVERA, Renato; SCHNEIDER, Ben Ross. Left Government, business politics and the revival of industrial policy. In: AMES, Barry (Ed.). *Routledge Handbook of Brazilian Politics*. New York: Routledge, 2019. P. 461.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É de se destacar, entretanto, que, embora a Corte Suprema tenha frisado a necessidade de o sigilo das informações ser relativizado diante do interesse da sociedade de conhecer o destino e a legitimidade do emprego dos recursos públicos, não houve, por escapar dos limites da ação mandamental, fixação da necessidade de o BNDES divulgar ostensivamente, isto é, sob a premissa da transparência ativa, os documentos relativos às operações do banco. Da leitura da decisão, extrai-se que tal controle de legitimidade não seria exercido diretamente pela sociedade, mas sim pelo TCU, instituição autônoma que, sob o pálio da Constituição de 1988, deixou de ser "*órgão do parlamento para tornar-se da sociedade*".

Em suma, verifica-se que duas das três decisões acima narradas possuíam nuances próprias na aplicação do princípio da publicidade: na ação movida pela Empresa Folha da Manhã S/A havia o argumento de reforço da liberdade de imprensa, amparada pelo paradigma da ADPF n° 130; já no mandado de segurança movido pelo BNDES, havia o contexto subjacente da própria viabilidade do exercício das atribuições do TCU, órgão cujas competências são de extração constitucional, caso a garantia do sigilo das operações lhe fosse oposta e chancelada pelo STF.

Nesta ordem de ideias, somente a ação civil pública ajuizada pelo MPF possui amplo escopo de garantir a transparência ativa das operações do banco, pleito este que, repisamos, foi atendido em primeira instância e aguarda exame em sede recursal.

A seu turno, o BNDES parece ter se sensibilizado com a pressão social e institucional por mais transparência, dedicando uma área exclusiva do seu sítio eletrônico para a transparência ativa referente aos gastos com os recursos financeiros captados pelo Tesouro, contendo o valor das captações, as devoluções ao Tesouro90 – inclusive as liquidações antecipadas -, os relatórios trimestrais apresentados ao Congresso Nacional91 e a relação de empresas beneficiadas.

Sob a ótica de controle republicano de probidade e transparência das ações governamentais que envolvem dinheiro público, verificou-se, portanto, um ciclo virtuoso entre órgãos de controle – MPF, TCU e órgãos de mídia – que resultaram no abandono pelo BNDES de uma visão arraigada e defensiva da publicidade de suas operações.

Como visto na seção anterior, o controle republicano engloba, também, um viés qualitativo a respeito do emprego do dinheiro público. Neste sentido, merece destaque a

90 Confira-se o endereço eletrônico do BNDES quanto ao ponto: Recursos financeiros captados junto ao Tesouro Nacional (bndes.gov.br)

91 O Relatório Trimestral ao Congresso Nacional decorre de obrigação legal dos diplomas legais que previram o aporte de recursos do Tesouro Nacional no BNDES, como se verifica do art. 1°, §6° da Lei federal n° 11.948/09 e do art. 2°, §3° da Lei federal n° 12.453/11.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

atuação do TCU. Isto porque, em 2012, o TCU realizou, no bojo do processo n° 018.693/2012-1 uma auditoria operacional no âmbito do BNDES com o intuito de avaliar os critérios empregados na análise de impacto e efetividade de suas políticas de fomento, além de verificar se há o devido acompanhamento do resultado esperado.92

Com efeito, a auditoria buscou um controle de qualidade estrutural, ao invés do exame pontual da probidade de determinado contrato de financiamento. Não se infirma, com isso, a utilidade de auditorias propostas para avaliar um contrato específico, desde que sob o ângulo da probidade. Por outro lado, o controle de qualidade deve sempre situar o instrumento específico na ambiência ampla da consecução das metas e objetivos da política de fomento.

A auditoria verificou, entretanto, um problema sistêmico prévio no *modus operandi* da política de fomento do BNDES: não havia indicadores de impacto e efetividade estabelecidos pelo banco para exame de qualidade das suas atividades.

Para melhor compreensão da gravidade desta constatação, é oportuno definir, ainda que de forma sucinta, os principais conceitos no monitoramento de políticas públicas, notadamente os diferentes tipos de indicadores de mensuração. De acordo com o Manual de Indicadores para gestão de políticas públicas das Nações Unidas, um indicador é um instrumento que, ao isolar determinado aspecto de dada questão, simplifica um panorama complexo, dotando-o de potencial explicativo quanto à sua tendência e evolução.93 Por esta razão, indicadores são vitais para análise intertemporal, bem como para comparação de boas práticas em diferentes níveis territoriais da política pública – *v.g*, dentro de um país, indicadores podem mostrar maior grau de atingimento dos fins colimados em determinado Estado em detrimento de outro, apontando, com isso, onde e como evoluir.94

Ao isolar determinada variável, os indicadores se subdividem em intermediários e finalísticos. Os indicadores intermediários são aqueles que medem um fator que contribui para a realização de um resultado. São eles o indicador de insumos (*input*) – que mensura a quantidade de recursos financeiros, materiais ou humanos envolvidos em determinada política pública – e o indicador de produtos (*output*) – que mede a quantidade de bens e serviços produzidos pelo *input*.95

---

92 Para uma exposição do Acórdão n° 1.839/2013 proferido neste processo, cf. MOCCIA, Maria Herminia Pacheco e Silva. *Parâmetros para a utilização do fomento econômico: empréstimos do BNDES em condições favoráveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. p. 291-296.

93 UNDG. *Indicators for policy management*. United Nations. New York, 2005. p. 35

94 JANNUZZI, Paulo de Martino. *Indicadores sociais no Brasil: conceitos, fontes de dados e aplicações*. 3ª edição. Campinas: Alínea, 2008. pp. 15-16

95 UNDG. *Indicators for policy management*. United Nations. New York, 2005. pp. 36-39

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por sua vez, os indicadores finalísticos medem o efeito da política pública no curto e médio prazo (*outcome*) e no longo prazo (*impact*) para fins da consecução do objetivo-alvo da sua instituição. Embora digam respeito à meta efetiva da política pública, os indicadores finalísticos são mais difíceis de serem isolados numa relação linear de causa e efeito *vis-à-vis* os indicadores intermediários, tendo em vista a evidente complexidade e o caráter multifatorial do fenômeno empírico subjacente. Tal constatação reforça a necessidade de um desenho adequado de indicadores prévios à intervenção da política pública, de modo a propiciar a real aferição da sua evolução.96

No exame de desempenho da política pública, o sistema de monitoramento e avaliação leva em consideração critérios de economicidade – minimização dos custos de insumo por produto, mantido o padrão de qualidade -; de eficiência - minimização de insumos para criação de uma mesma quantidade de produtos, mantido o padrão de qualidade -; de eficácia – grau de cumprimento da meta de curto e médio prazo em dado período de tempo –; e de efetividade – grau de cumprimento da meta de longo prazo em dado período de tempo. Com isso, busca-se estabelecer um ciclo de aprendizado contínuo e recíproco (*feedback loop*), no qual se pode aprimorar tanto o modo de execução da política pública, quanto os próprios indicadores adotados para seu monitoramento e avaliação.97

Não obstante o atributo técnico da confecção dos indicadores e do sistema de monitoramento e avaliação, trata-se de ferramentas com indiscutível caráter republicano. De acordo com Jannuzzi, indicadores são "*instrumentos para efetivo empoderamento da sociedade civil, de controle e direcionamento das atividades do poder público*".98

Isto porque o Poder Público, ao divulgar o resultado da política pública com seus respectivos indicadores, permite a aferição pelo cidadão de sua legitimidade, mediante controle social do gasto público. A institucionalização destes *proxies* de monitoramento, bem como sua ostensiva transparência, permite um debate ampliado no tecido social a respeito dos rumos a serem tomados naquela política pública à luz dos resultados alcançados, realimentando o ciclo com renovado *pedigree* democrático.

Sob o ângulo do controle republicano, não poderia ser diferente, visto que a previsão de critérios prévios e institucionalizados traz uma racionalidade impessoal para a

96 *Ibid.*

97 JANNUZZI, Paulo de Martino. *Indicadores sociais no Brasil: conceitos, fontes de dados e aplicações*. 3ª edição. Campinas: Alínea, 2008. pp. 24-25 e 30-31

98 JANNUZZI, Paulo de Martino. *Indicadores sociais no Brasil: conceitos, fontes de dados e aplicações*. 3ª edição. Campinas: Alínea, 2008. p. 35

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

política pública, reduzindo, ainda que em tese, a possibilidade de que esta seja orientada por interesses e caprichos pessoais de governantes ou grupos de bem posicionados.

Decerto, esta procedimentalização não serviria de panaceia para políticas públicas de baixa qualidade ou capturadas por interesses privados. Como visto, políticas fracassadas sempre existirão, visto que, num cenário de hipercomplexidade, a Administração Pública sempre se sujeitará à tentativa e erro ao tentar inovar na sua empreitada de transformação social com intuito de promover o estado de coisas previsto nos princípios constitucionais.

O importante, portanto, é saber os limites do papel dos indicadores e de um sistema de monitoramento e avaliação bem sedimentados. Trata-se de fixar uma régua clara e transparente para verificar a qualidade da política pública e, no tocante à probidade, de dotar a sociedade e os órgãos de controle de um referencial para avaliar eventuais desvios na sua execução. Em outras palavras, a estruturação de uma política pública com indicadores sólidos e um bom sistema de monitoramento faz com que seu próprio *design* seja funcional e que problemas éticos na sua implementação sejam exceção.

No mais, cabe destacar o alerta de Sen, no sentido de que os indicadores são um instrumento e como tal deve ser utilizado para avaliar medidas de "*impacto da democracia e das liberdades políticas sobre a vida e capacidades dos cidadãos*", não podendo se limitar a mensurações de crescimento econômico.99

Feitos estes esclarecimentos preliminares quanto a alguns elementos indispensáveis para controle de políticas públicas, cumpre-nos retornar à auditoria do TCU junto ao BNDES. Como afirmado, a auditoria buscou examinar o sistema de monitoramento e avaliação do Banco no tocante à eficácia e à efetividade das suas atividades – logo, o foco não era a economicidade, nem a eficiência. É dizer: o propósito do TCU foi de avaliar se o BNDES possuía um sistema sólido de análise de atingimento das metas dos seus programas, sejam elas de curto, médio ou longo prazo.

Naquela oportunidade, a auditoria verificou que a maior parte das ações do BNDES é mensurada em termos de *output*, isto é, na quantidade de produtos disponibilizados por determinado programa – *v.g,* quantitativo total de desembolso, considerados todos os programas, linhas e fundos, para o fomento a micro, pequena e média empresas. Assim, mesmo que a magnitude das operações do BNDES e a diversidade de seus programas sejam fatores que contribuam para complexidade da mensuração de seu impacto, haja vista sua inevitável interrelação e imbricamento, fato é que o BNDES sequer possuía, à época, indicadores de efetividade, tais como aumento da produtividade, de exportação, de empregos, gerados pela sua atuação.

99 SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Editora Companhia de bolso, 2018. pp. 169-170.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O próprio BNDES reconheceu, no âmbito do processo de auditoria, que vem, desde 2009, implantando um sistema de monitoramento e avaliação, o qual ainda está em fase de desenvolvimento. A motivação dada consistia na "*contradição entre o peso crescente do Banco na economia nacional e o fato de, desde sempre, seu desempenho ser traduzido quase exclusivamente em volume de recursos desembolsados anualmente*".100

De modo a auxiliar o BNDES nesta empreitada, o Acórdão n° 1.839/2013,101 proferido pelo TCU no âmbito daquele processo em 17 de julho de 2013, formulou 9 (nove) recomendações, que podem ser agrupadas da seguinte forma: ***(i)*** necessidade de ampliar a participação de todas as partes interessadas – *stakeholders* – nas diversas etapas do sistema de monitoramento e avaliação – SMA -, isto é, na formulação, monitoramento e avaliação dos indicadores de efetividade e na análise de seus impactos, além de divulgar para a sociedade – na internet e em publicações específicas ao público externo – os resultados alcançados em termos de impacto e efetividade das operações do Banco; ***(ii)*** modificar a relação de predominância, verificada à época, de indicadores de mensuração de produtos – *output*s – em detrimento de avaliação de efetividade – *outcome* -, devendo realizar análises prévias de efetividade e estudos de impacto do que se espera com a operação respectiva, de modo a embasar eventual proposta futura de renovação, modificação, suspensão ou cancelamento; e ***(iii)*** aperfeiçoar a organicidade da gestão do sistema de monitoramento e avaliação – SMA -, mediante uniformização dos objetivos estratégicos das áreas operacionais do Banco, sem prejuízo da avaliação individual dos programas, linhas de financiamento e fundos geridos, além de institucionalizar tais aperfeiçoamentos em procedimentos internos, com a segregação de competências nas diversas etapas de aprovação e monitoramento da operação.

É interessante destacar o liame explicitamente realizado na auditoria do TCU entre a publicidade e a qualidade das operações do BNDES, unindo as duas frentes do controle republicano, uma vez que a divulgação institucional dos seus resultados permite a retroalimentação das informações – *feedback* -, estimulando processos de aprendizagem em face dos diversos *stakeholders*, que ampliam a acumulação de conhecimento para fins da consecução das metas pretendidas, além de viabilizar o controle social do Banco.102

Após dois anos do Acórdão n° 1.839/2013, o TCU instaurou o Processo n° 002.586/2015-0 para monitorar o atendimento das recomendações daquele julgado. Neste processo, verificou-se que o BNDES vem adotando as providências necessárias para implantação das medidas indicadas no Acórdão n° 1.839/2013, oferecendo, inclusive,

100 TCU. Relatório de Auditoria. Processo TC n° 018.693/2012-1. p. 36

101 TCU. Acórdão n° 1.839/2013. Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 17.07.2013

102 TCU. Relatório de Auditoria. Processo TC n° 018.693/2012-1. pp. 86-87

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

cronograma para tanto. De toda sorte, o Acórdão n° 1.095/2015103 registrou, ainda, a pendência de diversos aspectos destacados no Acórdão n° 1.839/2013, tanto no tocante à participação de *stakeholders*, à publicidade das ações do Banco e ao desenvolvimento de um SMA robusto.

Diante deste cenário, em 2017, iniciou-se nova auditoria operacional no TCU, por meio do Processo n° 025.075/2017-9. O Acórdão n° 494/2019104 proferido naquele processo expôs duas questões interessantes, que veremos a seguir.

De um lado, é nítido o efeito da auditoria anterior – e do Acórdão n° 1.839/2013 – na governança interna do Banco, conforme se verifica do relatório do Acórdão n° 494/2019: em 2015, a Resolução Dir. n° 2.884/2015 – BNDES aprovou a Política de Monitoramento e Avaliação, tendo sido revisada em 2017 pela Resolução Dir. n° 189/2017 - BNDES; em 2016, houve a criação de um departamento específico para lidar com a coordenação das atividades de monitoramento e avaliação; naquele ano também foi desenvolvido um instrumento de avaliação prévio à concessão dos apoios financeiros, denominado '*Quadro de Resultados*', no qual são enunciados os objetivos do apoio financeiro e os respectivos de indicadores de eficácia e efetividade a serem adotados; em 2017, desenvolveu-se a Tese de Impacto de Investimento em Projetos – TIIP –, metodologia inspirada sobretudo no Banco de Desenvolvimento alemão – KfW -, que pondera na aprovação de projetos, para além dos aspectos financeiros, externalidades positivas que integram o conceito de desenvolvimento – tais como impactos na economia nacional e regional, bem como no âmbito social e ambiental. No mais, o BNDES editou a Resolução Dir. n° 3.260/2018 - BNDES, que introduziu o Macroprocesso de promoção da efetividade do sistema BNDES, o qual incorporou diversos dos avanços de governança alcançados até então, dentre os quais o uso da metodologia TIIP.

Lado outro, o corpo técnico do TCU procedeu, sob a supervisão de um professor de economia, à revisão sistemática de literatura acadêmica a respeito dos impactos do fomento público adotado pelo BNDES. Foram, ao todo, 33 estudos acadêmicos examinados e cujas conclusões foram segregadas mediante a análise de quatro variáveis – emprego, produtividade, investimento e exportação.

No que se revela mais importante, constatou-se que as micro e pequenas empresas apresentaram maior impacto positivo nas variáveis exportação, emprego e produtividade – esta última apenas para as empresas que passaram a contar de forma permanente com melhores condições de crédito. Entretanto, as empresas que mais obtiveram crédito no período da crise de 2008 foram as maiores, mais antigas e com menor exposição a risco,

103 TCU. Acórdão n° 1.095/2013. Plenário, rel. Min. José Múcio Monteiro, j. 06.05.2015

104 TCU. Acórdão n° 494/2019. Plenário, rel. Min Vital do Rêgo, j. 13.03.2019

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que não possuem restrição de acesso a fontes de financiamento no mercado, o que leva a conclusão de que o BNDES estaria atuando como verdadeiro banco comercial, tal como alegado pelo próprio Banco junto ao STF no bojo do MS 33.340. Além disso, as grandes empresas que receberam os maiores empréstimos do BNDES não ampliaram, em regra, seus níveis de investimento, tendo os empréstimos sido atrativos para redução das despesas financeiras, face os subsídios embutidos nas operações do Banco. Assim, as conclusões da revisão de literatura feita pelo órgão técnico do TCU levam a uma reflexão sobre a necessidade de ampla reapreciação dos critérios de seleção dos beneficiários das operações do BNDES, de sorte a garantir que sua atuação seja verdadeiramente de banco de fomento, isto é, que atue em projetos de grandes retornos sociais – externalidades positivas - e baixa atratividade de investimento do capital privado.

Cabe destacar, contudo, que este apanhado de literatura sobre as operações do BNDES levou em consideração operações realizadas até 2009, de modo que os avanços de governança observados desde então não existiam à época.

Aliás, o próprio Acórdão n° 494/2019 reconheceu que os aprimoramentos trazidos pelo BNDES seriam suficientes, caso conduzidos adequadamente, para aprovação de operações com potencial de efetividade, tendo a Corte de Contas recomendado tão somente alguns ajustes pontuais, além de, evidentemente, fosse registrada a devida documentação dos relatórios de análise das operações aprovadas sob o novo paradigma de monitoramento e avaliação – com o propósito de viabilizar revisão futura.

4. Síntese conclusiva: uma bússola para o controle público do século XXI

Diante das experiências do BNDES junto ao Poder Judiciário e a órgãos de controle, resta patente a dinâmica de '*accountability* com propósito': em um contexto social subjacente que demandava maior transparência e comprovação da qualidade dos incentivos concedidos pelo BNDES, as instâncias de controle tiveram humildade institucional de não adotar postura repressiva e sancionatória, que poderia resultar no próprio fracasso a longo prazo da atuação do BNDES, visto que a promoção de políticas de desenvolvimento requer certa dose de flexibilidade e experimentalismo. Em outras palavras, a atuação defensiva e receosa de represálias futuras por burocratas é incompatível com uma política pública que busque, de fato, promover transformações no tecido econômico e social.105

105 Como destaca Schapiro, em áreas sujeitas à assimetria de informação e imprevisibilidade de resultados, controles rígidos não são eficazes, devendo ser abandonados em prol de controles procedimentais, orientados por um processo dialógico de apresentação de razões. Cf. SCHAPIRO, Mario G. '*Making the developmental state work: How does a mandate matter for the Brazilian Development Bank?*'. 2012. p. 26. Disponível em: https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1986850

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao revés, a atuação dialógica dos órgãos de controle, verificada sobretudo nas sucessivas auditorias do TCU em que se manteve um canal contínuo de aprendizado institucional, permitirá um aperfeiçoamento incremental das atividades de fomento do BNDES no longo prazo. Em paralelo, o dever de transparência do Banco imposto tanto pelo Poder Judiciário, quanto recomendado pelo TCU, acarretará a disseminação de informações com os cidadãos, viabilizando o controle social e permitindo um *feedback* do impacto de suas políticas públicas para aprimoramento futuro, inclusive por meio de estudos acadêmicos consistentemente embasados em um *pool* de dados mais abrangente.

Além de ser um bom exemplo de '*accountability* com propósito', o caso BNDES reflete um ciclo virtuoso entre os diversos tipos de controle trazidos na seção anterior: o controle liberal efetuado pelo Poder Judiciário; o controle republicano da legitimidade do gasto público efetuado pelo MPF e pelo TCU; e o controle democrático exercido difusamente mediante a pressão social por maior '*accountability*'.

Por fim, é importante ressalvar que os frutos a serem colhidos desta experiência possivelmente levarão anos para se concretizar. Com efeito, a atuação do Estado no domínio econômico, sobretudo na sua forma indireta, por meio de incentivos, requer tempo para surtir efeitos, sendo as suas metas geralmente estipuladas em período superior a 4 (quatro) anos.106 Sem embargo, a chave para o sucesso futuro se encontra no presente, mediante a estipulação de um arcabouço institucional apto a produzir os efeitos desejados, tal como desenhado pelo BNDES com o auxílio do TCU.

5 - Referências

ALMEIDA, Mansueto. Desafios da Real Política Industrial Brasileira do Século XXI. *Texto para discussão n° 1452*. Brasília, IPEA, 2009

ALMEIDA, Mansueto; LIMA-DE-OLIVERA, Renato; SCHNEIDER, Ben Ross. Left Government, business politics and the revival of industrial policy. In: AMES, Barry (Ed.). *Routledge Handbook of Brazilian Politics*. New York: Routledge, 2019

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Empresas estatais: o regime jurídico das empresas públicas e sociedades de economia mista*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018

106 No tocante ao prazo de atingimento de metas de fomento, Almeida tece importante ponderação a respeito da inconsistência temporal das políticas de desenvolvimento. É dizer: como há alta discricionariedade na elaboração das políticas econômicas pela União, o Chefe do Poder Executivo tende a priorizar metas de curto prazo, que se encaixem no ciclo eleitoral, seja para disputar reeleições ou eleger seu sucessor. Tal fato afeta as políticas do BNDES, que, embora possua uma burocracia de excelência, encontra-se amarrado às metas de desenvolvimento da União. Cf. ALMEIDA, Mansueto. Desafios da Real Política Industrial Brasileira do Século XXI. *Texto para discussão n° 1452*. Brasília, IPEA, 2009. pp. 20-21 e 50-51.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ARAUJO, Valter Shuenquener de. MS nº 33.340: Sigilo bancário e empresarial e sua oponibilidade ao Tribunal de Contas: a alma do negócio e a prerrogativa de controle. In: FUX, Luiz. *Jurisdição Constitucional II:* cidadania e direitos fundamentais. Coordenação Valter Shuenquener de Araujo. Belo Horizonte: Fórum, 2017

BARBOZA, Ricardo de Menezes *et. al*. A indústria, o PSI, o BNDES e algumas propostas. Rio de Janeiro: BNDES, 2017. *Texto para discussão n. 114*. BNDES, Rio de Janeiro, 2017

BARCELLOS, Ana Paula de. *Direitos Fundamentais e Direito À Justificativa.* 3ª Edição. Belo Horizonte: Fórum, 2020

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. O Art. 28 da LINDB: A cláusula geral do erro administrativo. *Revista de Direito Administrativo - RDA*, ano 14, n. Especial, 2018 203-224

BOVENS, Mark. Two concepts of *accountability*. *accountability* as a virtue and as a mechanism. In: *West European Politics*, 33, 2010 946-967

BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas; GOODIN, Robert. E. Public *Accountability*. In: _____. *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford University Press, 2014

BOVENS, Mark; SCHILLEMANS, Thomas. Meaningful *Accountability*. In: BOVENS, Mark; GOODIN, Robert E.; SCHILLEMANS, Thomas. *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford University Press, 2014

BOVENS, Mark; 'T HART, Paul. Revisiting the study of policy failures. In: *Journal of European Public Policy*, 23:5, 2016 653-666

BRASIL. *Boletim de subsídios do Tesouro Nacional no âmbito do PSI e dos empréstimos ao BNDES*. 4° Bimestre, 2019. p. 4 Disponível em: https://sisweb.tesouro.gov.br/apex/f?p=2501:9::::9:P9_ID_PUBLICACAO:30781

BRASIL. *Livro verde: nossa história tal como ela é*. Rio de Janeiro: BNDES, 2017

CYRINO, André. O Brexit e o direito administrativo. *Portal Direito do Estado*, publicado em 11.02.2020. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/andre-rodrigues-cyrino/o-brexit-e-o-direito-administrativo

FIGUEIREDO, Argelina; LIMONGI, Fernando. Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova*. 1998, n° 44, 81-106

GARCIA, Flávio Amaral. *Licitações e Contratos administrativos: casos e polêmicas*. 5ª edição. São Paulo. Malheiros, 2018

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. O direito administrativo do medo e a crise da ineficiência pelo controle. *Portal Direito do Estado*, publicado em 31.01.2016. Disponível em: http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/fernando-vernalha-guimaraes/o-direito-administrativo-do-medo-a-crise-da-ineficiencia-pelo-controle

HANLEY, Anne G. *et al.* Critiquing the Bank: 60 years of BNDES in the academy. *J. Lat. Amer.* Stud. 48, Cambridge University Press, 2016, 823-850

JANNUZZI, Paulo de Martino. *Indicadores sociais no Brasil: conceitos, fontes de dados e aplicações*. 3ª edição. Campinas: Alínea, 2008

JENSEN, Michael C.; Meckling, William H. Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure. In: Journal of Financial Economics 3, 1976 305-360. *North-Holland Publishing Company*

MACHADO, Luciano; ROITMAN, Fábio Brener. Os efeitos do BNDES PSI sobre o investimento corrente e o futuro das firmas industriais. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, n. 44, 2015

MENDONÇA, José Vicente Santos de. *Direito Constitucional Econômico. 2.ED.*. Belo Horizonte: Fórum, 2014

MITERHOF, Marcelo Trindade; PEREIRA, Thiago Rabelo. O papel do BNDES e o financiamento do desenvolvimento: considerações sobre a antecipação dos empréstimos do Tesouro Nacional e a criação da TLP. *Revista Economia e Sociedade*, Campinas, v. 27, n. 3 (64), 2018, 878-896

MOCCIA, Maria Herminia Pacheco e Silva. *Parâmetros para a utilização do fomento econômico: empréstimos do BNDES em condições favoráveis*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015

NOVEK, Beth Simone. Wiki Government: How technology can make government better, democracy stronger, and citizens more powerful. Brookings Institution Press, Washington, 2009

O'DONNELL, Guillermo. Accountability horizontal e novas poliarquias. *Lua Nova – Revista de Cultura e Política*, n° 44, 1998

RAHMAN, K. Sabeel. *Democracy against domination*. Oxford University Press, New York, 2016

ROSE-ACKERMAN, Susan. Regulation and public law in comparative perspective. *University of Toronto Law Journal*, n° 60, 519-535.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SARMENTO, Daniel. O princípio republicano nos 30 anos da Constituição de 88: por uma República inclusiva. In: SARMENTO, Daniel. *República, inclusão e constitucionalismo: escritos constitucionais*. Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro, 2018

SCHAPIRO, Mario G. '*Making the developmental state work: How does a mandate matter for the Brazilian Development Bank?*'. 2012. pp. 14-15. Disponível em: https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1986850

SCHAPIRO, Mario G. Discricionariedade desenvolvimentista e controles democráticos: uma tipologia dos desajustes. In: *Revista Direito GV*. v. 12, n. 12, 2016

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Editora Companhia de bolso, 2018

SCHILLEMANS, Thomas; TWIST, Mark van; VANHOMMERIG, Iris. Innovations in accountability: learning through interactive, dynamic, and citizen-initiated forms of accountability. *Public performance & Management Review*, 2013 407-435

UNDG. *Indicators for policy management*. United Nations. New York, 2005

WORLD BANK. *Para entender os efeitos da reforma da TLP sobre o mercado de crédito do Brasil. World Bank, 2017*.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: FEMINICÍDIO EM PORTO VELHO/RO

JANDER BARBOSA REBELO FILHO: Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário São Lucas

RAYAN GUSTAVO MATOS DE CARVALHO[107]
(coautor)
FRANKLIN VIEIRA DOS SANTOS108
(orientador)

Resumo: O presente artigo visa estudar sobre a violência de gênero, especificamente sobre o crime de feminicídio na cidade de Porto Velho. Desta forma, o Feminicídio trata-se do homicídio praticado contra mulheres em razão de serem mulheres, isto é, inferiorizando a mulher e a dignidade da vítima pelo fato de ser apenas mulher, agindo de forma que o sexo feminino tivesse menos direitos do que as do sexo masculino. Neste sentido, surge a seguinte problemática: quais são as causas que influenciam no aumento do crime de feminicídio? Existem diversos fatores que contribuem para a pratica do feminicídio, como o ciúme, o machismo, o disturbo emocional, a provisão socioeconômica, o consumo de bebidas alcoólicas, o uso de drogas, etc. Ademais, a Lei Maria da Penha prevê diversas formas de medidas protetivas que visam a proteção da mulher em situação de violência e pode auxiliar na prevenção ao crime de feminicídio. O objetivo geral deste artigo é analisar o instituto do feminicídio na cidade de Porto Velho e formas de combate ao crime de violência de gênero. Quanto a metodologia aplicada ao presente artigo, será realizado com base em uma pesquisa bibliográfica, sobre o tema a importância da lei do feminicídio com o objetivo de esclarecer a conquista adquirida juridicamente. A pesquisa bibliográfica servirá de base para se obter um melhor embasamento teórico do tema em estudo. Para coletar informações sobre o tema e descrevê-lo serão utilizadas fontes secundárias como livros, artigos, dissertações e sites da internet. Está pesquisa será limitada, pois será demonstrada somente os relevantes importantes em estudo para promover a contribuição para uma leitura desenvolvendo uma reflexão analisando a legislação que comtempla a violência de gênero.

107 Acadêmico de Direito da Faculdade São Lucas.

108 Professor orientador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Palavras-chaves: Feminicídio. Feminicídio em Porto Velho. Violência de gênero.

Abstract: This article aims to study about gender violence, specifically about the crime of femicide in the city of Porto Velho. Thus, Feminicide is the homicide committed against women because they are women, that is, inferiorizing the woman and the victim's dignity by the fact that she is only a woman, acting in such a way that the female sex had less rights than the women. male. In this sense, the following problem arises: what are the causes that influence the increase in the crime of femicide? There are several factors that contribute to the practice of feminicide, such as jealousy, machismo, emotional disturbance, socioeconomic provision, consumption of alcoholic beverages, drug use, etc. In addition, the Maria da Penha Law provides for various forms of protective measures aimed at protecting women in situations of violence and can assist in preventing the crime of femicide. The general objective of this article is to analyze the institute of feminicide in the city of Porto Velho and ways to combat the crime of gender violence. As for the methodology applied to the present article, it will be carried out based on a bibliographic research, on the theme the importance of the feminicide law in order to clarify the legally acquired achievement. Bibliographic research will serve as a basis for obtaining a better theoretical basis for the topic under study. To collect information on the topic and describe it, secondary sources such as books, articles, dissertations and internet sites will be used. This research will be limited, since it will be demonstrated only the relevant important ones in study to promote the contribution for a reading developing a reflection analyzing the legislation that contemplates the gender violence.

Keywords: Femicide. Feminicide in Porto Velho. Gender-based violence.

Sumário: Introdução. 1. Contextualização sobre feminicídio. 1.1 Tipos de feminicídio 1.2 A lei nº 13.104/2015 e o feminicídio. 1.3 A lei nº 11.340/2006 e o feminicídio. 2. Dados de registros de feminicídio ocorridos em Porto Velho. 2.1 Políticas públicas para o combate à violência contra mulher no município de Porto Velho/RO. 2.2 Secretaria municipal de assistência social e familiar – SEMASF. 2.3 Delegacia especializada de atendimento à mulher vítima de violência. 2.4 Das medidas protetivas. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa estudar sobre a violência de gênero, especificamente sobre o crime de feminicídio na cidade de Porto Velho. Desta forma, o Feminicídio trata-se do homicídio praticado contra mulheres em razão de serem mulheres, isto é, inferiorizando a mulher e a dignidade da vítima pelo fato de ser apenas mulher, agindo de forma que o sexo feminino tivesse menos direitos do que as do sexo masculino.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Lei nº 13.104 que qualifica esses homicídios foi aprovada em março de 2015, sendo assim, verifica-se ser de grande importância o estudo sobre a questão, para que possamos entender do que se trata, quem é a mulher sujeito passivo deste crime e, principalmente, para que o feminicídio não seja tratado como uma Lei que fere o princípio da igualdade, gerando, na verdade, uma desigualdade de gêneros. Além disso, a Lei 13.104/2015 ora menciona, foi incorporada ao Código Penal Brasileiro para ser aplicado como um agravante ao crime de homicídio, além de ser caracterizado como crime hediondo.

Neste sentido, surge a seguinte problemática: quais são os índices de aumento do crime de feminicídio? a Lei Maria da Penha prevê diversas formas de medidas protetivas que visam a proteção da mulher em situação de violência e pode auxiliar na prevenção ao crime de feminicídio. A falta de denúncias de crimes praticados contra mulheres influencia no aumento do crime de feminicídio, tendo em vista que as mulheres que sofrem violência doméstica geralmente não denunciam os seus agressores. São poucas mulheres procuraram uma delegacia e oficializaram uma denúncia formal contra o agressor, pois muitas mulheres não denunciam o agressor pelo motivo de terem medo e por serem ameaçadas pelo mesmo, ou por não terem coragem devido ao preconceito imposto a elas.

O objetivo geral deste artigo é analisar o instituto do feminicídio na cidade de Porto Velho e formas de combate ao crime de violência de gênero. Já os objetivos específicos são: comparar quais são as medidas protetivas mais eficazes no combate ao crime de feminicídio; verificar o índice de registros sobre o crime de feminicídio em Porto Velho; e identificar as principais causas para o cometimento do feminicídio.

O presente estudo tem como essencial importância compreender como a Lei 13.104/15 que impõe condições de apoio à segurança da mulher em relação ao crime de feminicídio. A violência contra a mulher não é um evento recente, há registro desde as origens da humanidade onde as mulheres vêm sendo vítimas de agressões, muitas das vezes ocasionando o óbito.

Quanto a metodologia aplicada ao presente artigo, será realizado com base em uma pesquisa bibliográfica, sobre o tema a importância da lei do feminicídio com o objetivo de esclarecer a conquista adquirida juridicamente. A pesquisa bibliográfica servirá de base para se obter um melhor embasamento teórico do tema em estudo. Para coletar informações sobre o tema e descrevê-lo serão utilizadas fontes secundárias como livros, artigos, dissertações e sites da internet. Está pesquisa será limitada, pois será demonstrada somente os relevantes importantes em estudo para promover a contribuição para uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

leitura desenvolvendo uma reflexão analisando a legislação que comtempla a violência de gênero.

1 CONTEXTUALIZAÇÃO SOBRE FEMINICÍDIO

Conforme instituído na Lei 13.104/15, o feminicídio é um crime definido, em síntese, como homicídio de mulher por razões de gênero quando envolve violência doméstica e familiar, menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

A Lei 13.104 (BRASIL, 2015), modificou o artigo 121 do código penal para incluir como circunstância qualificadora do homicídio o feminicídio, aumentando a pena de 1/3 (um terço) até a metade para os crimes praticado contra mulheres durante a gestação, nos três meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de quatorze anos, contra pessoa maior de sessenta anos, contra deficiente e na presença de descendente ou ascendente da vítima.

Com o advento da Lei 13.104/15 o art. 121, § 2° do Código Penal passou a ter o inciso VI que trata do Feminicídio, vejamos:

> *"Art. 121. Matar alguém: Homicídio qualificado (...) § 2° Se o homicídio é cometido: Feminicídio (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) (...) VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: (Incluído pela Lei nº 13.104, de 2015) Pena - reclusão, de doze a trinta anos (BRASIL, 2015, online)".*

Sendo assim, é oportuno mencionar que o homicídio doloso, da forma consumado ou tentado, qualificado, é praticado contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Em síntese, tal discussão promove assegurar a priori, a promulgação da referida lei que gera uma situação de maior segurança e proteção às mulheres.

Não possui idênticas características em todos os países, sendo que em cada sociedade o feminicídio é manifestado com umas séries de particularidades sendo que compreende um enorme grupo de situações e não apenas as que ocorrem no âmbito doméstico e familiar. Incluindo mortes causadas por mutilação, estupro, agressão severa, as perseguições e morte das bruxas no continente europeu, as mortes de noivas e viúvas em sacrifício de divindades na Índia e os crimes contra a honra em alguns países latinos e do Oriente Médio (CUNHA, 2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A violência fundamentada no gênero é aquela que ocorre por um homem contra uma mulher, mas também pode ocorrer por uma mulher contra outra mulher. Sua individualidade fundamental está nas relações do gênero masculino e o gênero feminino serem culturalmente construídos e determinam de forma geral a violência (SILVA JÚNIOR, 2006).

Mas só se caracteriza feminicídio quando é comprovado que o assassinato ocorreu devido às questões de gênero que pelo fato de ser mulher é tratada com desprezo, menosprezo, desconsiderando a sua dignidade, ou seja, quando uma mulher é morta exclusivamente pelo fato de ser mulher.

Não quer dizer que todo assassinato de uma mulher seja considerado feminicídio, mas sim que todo assassinato de mulher que o seu motivo seja pelo fato da vítima ser uma mulher, é considerado feminicídio. O que faz com que o assassinato de uma mulher seja feminicídio é exatamente a causa do delito. É a motivação do crime que torna o ato mais reprovável, demandando, subsequentemente que a punição seja condizente ao fato (ORTEGA, 2017).

A morte da mulher que vem devido às agressões físicas e psicológicas, abuso ou assédio sexual, estupro, escravidão sexual, tortura, espancamentos, mutilação genital, negação de alimentos de maternidade e diferentes outras formas de violência pelo fato do gênero feminino é considerado feminicídio.

Ainda mesmo que a violência aconteça no ambiente doméstico ou familiar e mesmo que tenha a mulher como vítima, não pode se falar em feminicídio se não existir uma motivação baseada no gênero feminino (CUNHA, 2019).

Quando o homicídio envolver um contexto de violência doméstica e familiar deve-se utilizar, como parâmetro, o artigo quinto, da Lei número 11.340, de 07 de agosto de 2006, chamada de Lei Maria da Penha, através de uma interpretação sistemática (GRECO, 2017).

Assim, qualifica-se o homicídio quando, no âmbito da unidade doméstica e familiar, o crime for baseado no gênero, ou seja, nas situações que envolvem determinações sociais dos papéis masculinos e femininos, isto é, poder de dominação do homem sobre a mulher, devido às ideologias patriarcais.

Existem diferentes formas de violência contra a mulher. Ocorre que, o grande problema das mulheres que são vítimas de violência doméstica, geralmente estão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

envolvidas emocionalmente com seus parceiros e dependem financeiramente deles, o que acaba resultando em sua submissão.

Cabe informar alguns tipos de violência, sendo assim, a violência intrafamiliar é a que ocorre entre os membros da família, podendo ser um irmão, um pai, enfim, qualquer membro da família, não sendo necessário o convívio sobre o mesmo teto.

De acordo com Alexandra a violência psicológica é a mais comum entre as outras formas de violência, visto que se dá no abalo da autoestima da mulher por meio de palavras ofensivas, ameaças, desqualificação, difamação, proibições, etc (OENNING, 2019).

Ora, o agressor se inicia com a violência psicológica, para tentar controlar a vítima por diversos motivos, principalmente por ciúmes, mesmo que não resida com a mesma. Acredita ser a melhor pessoa que a mulher poderia encontrar para sua vida, passando uma visão de uma pessoa autoconfiante.

Após o agressor causar esse tipo de violência, ele tenta manipular e agradar a vítima, para que ela possa perdoa-lo e continuar praticando os seus atos de violência, pois a vítima nunca toma atitudes contra o seu agressor. Desta forma, o agressor já acostumado a fazer o que quiser com a vítima, devido a submissão que tem sobre ela, dificulta o acesso da vítima à autonomia feminina, utilizando como meio a retenção, perda, dano ou destruição de bens e valores da mulher, é considerada como violência patrimonial.

Consequentemente, após ter praticados todos os tipos de violência contra a mulher, o agressor parte para a violência física é qualquer agressão que se dê sobre o corpo da mulher. Por achar que não está no controle suficiente sobre a vida de sua vítima. Ou por motivos de ciúmes, possessão, autocontrole, etc (OENNING, 2019).

E quando não se sentir satisfeito com as atitudes de sua vítima ou se sentir incomodado com a sua falta de controle sobre a mesma, o agressor acaba obrigando a vítima, por meio de força, coerção ou ameaça, a praticar atos sexuais degradantes ou que não deseja, cometendo então a violência sexual. Este tipo de violência também pode ser feito pelo próprio marido ou companheiro da vítima.

Portanto, é de suma importância que a vítima faça a denúncia contra o seu agressor que cometer qualquer tipo de violência doméstica, não deixando impune de seus crimes cometidos, para que sirva de exemplo para as outras mulheres que passam pela mesma situação, evitando um possível fim trágico.

1.1 TIPOS DE FEMINICÍDIO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Pasinato (2016) elenca as duas principais características do feminicídio, a saber: *"i) morte intencional e violenta de mulheres em decorrência de seu sexo, especialmente pelo não desempenho, adequadamente, dos papéis de gênero; e ii) não é um evento isolado na vida de certas mulheres, consequência de um padrão cultural aprendido e transmitido ao longo de gerações pela dominação patriarcal".*

> *"No documento de Diretrizes Nacionais para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres (feminicídio) de 2016 são indicadas como condições estruturais desse tipo crime: a) a ordem patriarcal: desigualdade estrutural de poder que inferioriza e subordina as mulheres aos homens; b) violência sexista: o sexo das vítimas é determinante para sua ocorrência; c) mortes evitáveis: o emprego de violência e a intencionalidade do gesto reforçam seu caráter de desprezo pela mulher e pelos papéis sociais que lhes são atribuídos; e d) fenômeno social e cultural: não são casos isolados ou episódicos, mas, sim, inseridos em um continuum de violência que limita o desenvolvimento livre e saudável de meninas e mulheres"* (PASINATO, 2016, p.12).

Assim, as características comuns nesse tipo de violência podem ser identificadas com enfoque na vítima (do sexo feminino), nas razões do crime (em decorrência do gênero) e na justificativa cultural (ordem patriarcal). No entanto, ainda pode ser feita uma distinção dentro do universo do feminicídio que reflete as diferentes experiências de violência na vida das mulheres e torna esse conjunto de mortes heterogêneo e complexo. A autora identifica três tipos de feminicídio: íntimo, não íntimo e por conexão (PASINATO, 2016).

No feminicídio íntimo, os crimes são cometidos por homens que tiveram relação íntima, familiar, de convivência ou afins. Aqui são incluídos os crimes praticados por parceiros sexuais, maridos, companheiros, namorados, em relações atuais ou passadas, conforme entendimento de Samile Dias (CARVALHO, 2019).

Já no feminicídio não íntimo, os crimes são cometidos por homens – que, apesar de não manter relação íntima, familiar ou de convivência com a vítima, possuíam uma relação de confiança, hierarquia ou amizade com elas, como amigos ou colegas de trabalho, trabalhadores da saúde e empregadores. Aqui, ainda podese dividir entre os crimes em que tenha ocorrido prática de violência sexual ou não (CARVALHO, 2019).

Por fim, o feminicídio por conexão refere-se a casos em que a vítima tenta intervir para impedir a prática de um crime contra outra mulher e acaba morrendo,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

independentemente do tipo de vínculo entre vítima e agressor, que podem até ser desconhecidos (CARVALHO, 2019).

> *"Acerca da distinção entre os casos de feminicídio, especialmente para seu estudo estatístico. Para a autora, são tipos de feminicídio: reprodutivo, doméstico e sexual. O feminicídio reprodutivo refere-se a mortes de mulheres em decorrência de limitações legais no acesso e garantia dos direitos reprodutivos, no caso, a situação das mortes por aborto, por ser um tipo de morte causada indiretamente pelo Estado e suas leis e normas. O feminicídio doméstico caracteriza-se por mortes de mulheres no contexto e ambiente doméstico das relações de gênero: para esta espécie utiliza-se o domicílio como marcador. O feminicídio sexual ocorre quando a causa da morte é a própria violência sexual. E acredita que haja formas múltiplas das ocorrências e justifica a redução da amplitude do conceito ou da dimensão universal por optar capturar uma expressão mínima*" (ROMERO, p. 373-400, 2014).

Diante disso, há diferentes cenários onde os feminicídios podem ocorrer, podendo afirmar que essas mortes são heterogêneas e complexas, embora todas sejam provocadas pela condição de discriminação e subordinação das mulheres na sociedade patriarcal. Em seus estudos diferencia os cenários e identifica as vítimas com uma frase síntese para expressar as fragilidades pessoais e sociais onde a morte foi produzida.

Os feminicídios podem ser de acordo com o cenário: *"mortes anunciadas"; "incesto, assédio sexual e morte"; "morreu por engano"; "estava no lugar errado"* e *"as mulheres de morte fácil"* conforme entendimento de Samile Dias (CARVALHO, 2019, p.01).

Com relação as mortes anunciadas: espécie de feminicídio íntimo praticado por parceiro, atual ou antigo, que seguiram uma longa história de agressões e ameaças. É o tipo de feminicídio que mais ocorre em todo o mundo, sendo uma clara manifestação da dominação masculina presente historicamente em todas as culturas.

Incesto, assédio sexual e morte: feminicídio praticado por pessoas as quais as vítimas possuem (ou deveriam) laços de afeto e confiança, cita o exemplo do padrasto. Neste tipo de feminicídio o domínio patriarcal é expresso pelo controle masculino irrestrito, incluindo o direito de abusar sexualmente de crianças, vigiar e manter sob o controle coercivo e até matar se o "direito" for ameaçado, conforme entendimento de Samile Dias (CARVALHO, 2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Se morreu por engano: fora do espaço doméstico, as mortes por engano ou de execução são decorrentes de assassinatos de vingança. O exemplo citado é o de uma jovem assassinada por ter sido confundida com a cunhada. O irmão havia sido morto por envolvimento criminoso e os vingadores iriam eliminar também a esposa (cunhada da vítima). Neste tipo de feminicídio mostra que parte expressiva das vítimas do sexo feminino é morta em ações que visavam atingir homens envolvidos com a criminalidade. Na hierarquia patriarcal as mulheres e crianças são os grupos mais atingidos por serem mais facilmente encontráveis que os homens, facilitando as vinganças, conforme entendimento de Samile Dias (CARVALHO, 2019).

Estava no lugar errado: "*espécie de feminicídio por conexão, quando a vítima está na "linha de fogo" de um homem que quer assassinar outra pessoa, independentemente do tipo de vínculo entre a vítima e o agressor. Menciona o exemplo de uma jovem morta na garupa da moto do namorado que estava envolvido em drogas, o caso foi tratado como "acerto de contas". Para a autora é mais uma demonstração da vulnerabilidade de gênero que trata as mulheres como "território de vingança*" (CARVALHO, 2019, p.01).

As mulheres de morte fácil: as mortes de prostitutas que exemplificam a divisão social operada pelo patriarcado entre o grupo de mulheres descartáveis, que são propriedade de todos os homens, e as mulheres consideradas como "de família", que devem ser protegidas pelos códigos de honra. A estudiosa explica a grande vulnerabilidade das prostitutas e a dificuldade na apuração dos crimes, conforme entendimento de Samile Dias (CARVALHO, 2019).

Para melhor compreensão e visualização dos tipos de feminicídio as classificações estão sintetizadas no quadro a seguir:

TABELA 1 – tipos de feminicídio

Íntimo	Cometido por pessoas que tiveram relação íntima, familiar, de convivência e afins com a vítima
Não íntimo	Cometido por pessoas que possuíam relação de confiança, hierarquia ou amizade com a vítima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por conexão	Cometido em razão da vítima defender terceira pessoa. Independe da relação entre vítima e agressor.
Reprodutivo	Decorre das limitações legais no acesso e garantia dos direitos reprodutivos.
Doméstico	Ocorre no contexto e ambiente doméstico.
Sexual	A própria violência sexual é a causa da morte.
Mortes anunciadas	Feminicídio íntimo praticado por parceiro (atual ou antigo).
Incesto, assédio sexual e morte	Praticado por pessoas às quais as vítimas possuem (ou deveriam) laços de afeto e confiança.
Morreu por engano	Decorrente de assassinatos de vingança.
Estava no lugar errado	Feminicídio por conexão, quando a vítima está na "linha de fogo".
Mulheres de morte fácil	Mortes de prostitutas.

Autoria: (CARVALHO, 2019).

As classificações são de cunho acadêmico, no entanto, demonstram as várias formas de expressão da cultura do patriarcado sempre retratado pela dominação masculina sob as mulheres. Conhecer as formas ou espécies que o feminicídio pode ocorrer ajuda nas proposições ao combate a esse tipo de violência.

1.2 A LEI Nº 13.104/2015 E O FEMINICÍDIO

De acordo com Romero, o feminicídio se subdivide em três tipos: Feminicídio Íntimo que é aquele que de fato tem um vínculo afetivo ou de parentesco entre agressor e vítima.

Feminicídio Por Conexão abrange a situação em que uma pessoa do gênero feminino é morta por um homem ao tentar interferir a morta de outra mulher e por último o Feminicídio Não Íntimo não tem vínculo nenhum de afeto ou parentesco entre o agressor e a vítima, mas é caracterizado como crime por estar dentro dos tramites estabelecer e afirmar como crime estipulado. (ROMERO, 2014).

Ao se tratar de homicídios em desfavor ao gênero feminino, percebe-se que não se dá da mesma forma e pelos mesmos pressupostos de como acontece nos assassinatos de homens. Sendo os homens que assassinam, são as relações doentias que matam geralmente relações de poder e de posse pelo corpo da mulher, que as expõem a mais riscos do que os homens. Ao ver superficial e embora bem contundente possa ser caracterizado um crime "Democrático", começando na dificuldade de respeito a outro ser humano.

Para o termo "Feminicídio" ser usado como qualificadora do crime de homicídio, com a Lei nº 13.104 (BRASIL, 2015), teve todo um processo histórico de combate à violência contra a mulher em nosso país. Perante o respectivo ponto de vista legalista predomina mencionar a Convenção Interamericana para prevenir, erradicar, punir a violência contra a mulher, promulgada pelo Decreto 1.973/96.

Promulgada para incluir, no Código Penal como uma circunstância qualificadora do crime de homicídio, incluindo o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Sendo que não existia antes nenhum tipo de punição específica para os homicídios interpretados contra mulheres em razão de seu gênero.

De acordo com Liliane e Luy:

> *"No § 2º-A foi inserido tal preceito explicativo da expressão "razões da condição de sexo feminino", especificando que acontecerá em duas determinadas hipóteses: a) violência doméstica e familiar; b) menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A referida lei adicionou o §7º ao Artigo 121º do CP concernindo circunstancias do aumento de pena para o crime. Sendo que o aumento de pena será de 1/3 até a metade se for praticado: a) durante a gravidez ou nos 03 meses posteriores ao parto; b) contra pessoa menor de 14anos, maior de 60 anos ou com deficiência; c) na presença de ascendente ou descendente da vítima. E por fim, a Lei alterou o Artigo 1º da Lei nº 8.072/90 (Lei de crimes hediondos) para englobar as devidas*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *alterações, facultando a nova modalidade de homicídio qualificado"* (BITTENCOURTH; SILVA, 2017, online).

Segundo Fernando Capez (2011, p. 19) *"A missão do Direito Penal é proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade, etc., denominados bens jurídicos."*

E o autor diz ainda:

> *"O direito penal é o segmento do ordenamento jurídico que detém a função de selecionar os comportamentos humanos mais graves e perniciosos à coletividade, capazes de colocar em risco valores fundamentais para a convivência social, e descrevê-los como infrações penais, cominando-lhes, em consequência, as respectivas sanções, além de estabelecer todas as regras complementares e gerais necessários à sua correta e justa aplicação"* (CAPEZ, 2011, p. 19).

De acordo com o Direito Penal Simbólico que é aquele que de fato tem-se uma "fama" de conceber a rigorosidade e através deste fundamento acaba findando por ser ineficaz na prática. Trazendo triviais símbolos de inflexibilidades excessivas que decai no vazio. O Brasil atravessa por uma fase em que as Leis Penais de cunho representativo simbólico estão sendo elaboradas pelo legislador infraconstitucional.

Tais Leis de acordo com Capez (2010, p. 19), *"tem uma determinada carga moral forte e emocional, obtendo-se uma demonstração intenção pelo Governo tendo um legislador infundindo na sociedade".*

Não foi de fato produzida ou estabelecida nenhuma inexistência a revolução real pelo Legislador. Decorre ou processar-se que a nova lei, controla a violência contra as mulheres, transmitindo, conduzindo e preocupando-se em sanar ou remedias a vontade de um público eminente, que tem anseio, vontade e cobiça por Leis mais severas e benéficas a essa situação de cujo predominante na realidade do social e pena com mais rigor e severidade punitiva (GOMES, 2015).

Ainda suscita controvérsias e discussões a respeito da referida lei, pela abrangência da atitude violenta como transgressão não seria o trâmite capaz para abrandar ou o banimento deste fato da existência social (GOMES, 2015). Os aspectos jurídicos são inerentes a toda trajetória da violência sofrida por parte da mulher e toda contextualização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que cada jurídico tem acerca da lei sancionada em 2015. Tendo-se vários questionamentos e posicionamentos em razão da proferida lei.

Contudo os questionamentos que se encontra em torno da legislação, a criminalização e a responsabilização do feminicídio são relevantes para uma representação jurídica e social, aludindo a luta por justiça de gênero, sendo um dos caminhos para a integração da igualdade entre as pessoas e da dignidade humana.

1.3 A LEI Nº 11.340/2006 E O FEMINICÍDIO

No Brasil, a situação de vulnerabilidade em que se encontra o sexo feminino em relação às agressões físicas e moral sofrida por parte de sua família e em especial maridos ou companheiros, é uma situação grave de suma importância e relevância no meio de uma sociedade assim assinalando uma sociedade alicerçada no machismo colocando a figura do sexo masculino como centro de todas as coisas.

A referida Lei é um exemplo expresso da luta contra a violência doméstica. Maria da Penha Maia Fernandes, foi vítima de violência por parte de seu ex-marido por um longo tempo e chegou a ficar paraplégica em virtude das agressões sofridas, não logrou efetiva proteção do poder público, sendo que a lei anterior atribuía aos agressores uma titulação mais amena.

Os agressores não mais poderão ser punidos com penas alternativas, como prestação de serviços à comunidade. As medidas podem consistir com a distanciação do agressor do lar da vítima e dos filhos e fixação de alimentos (Pensão Alimentícia, Provisória), com as condições a serem convencionadas acerca da visita aos filhos menores e a quem ficará fixada a guarda.

A Organização das Nações Unidas - ONU em 1979 criou a convenção para erradicar as diversas formas de discriminação e impunidades relacionadas contra a mulher. Tal documento tenciona a proteção internacional dos direitos humanos das mulheres, 9 sendo que teve uma maior repercussão no exterior no ensejo da Conferência de Viena (1993) que anuiu os direitos humanos das mulheres.

Em razão de o nosso Código Penal ser datado de 1940, muitos dos penalistas discorrem as mulheres em aspecto discriminatório e autoritário, algumas leis resultantes das lutas feministas aludem um novo parecer sobre a real realidade vivida pela mulher (COSTA, 1998).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O homicídio doloso qualificado contra o sexo feminino, mesmo que não se tenha uma ligação ou convivência de afeto, a qualificadora será imposta pela condição do indivíduo que sofreu com a violência, ser obviamente do gênero feminino. Sendo que a Lei nº 11.340/2006 nunca é satisfatória ao legislador, pois, na realidade a violência contra as mulheres nunca decresceu e nem tampouco reduziu. A alteração no Código Penal, incluído pela Lei nº 13.104/2015, sendo conceituado e qualifica o homicídio das mulheres, denominando de feminicídio. (BOURDIEU, 2010).

2 DADOS DE REGISTROS DE FEMINICÍDIO OCORRIDOS EM PORTO VELHO

Para o presente estudo, foi necessário analisar os dados sobre ocorrências de crime de feminicídio e homicídio em Porto Velho fornecidos pela Secretaria de Estado da Segurança, Defesa e Cidadania (SESDEC/GEI), vejamos a seguir:

TABELA 2: Registro de Feminicídio em Porto Velho – 2020 e 2019.

TOTAL	NATUREZA SITUAÇÃO (SEXO FEMININO)	ANO
01	Feminicídio consumado	2019
02	Feminicídio consumado	2020
06	Feminicídio tentado	2019
09	Feminicídio tentado	2020

Fonte: SESDEC-GEI (2021).

Como visto anteriormente, no ano de 2019 foi registrado apenas uma ocorrência de feminicídio na forma consumada em Porto Velho, já no ano de 2020 foi registrado duas ocorrências na forma consumada em Porto Velho. Já na forma tentada, no ano de 2019 foi registrado seis ocorrências de feminicídio, e em 2020 foi registrado nove ocorrências de feminicídio.

Acerca do registro de crime de homicídio contra a mulher em Porto Velho, foi registrado oito homicídios no ano de 2019 e doze homicídios no de 2020, ambos na forma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

consumada. Já os homicídios na forma tentada, foi registrado 54 ocorrências no ano de 2019 e 36 no ano de 2020. Vejamos a seguir a tabela 3:

TABELA 3: Registro de Homicídio contra a mulher em Porto Velho (2020 e 2019).

TOTAL	NATUREZA SITUAÇÃO (SEXO FEMININO)	ANO
08	Homicídio consumado	2019
12	Homicídio consumado	2020
54	Homicídio tentado	2019
36	Feminicídio tentado	2020

Fonte: SESDEC-GEI (2021).

Portanto, verificou-se que o índice maior de registro de feminicídio em Porto Velho foi em 2020 conforme dados obtidos pela da Secretaria de Estado da Segurança, Defesa e Cidadania (SESDEC). Porém, com relação ao registro de homicídio consumado em Porto Velho no ano de 2020 o índice foi maior do que o ano de 2019, e com relação ao registro de homicídio tentado, o índice foi maior no ano de 2019.

2.1 POLÍTICAS PÚBLICAS PARA O COMBATE À VIOLÊNCIA CONTRA MULHER NO MUNICÍPIO DE PORTO VELHO/RO

Acerca das políticas públicas, vale mencionar que o município de Porto Velho/RO possui órgãos e secretarias especificas para o combate à violência contra a mulher e para evitar a pratica do crime de feminicídio, neste sentido, Katia Regina menciona que:

> *"A Rede de enfrentamento a Violência Doméstica no Município de Porto Velho/RO, denominada Rede Lilás é composta pelo Juizado de Violência Doméstica, o Ministério Público através da 35º, 36º, 37º Promotorias de Justiça, a Defensoria através do Núcleo Maria da Penha, a Policia Militar na figura da Patrulha Maria da Penha, a Secretaria de Estado da Segurança, Defesa e Cidadania - SESDEC,*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Tribunal de Contas do Estado de Rondônia, a Secretaria de Estado da Saúde - SESAU, Secretaria de Estado de Assistência Social - SEAS, Secretaria Municipal de Saúde - SEMUSA e Secretaria Municipal de Assistência Social – SEMASF, na figura do CREAS Mulher e da Unidade de Acolhimento para Mulheres Vítimas de Violência Doméstica. A rede se subdivide em atendimento e enfrentamento, sendo que o TCE, SESDEC e SEAS fazem parte deste último subgrupo" (SOUZA, 2019, p. 01).

Além disso, possui um departamento especifico para implementar e promover as políticas públicas para as mulheres vítimas de violência no município de Porto Velho, que tem o intuito de evitar qualquer tipo de discriminação a mulher e auxilia na superação do trauma das mulheres vítimas de violência, vejamos:

"A Secretaria Municipal de Assistência Social Família - SEMASF, tem um departamento, DPPM – Departamento de Políticas Públicas para as Mulheres, que foi criado especificamente para implementar as Políticas Públicas para as Mulheres, com a finalidade de promover ações que busquem a equidade e a inclusão social, sem discriminação de gênero nos espaços públicos, com respeito à diversidade e empoderamento das mulheres. Este departamento realiza diversas atividades e ações ao longo do ano visando a valorização, superação da violência e empoderamento da mulher" (SOUZA, 2019, p. 01).

Vale mencionar também sobre a associação "filhas do boto nunca mais" que também possui o intuito de auxiliar as mulheres vítimas de violência, com o atendimento com psicólogas, assistentes sociais, etc. Os serviços são totalmente voluntários, vejamos a respeito:

"Além da Rede de Enfrentamento – Rede Lilás, há diversas instituições que desenvolvem ações com o propósito de combater a violência doméstica contra a mulher e capacitá-las, entre elas destaca-se a Associação Filhas do Boto Nunca Mais. É uma Associação sem fim lucrativos, formada por mulheres que realizam intervenções diversas. Disponibiliza diversos atendimentos psicossocial destinado às mulheres em situação de violência doméstica, como: psicólogas, enfermeiras, pedagogas, assistentes sociais, advogadas, formando

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *uma rede de enfrentamento com o trabalho 100% voluntário. Realizam outras atividades como: rodas de conversa, palestras, ações de empoderamento, saúde e direitos da mulher, abuso sexual, ações de igualdade e respeito à diversidade. Além dos atendimentos psicossociais realizados pela associação, quando identificado casos de violência doméstica, são encaminhadas aos órgãos oficiais para dar andamento nos processos cabíveis a cada caso"* (SOUZA, 2019, p. 01).

Há também um programa especializado para tratar sobre a violência contra a mulher, que seria a "Casa da Mulher Brasileira", cujo objetivo é o apoio as vítimas por meio de atendimento com psicólogo e órgãos da justiça para ajudar no combate ao crime de violência contra a mulher, vejamos:

> *"No tocante ao desenvolvimento do Programa Casa da Mulher Brasileira no Município de Porto Velho, há disponibilidade de terreno localizado na Avenida Imigrantes, setor Industrial para a construção do empreendimento, doado pela Prefeitura de Porto Velho ao Governo do Estado de Rondônia, que a implementará através da Secretaria de Estado da Assistência e do Desenvolvimento Social – SEAS. Conforme o prospecto nacional a estrutura comportará no mesmo espaço serviços especializados para os mais diversos tipos de violência contra as mulheres como: acolhimento e triagem, apoio psicossocial, delegacia, Juizado, Ministério Público, Defensoria Pública, promoção de autonomia econômica, cuidado das crianças - brinquedoteca, alojamento de passagem e central de transportes"* (SOUZA, 2019, p. 01).

Desta forma, com o auxílio de "*órgãos responsáveis pela rede de enfrentamento à violência contra a mulher e demais projetos de combate à violência doméstica e familiar em Porto Velho*" (SOUZA, 2019), será possível aplicar as políticas públicas como uma forma eficaz de combater os crimes ocorridos contra as mulheres. Além disso é de suma importância todo apoio e assistência para essas mulheres, tendo em vista que trata-se de uma vida que pode estar em risco.

2.2 SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E FAMILIAR – SEMASF

A Secretaria Municipal de Assistência Social e Familiar – SEMASF possui competência para delegar sobre o "Centro de Referência Especializado no atendimento às Mulheres

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Vítimas de Violência Doméstica, criado em junho de 2008, vinculado à SEMASF e à Coordenadoria Municipal de Políticas Públicas para Mulheres – CMPPM" (SOUZA, 2019, p.01).

Desta forma, o Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS Mulher possui o intuito de recuperar a autoestima das mulheres vítimas de violência e auxilia no combate de novos crimes e promove atendimentos especializados para atender mulheres com problemas psicológicos e emocionais. "*Possui espaço para atendimento psicológico, social e assessoria jurídica destinada à mulher em situação de violência doméstica e familiar e brinquedoteca para as crianças, dotado de espaço e ambientes acolhedores*" (SOUZA, 2019, p.01), vejamos a seguir:

> *"Caso a vítima necessite de tratamento psicológico em longo prazo, por estarem fragilizadas e se sentirem vulneráveis, são encaminhadas as clínicas de psicologia para o atendimento terapêutico. No âmbito da assistência social a vítima será encaminhada aos programas que enquadrem às necessidades da vítima. A assessoria jurídica realiza as devidas orientações e encaminha a vítima à defensoria publicou outra instituição. Atua de forma integrada com as demais instituições que compõem a rede de enfrentamento à violência doméstica do município, com atendimento ininterrupto das 08 às 18 horas, porém como há uma perspectiva que a DEAM funcione por 24 horas, neste sentido analisa-se a possibilidade do CREAS Mulher aderir ao plantão de atendimento, porém necessita-se ampliar o quadro de pessoal qualificado para o acolhimento"* (SOUZA, 2019, p.01).

Além disso, surgiu a necessidade da realização de atendimentos nos distritos de Porto Velho para realizar atividades de prevenção a violência doméstica no âmbito familiar, com o desenvolvimento de programas e projetos para colher mulheres vítimas de violência, neste sentido é fundamental a implementação do CREAS Mulher na cidade de Porto Velho e região:

> *"O CREAS Mulher realiza atendimento institucional e disponibiliza plantão social e a Unidade de Acolhimento para Mulheres Vítimas de Violência Doméstica, para aquelas vítimas que se encontram na iminência de serem mortas por seus companheiros. Para tanto solicita-se medida protetivas de urgência e as encaminha para a Unidade de Acolhimento. E disponibilizado pelo CREAS Mulher*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

atendimento destinado aos transexuais, travestis, e transgêneros de identidade feminina, que são vítimas de violência doméstica no âmbito de suas relações intimas de afeto no ambiente familiar, porém a procura ainda e bem tímida, devendo o órgão realizar uma campanha informando que os atendimentos CREAS Mulher as abrangem. A demanda do 180 – Central Nacional de Atendimento à Mulher é distribuída pelo Ministério Público a DEAM e ao CREAS Mulher, devendo a DEAM realizar a averiguação do crime que tem a responsabilidade com a segurança da vítima. Após a averiguação pela DEAM, o CREAS Mulher oferta o serviço de atendimento psicossocial. De acordo com os relatórios disponibilizados pelo CREAS Mulher, foram atendidas 1.061 usuárias no ano de 2016. Já em 2018 foram acolhidas 715 usuárias e em 2018 foram recebidas 425 usuárias" (SOUZA, 2019, p. 01).

Diante disso, verificou-se que é de suma importância o acompanhamento das vítimas pelo Centro de Referência Especializado de Assistência Social - CREAS Mulher analisar a situação de violência da vítima, pois o centro possui serviços especializados para auxiliar nos problemas relacionados a justiça, ao ambiente familiar, as consequências psicológicas e emocionais da vítima.

2.3 DELEGACIA ESPECIALIZADA DE ATENDIMENTO À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA

De acordo com Katia Regina sobre a Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher Vítima de Violência implantada em Porto Velho/RO, possui uma estrutura antiga sem nenhum preparo para atender as vítimas, além disso, não possui um sistema avançado para coletar dados e informações acerca dos atendimentos realizados na delegacia, a respeito disso, vejamos:

"Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher Vítima de Violência foi criada através do Decreto n. 4173 de 17 de maio de 1989, tem como Delegada Titular, Fabrizia Elias S. Alves. Localiza-se na parte central da Cidade de Porto Velho, Rua Euclides da Cunha esquina com Avenida Sete de Setembro, no Bairro Baixa União. Está instalada em prédio antigo, totalmente insalubre, tanto para os profissionais que ali laboram, quanto para as usuárias do serviço disponibilizado. Possui apenas vinte e quatro servidores, incluindo as delegadas e agentes. Não possui sistema informatizado de dados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> *referente aos atendimentos realizados, consequentemente não se obteve dados importantíssimos para o lastreamento da presente pesquisa"* (SOUZA, 2019, p. 01).

Ademais, as denúncias são realizadas pela central de atendimento à mulher pelo disque denúncia 180, o qual é registrado a ocorrência e encaminhado à Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher Vítima de Violência.

> *"Já as denúncias advindas da "Central de atendimento à Mulher – Ligue 180", é recepcionada pela central de polícia que registra a denúncia e em ambos os casos encaminha o processo a Delegacia Especializada de Atendimento à Mulher Vítima de Violência para proceder a investigação. A equipe multidisciplinar que realiza atendimento na Delegacia presta serviços voluntários através de um Projeto vinculado à SESDEC, e é composta por uma psicóloga e uma assistente social. Em 2016 foram abertos 1333 inquéritos, sendo solicitados 768 pedidos de medidas protetivas. No tocante ao ano de 2017 foram abertos 1072 inquéritos, com 777 solicitações de medidas protetivas. Já no ano de 2018, 1139 inquéritos foram abertos, requeridas 1090 pedidos de medidas protetivas, sendo encaminhadas ao juízo competente" (SOUZA, 2019, p. 01).*

Cabe informar que a Delegacia Especializada possui atendimento vinte e quatro horas, prestando toda a assistência necessária até que seja resolvido o problema da vítima naquele momento. E posteriormente encaminhando para os órgãos assistenciais que visam no combate à violência contra a mulher.

2.4 DAS MEDIDAS PROTETIVAS

As mulheres vítimas de violência doméstica buscam proteção e que a Lei seja cumprida, ocorre que tudo só está no papel, não tendo nenhuma eficácia desejada, devido as falhas que são cometidas pelo Estado, pela desqualificação dos profissionais da área jurídica e psicossociais.

Ademais, é de suma importância a aplicação de medidas protetivas para as mulheres vítimas de violência doméstica, para que não venha ocorrer graves prejuízos e para que possa garantir seus direitos, principalmente para o seu bem. Desta forma, é necessário que as medidas protetivas sejam devidamente cumpridas (BALZ, 2015).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A lei 11.340 (BRASIL, 2006) tem o objetivo de erradicar a violência doméstica, desta forma Tamires expõe que os "verbos coibir, prevenir, punir, erradicar, nos levam a acreditar que se pode impedir evitar, castigar, e por fim acabar com toda forma de violência contra a mulher", porém a lei não cumpre com o que é previsto (BRUNO, 2019).

Destarte que muitos agressores possuem arma em casa, registradas ou não. Como forma de punição aos agressores que cometem violência contra mulher, seria a suspenção do porte de arma do agressor, porém os órgãos responsáveis pelo controle de armas não têm acesso e conhecimento diante dessas armas, somente das armas registradas e legalizadas dentro do território brasileiro.

Ademais, de acordo com Camila os agressores possuem um pensamento de que a mulher é um ser inferior a eles, são possessivos e controladores, acham no direito de até agredirem as mulheres, tem dificuldade em comunicação e na resolução de problema, optam em causar discussões que só aumenta as agressões. São características que podem ser notadas e tratadas facilmente. Desde que aplicada as medidas protetivas as mulheres vítimas de violência de forma eficaz (FERNANDÉZ, 2019).

Ora, com a ineficácia das medidas protetivas ocasionam diversas consequências a mulher vítima de violência doméstica, uma vez que além das marcas físicas no corpo da mulher, os problemas psicológicos são graves e não se curam facilmente. O pior é que o agressor persiste em perseguir sua vítima mesmo após o rompimento do relacionamento com a mesma e por meio de decisão judicial, descumprindo a ordem judicial e isso consequentemente pode contribuir na morte da vítima.

Conquanto, nota-se que existem vários fatores que contribuem para tornar a aplicabilidade das medidas protetivas de urgência ineficazes que demandam aperfeiçoamento dos mecanismos e instituições para garantir que não se perca essa ferramenta tão importante para a proteção da vida das mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, verificou-se que no Município de Porto Velho o índice de registro de feminicídio no ano de 2020 foi de 02 casos registrados, conforme dados obtidos pela da Secretaria de Estado da Segurança, Defesa e Cidadania (SESDEC). No ano de 2019, registou-se 01 caso de feminicídio consumado; já com relação ao feminicídio tentado, no ano de 2019 foi registrado 06 casos e no ano de 2020 foi registrado 09 casos. E com relação ao homicídio doloso consumado, no ano de 2019 foi registrado 08 casos e no ano de 2020

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

foi registado 12 casos; e com relação ao homicídio tentado, no ano de 2019 foi registrado 54 casos e em 2020 foi registrado 36 casos.

Neste sentido, com a aplicação da Lei nº 13.104/15 que refere a pratica do crime de feminicídio, as medidas protetivas que visam a proteção das mulheres que sofrem com esse crime de violência, não é suficiente para combater esse tipo de ato (sendo caracterizado como violência física e a violência psicológica) pois o índice do crime ainda é bastante elevado na cidade de Porto Velho.

Portanto, cabe ao Poder Público editar normas de proteção contra a violência a mulher de forma eficaz e rígida penalmente aos indivíduos que cometerem esse tipo de crime. Deste modo, é necessário que haja consenso em toda a sociedade para que possa combater a violência contra a mulher, uma vez que homens e mulheres merecem igual respeito e consideração. Não devendo ocorrer desigualdade e muito menos atos de violência, e caso ocorra, que seja severamente punido.

Ademais, na atual sociedade, a mulher não possui proteção adequada contra a violência doméstica, visto que as leis ainda são falhas. Neste sentido, busca-se analisar quais os meios de combater a violência contra a mulher e os métodos de execução para penalizar esse tipo de ato desumano. Ora, a mulher não é mais submissa ao homem, é muito menos devem ser agredidas ou abusadas pelos homens. A sociedade como um todo, deve defender a igualdade e colocar em prática o combate à violência contra a mulher.

Contudo, deve ser levado em consideração se medidas punitivas serão utilizadas na tentativa de combater a violência contra as mulheres, estas não podem ser aplicadas isoladamente. Faz-se necessário o emprego de medidas preventivas, educativas e sociológicas para vislumbrar uma mudança cultural, e, assim, combater a violência doméstica, a desigualdade de gênero, bem como, combater os crimes contra mulheres.

REFERÊNCIAS

BALZ, Débora Fernanda. **A lei Maria da Penha e a in: eficácia das medidas protetivas.** Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito objetivando a aprovação no componente curricular Trabalho de Curso - TC. Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. Santa Rosa. 2015.

BITTENCOURTH, Liliane de Oliveira; SILVA, Luy Zoppé. **Feminicídio no brasil: a cultura de matar mulheres**. Disponível em: https://multivix.edu.br/wp-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

content/uploads/2018/08/feminicidio-no-brasil-a-cultura-de-matar-mulheres.pdf. Acesso em: 27 set. 2021.

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina.** Trad. Maria Helena Kühner. 7. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

BRASIL. **Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015**. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 06 set. 2021.

_____. **Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 11 set. 2021.

BRUNO, Tamires Negrelli. **Lei Maria da Penha X Ineficácia das medidas protetivas: A violência doméstica contra a mulher ocorre diariamente e é um problema social que precisa ser sanado.** Disponível em: http://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/lei-maria-penha-x-ineficacia-das-medidas-protetivas.htm#capitulo_5. Acesso em: 11 set. 2021.

CARVALHO, Samile Dias. **Vítimas do femicídio na comarca de porto velho: quem somos, como somos agredidas, quem nos agride e como a justiça nos trata**. 2019. Disponível em: https://pergamum.tjro.jus.br/pergamumweb/vinculos/000000/00000076.pdf. Acesso em: 07 set. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15ª Ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2011.

COSTA, D. F. et.al. **Violência contra a mulher por parceiro íntimo: (in) visibilidade do problema.** Contexto Enfermagem, Florianópolis, v. 24, n. 1, 2015.

CUNHA, Alexia Cristina Alves. **Feminicídio: (In)efetividade no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1254/1/Monografia%20-%20Alexia%20Cristina%20Alves%20Cunha.pdf. Acesso em: 06 set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

FERNÁNDEZ, Camila Rodríguez. **Estudo revela 10 características de um possível agressor de mulheres, Portal Raiz**. Disponível em: http://www.portalraizes.com/10-dicas-para-reconhecer-um-possivel-agressor-de-mulheres/. Acesso em: 11 set. 2021.

GOMES, I. S. **Feminicídios e possíveis respostas penais: dialogando com o feminismo e o direito penal.** Gênero & Direito, Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas, João Pessoa, n. 1, 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte especial**. Vol. II. 14. ed. Niterói/RJ: Editora Impetus, 2017.

OENNING, Alexandra. **Violência doméstica contra a mulher no Brasil.** Disponível em: https://alexandraoenning.jusbrasil.com.br/artigos/170060222/violencia-domestica-contra-a-mulher-no-brasil. Acesso em: 08 set. 2021.

ORTEGA, Flávia Teixeira. **Feminicídio (art. 121, § 2º, VI, do CP).** 2017. Disponível em: https:// draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/337322133/feminicidio-art-121-2-vi-do-cp. Acesso em: 08 set. 2021.

ROMERO, T. I. **Sociologia e política do feminicídio: algumas claves interpretativas a partir de caso mexicano.** Revista Sociedade e Estado, Brasília, v. 29, n. 2, p. 373-400, maio/ago. 2014.

SANTOS, Izabel Cristiane Ferreira dos. **Feminicídio: A importância da lei do feminicídio no direito penal brasileiro.** Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/53929/feminicdio-a-importncia-da-lei-do-feminicdio-no-direito-penal-brasileiro. Acesso em: 09 set. 2021.

SILVA JUNIOR, Edison Miguel da. **A violência de gênero na Lei Maria da Penha. 2006.** Disponível em: https://www.direitonet.com.br/artigos/perfil/exibir/99066/EdisonMiguel-da-Silva-Jr. Acesso em: 07 set. 2021.

SOUZA, Katia Regina Barros de. A **efetividade da lei maria da penha no município de Porto Velho/RO.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/76115/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha-no-municipio-de-porto-velho-ro. Acesso em: 06 set. 2021.

SESDEC/GEI, Secretaria de Estado da Segurança, Defesa e Cidadania**. Dados sobre ocorrências de feminicídio e homicídio em Porto Velho 2019/2020.** Disponível em: http://www.rondonia.ro.gov.br/sesdec/sobre/sobre-a-sesdec/. Acesso em: 25 set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

PASINATO, Wânia. “**Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil**. Cadernos Pagu, Campinas, SP, n. 37, p. 219–246, 2016. Disponível em: https://periodicos.sbu.unicamp.br/ojs/index.php/cadpagu/article/view/8645012. Acesso em: 22 set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O ILEGAL VILIPÊNDIO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS SUCUMBENCIAIS PELO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO. AFRONTA A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE.

DANIEL NASCIMENTO CURI: Mestrando em direitos humanos pela PUC/SP. Advogado.

RESUMO: Os honorários advocatícios sucumbenciais vêm sendo aviltados por grante parte do Poder Judiciário Brasileiro em que pese expressa determinação em sentido contrário constante do Código de Processo Civil vigente no país. Honorários advocatícios são considerados verba alimentar pelo Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 47). Seu vilipêndio afronta a dignidade da pessoa humana. Honorários advocatícios integram as prerrogativas dos advogados brasileiros. Não deve haver trabalho sem remuneração. A Lei de Abuso de Autoridade repudia violação às prerrogativas dos advogados.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais conforme vigente Código de Processo Civil – 3. Verba Alimentar nos termos da Súmula 47 do Egrégio Supremo Tribunal Federal – 4. Honorários advocatícios integram o rol de prerrogativas dos advogados brasileiros. Lei de Abuso de Autoridade 5- Considerações Finais.

1.Introdução.

O tema dos honorários advocatícios sucumbenciais sempre despertou problemas entre a classe dos advogados e o Poder Judiciário.

Não custa lembrar, ser tarefa privativa do Poder Judiciário a fixação dessa espécie de honorários advocatícios, posto que obviamente definidos em uma decisão judicial. Ou seja, diferem da pactuação honorária travada entre cliente e seu advogado, relação tipicamente privada.

No Código de Processo Civil passado, aquele de 1.973, alcunhado por muitos de Código Buzaid (referência ao Ministro da Justiça da época) a problematização se originava no artigo 20 da Lei Processual.

O dilema ocorria, invariavelmente, nos casos em que a ação era julgada improcedente e, portanto, inexistia condenação. Em existindo condenação, o parágrafo 3º do artigo 20, mandava fixar a verba entre 10 e 20% do valor acolhido como devido na decisão judicial (condenação).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Mas o "Código Novo", esse de 2015, alcunhado de "Código Fux", em referência ao atual Ministro do E. STF, veio à lume para "corrigir" essa problemática.

É que também em caso de improcedência, se mostra razoável se fixar os honorários em percentual sobre o "bem da vida" envolvido no litígio. Nada mais justo. Se se obtem um benefício (seja em condenação ou livrando o cliente de condenação) razoável que percentual sobre a benesse seja adotado como parâmetro.

Infelizmente não é o que se tem visto inobstante expresso texto legal.

1.Fixação dos honorários advocatícios sucumbenciais conforme vigente Código de Processo Civi

Dispõe o artigo 85 do Código de Processo Civil:

> *" A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.*
>
> *parágrafo segundo: Os honorários serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, sobre o proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:"*

Como se verifica, com incrível e solar clareza, o dispositivo legal (em plena vigência) manda, determina, impõe, cogencia o julgador a fixar os honorários advocatícios entre 10 e 20% da condenação, do proveito econômico ou do valor da causa.

Contudo, e em que pese a solar clareza do artigo 85 do novo Código de Processo Civil, temos assistido injustificável aviltamento da verba honorária que forçosamente deve ser fixada pelo Poder Judiciário em favor dos advogados brasileiros.

O artigo da lei é extremamente claro e é fruto de longos debates técnicos entre a comunidade jurídica. Foi uma lei discutida. Gestada. Estudada por renomados juristas brasileiros.

A propósito, o novo Código de Processo Civil foi "batizado" de Código Fux como se disse mais atrás, em homenagem/referência ao hoje Presidente do STF Luiz Fux, magistrado de carreira, e um dos grandes idealistas da nova lei processual. Participou ativamente de sua elaboração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Todavia, e sem prejuízo, repita-se vez mais, da clareza do texto legal, e por mais paradoxal que possa parecer (descumpre-se lei com "nome de magistrado) assiste-se, cotidianamente, um inexplicável aviltamento da sagrada prerrogativa (honorários) legalmente destinada ao profissional da advocacia.

É evidente, diante do claro dispositivo de lei, que em sentença onde se impõe uma condenação de R$ 300.000,00 (trezentos mil reais) os honorários advocatícios deverão ser fixados no mínimo em quantia equivalente a 10% desse valor. Ou seja, R$ 30.000,00.

A questão, com todo o respeito, de tão clara, exige apenas alfabetização ou intimidade mínima com o idioma pátrio. É só ler o disposito legal (art. 85, e parágrafo segundo).

Fala, textualmente, em *"condenar o vencido"*. E, em seguida, que os honorários *"serão fixados entre o mínimo de dez e o máximo de 20 por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido..."*

Assim mesmo, e sem qualquer justificativa, pululam decisões judiciais não observando o claríssimo texto da lei.

Inadvertidamente, não raro, fixam os honorários em R$ 1.000,00, por exemplo, quando o correto (é Lei Federal) seriam R$ 30.000,00. (temos inúmeros casos públicos neste sentido; só como exemplo processo digital nº 1006994-29.2019.8.26.0562)

Note-se que não se fala aqui de condenações na casa de dez bilhões de reais, onde, subjetivamente, poderia se alegar equivocada "razoabilidade" ou alguma outra idéia da qual o legislador não se ocupou.

Mas, como se disse, o aviltamento ocorre em causas com valores não exorbitantes, registrando, novamente, que o legislador, em momento algum, excepcionou parâmetros de fixação em casos com quantias estratoféricas.

Ou seja, se a causa for valorada em um bilhão de reais, os honorários, segundo a vigente Lei Federal, devem ser fixados em 10% desse valor.

Óbvio que maior o valor da causa, maior a responsabilidade do advogado perante o cliente.

Na realidade, tem se tratado a questão dos honorários, e não é de hoje, com incrível desdém. Frieza mesmo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.Verba Alimentar (Súmula 47 do Supremo Tribunal Federal).

A questão dos honorários vem sendo cuidada com indisfarçável indiferença por um significativo seguimento do Poder Judiciário Brasileiro.

Tratada com um ar *blazé*, inclusive, olvidando-se que se trata, em última análise, de uma verba alimentar, sagrada, imprescindível ao sustento de uma classe profissional que é essencial a administração da justiça conforme preconiza o artigo 133 da Carta Magna.

Ofende-se, sem qualquer pejo, a dignidade da pessoa humana, por lógica, banal e pueril consequência. Será tão difícil entender o grau e o efeito da ilegal violência de se aviltar honorários advocatícios de natureza sucumbencial?

O advogado, por óbvio, se sustenta de seus honorários. É com essa verba, ditada por cogente lei federal (não é favor, diga-se) que alimenta sua família.

Ao menos desde o advento da Lei Áurea, aquele sujeito que trabalha tem, evidentemente, direito a receber contrapartida.

E, no caso, a contrapartida está positivada em lei específica. Lei nova. Em plena vigência. Código batizado com o nome de um magistrado de carreira...

O mais lamentável é que no Estado de São Paulo, por exemplo, em uma causa valorada em R$ 500.000,00, onde os honorários sejam ilegalmente aviltados em sentença, o advogado para oferecer recurso contra decisão, precisará pagar a quantia de R$ 25.000,00 (4% do valor da causa). (Lei Estadual nº 11.608/03)

Cria-se, então, sem qualquer constrangimento ou prurido ético, um "beco sem saída". Retira-se o prato de comida da mesa do advogado, inobstante o vigente amparo legal para que o prato esteja ali acomodado.

3.**Honorários advocatícios integram o rol de prerrogativas dos advogados brasileiros. Lei de Abuso de Autoridade**

Importante a observação feita no tópico anterior sobre o recurso contra a sentença, pois é comum o Juiz de Direito, em primeiro grau, ao despachar embargos de declaração contra sua própria decisão (ora, é evidente a contradição/obscuridade com relação ao expresso texto da lei), dizer ao advogado: - *Está errado o que eu decidi doutor? Então recorra ao Tribunal...*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Infelizmente é muito comum assistir eventos dessa natureza em nosso cotidiano forense.

E aqui se fala de observar um claríssimo artigo do vigente Código de Processo Civil. Não há interpretação. Em palavras outras e menos robustas: está escrito na lei federal que dois e dois são quatro e não um e meio.

E o que acontece àquele que *cisma* em dizer que são um e meio?

Atualmente, na prática, absolutamente nada. Nenhuma reprimenda, censura interna, ou algo parecido. Nada, repita-se.

Importante registrar, que a presente reflexão, não pretende fomentar qualquer beligerância entre essenciais operadores do direito (advocacia x magistratura).

Desnecessário alimentar ainda mais polêmicas em período tão turbulento pelo qual atravessa a nação com forte crise, por exemplo, entre os três Poderes da República.

Contudo, é preciso compreensão de parte do Judiciário com relação ao aflitivo quadro aqui descrito. Aflitivo e, em verdade, perigoso.

Atenta contra a segurança jurídica admitir nítida agressão a novel e claríssimo texto de lei.

Até um pouco de altruísmo de parte do Poder Judiciário seria conveniente: gostariam, ao arrepio de lei vigente, ver seus vencimentos sensivelmente diminuídos? Diminuídos a partir de agressão da lei, insiste-se.

Óbvio que não.

Espera-se que esse quadro comece se alterar a partir da aplicação do artigo 43 da Lei 13.869/2019 (Lei de Abuso de Autoridade). Fixaçã de honorários sucunbenciais conforme determina lei vigente constitue prerrogativa dos advogados brasileiros.

4.Considerações finais.

Pede-se, pontue-se vez mais, apenas que a lei seja aplicada. Apenas isso.

Negar vigência a expresso e claríssimo texto de lei processual aviltando honorários advocatícios de natureza sucumbencial é atentar contra as prerrogativas de toda uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

classe; erigida, a propósito, como essencial a administração da justiça pela própria Carta Política que ainda vigora no país. (art. 133 da CF).

Seria o caso, então, de se impor alguma sanção ao inexplicável desatino judicante; nesse particular acima sustentado? Sanção ao próprio magistrado?

O que fazer? Continuar assistindo a tão violenta agressão as prerrogativas dos advogados que, evidentemente, se imbrica com a dignidade da pessoa humana?

São questões que a sociedade precisa responder.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A QUESTÃO MORAL NA POSSIBILIDADE JURÍDICA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

FRANCIONEY DA SILVA GONZAGA: Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

RESUMO: O presente trabalho visa trazer uma discussão ampla acerca da redução da maioridade penal e quais os impactos da adoção dessa medida no sistema jurídico-penal no país. Por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, buscou-se a análise dos principais argumentos favoráveis e contrários à medida, de modo a trazer à tona a discussão sobre suas consequências no sistema jurídico brasileiro e na segurança pública. Diante desse contexto, emerge o questionamento na busca para a solução do problema: qual a possibilidade jurídica de redução da maioridade penal? Assim, esse estudo assume vem analisar a possibilidade Jurídica de redução da maioridade penal. Outrossim, esse estudo se justifica, pelo fato de que o crescente número de casos de violência e crimes registrados em todo o país praticados por menores de idade, faz com que a temática escolhida para o desenvolvimento da pesquisa volte à tona no tocante a análises na área de direito penal. O método a ser utilizado neste trabalho é o dedutivo. A tipologia da pesquisa abrangeu três aspectos: quanto aos objetivos tratou-se de uma pesquisa exploratória; quanto à abordagem do problema, foi qualitativa; quanto aos procedimentos técnicos, bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Imputabilidade Penal. Estatuto da Criança e do Adolescente. Maioridade Penal.

ABSTRACT: This work aims to bring up a broad discussion about the reduction of the age of criminal responsibility and the impacts of the eventual adoption of the measure in the Brazilian criminal justice system. Through extensive bibliographical and jurisprudential research, we sought to analyze the main arguments for and against the measure, in order to bring up the discussion about its consequences in the Brazilian legal and public security system. From this context, the questioning of this study emerges, which seeks to answer the following problem: What is the legal possibility of reducing the age of criminal responsibility? To answer this problem, this study assumes the objective of analyzing the legal possibility of reducing the age of criminal responsibility. In this vein, this study is justified by the fact that the growing number of cases of violence and crimes registered throughout the country makes the theme chosen for the development of this research, that is, the reduction of the age of criminal responsibility, always come back. surface, with regard to analyzes in the area of criminal law. The method adopted to carry out this research was deductive. The research typology adopted covered three aspects: regarding the objectives, it was an exploratory research; as for the approach to the problem, it was qualitative; as for the technical procedures, it was bibliographical. It was concluded that, it is undeniable that

accommodating minor offenders in the same prisons as adults would not contribute anything to their resocialization, but, on the contrary, could contribute to the recurrence of crimes.

KEYWORDS: Criminal Imputability. Child and Adolescent Statute. Criminal majority.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Maioridade penal: 2.1 Da maioridade penal no brasil; 2.2 Análise estatística acerca da realidade penal dos adolescentes em conflito com a lei; 2.3. A pouca efetividade da política de aplicação de medidas socioeducativas; 2.4. A possibilidade jurídica de redução da maioridade penal. 3. Conclusão. 4. Referência.

1.INTRODUÇÃO

No atual contexto sócio econômico, verifica-se a necessidade de o Direito evoluir, tendo em vista o dinamismo inerente às relações sociais. O Direito, de uma forma geral, amolda-se como um caminho de regulação do meio social. Assim, com a evolução social surge a necessidade de regular de forma adequada as atividades, num movimento constante de adaptação normativa.

No âmbito do Direito Penal, esse fato também se manifesta verdadeiro, vez que, com o passar do tempo, muitos dos comportamentos que eram vistos com alto grau de reprovabilidade por conta de uma concepção moral da sociedade passam, em virtude da já mencionada evolução, a serem vistos como fatos sociais que acontecem naturalmente.

Dessa forma, há atenção especial dos aplicadores do direito e, também, dos legisladores, de modo a fazerem com que a aplicação do Direito esteja, o mais próximo possível, da realidade social. O Direito Penal se afigura como uma ferramenta à disposição do Estado, que visa regular as relações sociais onde exista desequilíbrio social ou uma injusta interferência de um particular nos direitos ou bens jurídicos de outrem.

Assim, por meio dessa ferramenta, o Estado está autorizado a atuar de maneira restritiva na esfera jurídica do infrator, diminuindo-lhe a liberdade através da pena aplicada. Todavia, é também um imperativo jurídico de que a pena não se descole de seu caráter pedagógico, devendo ser atrelada ao fato delituoso e, ao mesmo tempo, à condição pessoal do agente. Partindo desse contexto emerge o questionamento desse estudo que busca responder ao seguinte problema: Qual a possibilidade jurídica de redução da maioridade penal?

Para responder a esse problema, esse estudo assume o objetivo de analisar a possibilidade Jurídica de redução da maioridade penal. Neste diapasão, esse estudo se justifica, pelo fato de que o crescente número de casos de violência e crimes registrados em todo o país faz com que a temática escolhida para o desenvolvimento da presente

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pesquisa, isto é, a redução da maioridade penal, sempre volte à tona, no tocante a análises na área de direito penal.

Neste mesmo propósito, nota-se que as crianças e adolescentes acabam não sendo uma realidade alarmante, mas seus próprios transformadores, é porque esteve em contato com situações que lhe proporcionaram a cidadania, e assim, a finalidade da medida estará cumprida e quem ganha é a própria sociedade.

No Brasil como um todo, temos assistido um aumento dos números de delitos na sociedade, especialmente, os contra a vida e, consequentemente, considerados hediondos pela legislação especial para tais crimes. Em muitas das vezes, tais condutas criminosas são cometidas por pessoas que se encontram abaixo da faixa etária de 18 anos de idade, considerados pela norma pátria crianças e adolescentes que, amparados pela sua inimputabilidade e da percepção de impunidade diante das frágeis medidas socioeducativas impostas pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), passam a uma vida de delinquência.

Muitos argumentam que a inimputabilidade é uma falácia, eis que menores de 18 anos já podem exercer diversos atos da vida civil, como casar-se, votar e trabalhar. Lado outro, muitos afirmam que punir não é suficiente: é necessária uma educação inclusiva, de modo a criar no jovem a consciência sobre seu papel na sociedade, da consequência de seus atos, e que somente assim formar-se-iam cidadãos, com a consequente redução no número de crimes. E assim, com ambos os lados possuindo parcela de razão, a discussão prossegue, sem solução.

A mais notável e pioneira tentativa de alteração penal foi intentada através da PEC 171/1993, de autoria do ex-deputado Benedito Domingos, onde se pretende alterar o Artigo nº 228, da Constituição da República Federativa Brasileira (CRFB/88), que preceitua que "são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial" (BRASIL, 1988), de modo a relativizar a norma, permitindo a imputação de crimes considerados hediondos (aqueles descritos na lei 8.072/90) a adolescentes maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos. Essa proposta foi aprovada na câmara dos deputados, em dois turnos, e atualmente encontra-se em análise pela comissão de Constituição e Justiça no Senado Federal.

De toda sorte, é possível afirmar categoricamente que somente a redução da maioridade penal não seria suficiente para acabar definitivamente com a criminalidade no país. Todavia, é notável que a redução traria impactos, em muitos aspectos do campo jurídico penal. Dessa forma, através do presente trabalho, buscam-se discorrer acerca das consequências da possível adoção da redução da maioridade penal no Brasil, de modo a verificar quais seriam os impactos no sistema penal brasileiro.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2. MAIORIDADE PENAL NO BRASIL

Durante o período colonial, a maioridade penal foi estatuída no Brasil, por meio do primeiro Código Criminal do Império (1830), que seguiu uma tradição da Europa, no intuito de colocar severidade na legislação brasileira, através da punição aos cidadãos infratores. Durante seis décadas, o Código supracitado, foi responsável pela imputabilidade e sanção dos infratores, havendo mudanças na legislação apenas mediante o Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890, assinado durante o governo do General Manoel Deodoro da Fonseca (1889-1891), que veio instaurar uma reforma no regime penal, considerando inclusive a maioridade penal, desde a perspectiva da inimputabilidade, nesse contexto, os menores de nove anos eram considerados como inimputáveis, como garantia de proteção ao menor.

Desta forma, percebe-se que os direitos dos adolescentes sempre foram uma preocupação por parte da sociedade, em geral, e da legislação, em particular. Essa preocupação foi ratificada mediante o Decreto nº 17.943, de 12 de outubro de 1927, (Código Mello Mattos), que reúne em seus 123 artigos o objetivo de proteger à criança e, ao mesmo tempo, de reprimir os delitos cometidos pelas crianças e adolescentes.

A imputabilidade penal, entendida como o conjunto de condições que determinam que um agente possua a capacidade de que suas ações sejam juridicamente imputadas, por décadas foi pensada para possibilitar que apenas o jovem com 18 anos completos pudesse ser imputável, considerando essa idade como um critério de segurança, pois se entende que o adolescente não possui a maturidade necessária para responder por seus atos perante a lei, deste modo Masson diz:

> "Em relação aos menores de 18 anos de idade adotou-se o sistema Biológico para a constatação da inimputabilidade. Tais pessoas, independentemente da inteligência, da perspicácia e do desenvolvimento mental, são tratadas como inimputáveis. Podem, inclusive, ter concluído uma faculdade ou já trabalharem com anotação em carteira de trabalho e previdência social. A presunção de inimputabilidade é absoluta (*iuris et de iure*), decorrente do art. 228 da Constituição Federal[2] e do art. 27 do Código Penal[3] e não admite prova em sentido contrário. "Nos termos da Súmula 74 do Superior Tribunal de Justiça, a prova da menoridade deve ser feita por documento hábil". Esse documento pode, mas não deve ser necessariamente a certidão de nascimento. Serve qualquer documento de identidade, certidão de batismo, carteira escolar, entre outros" (MASSON, 2019, p. 552).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Todavia, e tendo em vista as alterações sociais vivenciadas nas últimas décadas, conclama-se a alteração da política de apenamento, conforme será demonstrado durante o próximo capítulo.

2.1 ANÁLISE ESTATÍSTICA ACERCA DA REALIDADE PENAL DOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI

No contexto atual apesar de termo alcançado um status de país democrático, ainda é percebível no Brasil, o desrespeito à dignidade da criança os direitos previstos na CF/88 dentro do rol dos direitos sociais, esse contexto reforça-se os achados em muitos escritos jurídicos, os objetivos sociais presumíveis são prosseguidos pela lei, onde muitas vezes está expressa a moralidade necessária; em que eles tendem a confundir os conceitos de final (propósito) ou função (funções). "Os críticos reclamam instrumentalismo ingênuo, que são específicos a ser medido pela sua efetividade" (COTTERRELL, 1991). Frente a este novo cenário da criminalidade infantil Silva descreve que:

> **"NO CONTEXTO DA SOCIEDADE BRASILEIRA, A PREOCUPAÇÃO COM A PROTEÇÃO DA INFANTO-ADOLESCÊNCIA REFLETIU-SE EM DIVERSOS DISPOSITIVOS DA CARTA CONSTITUCIONAL DE 1988, DESSA MANEIRA CABE AO ESTADO, À SOCIEDADE E À FAMÍLIA ASSEGURAR CONDIÇÕES EFETIVAS DO EXERCÍCIO DE CIDADANIA PLENA À CRIANÇA E AO ADOLESCENTE, OS QUAIS DEVEM SER PROTEGIDOS E TER SEUS DIREITOS GARANTIDOS" (SILVA, 2018, P. 212).**

Em nesse sentido, que a análise funcional trata diretamente as causas e origens dos fenômenos sociais, onde a orientação é implícita em distinguir ordem e função; a origem histórica da doutrina inglês de estados, ou o sistema jurídico estão sujeitas às fiscalizações completamente diferentes funções sociais, políticas e económicas ou real. As funções próprias podem ser consideradas em sua mudança temporária progressiva; uma monarquia, o que representou tempos em uma política militar e direção pode começar a cumprir funções puramente simbólicas ou ideológicas; um ritmo de elementos funcionais pode tornar-se prejudicial para o funcionamento do sistema social coeso (COTTERRELL, 1991). Corroborando a esse contexto tem-se na Constituição (CF, 1988) o seguinte texto:

> **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**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

TODA FORMA DE NEGLIGÊNCIA, DISCRIMINAÇÃO, EXPLORAÇÃO, VIOLÊNCIA, CRUELDADE E OPRESSÃO.

§ 1º – O ESTADO PROMOVERÁ PROGRAMAS DE ASSISTÊNCIA INTEGRAL À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE [...].

§ 3º – O DIREITO À PROTEÇÃO ESPECIAL ABRANGERÁ OS SEGUINTES ASPECTOS:

I – IDADE MÍNIMA DE QUATORZE ANOS PARA ADMISSÃO AO TRABALHO, OBSERVANDO O DISPOSTO NO ART. 7 O, XXXIII; [...].

III – GARANTIA AO ACESSO DO TRABALHADOR ADOLESCENTE À ESCOLA; [...].

§ 4º – A LEI PUNIRÁ SEVERAMENTE O ABUSO, A VIOLÊNCIA E A EXPLORAÇÃO SEXUAL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.

ART. 229 – OS PAIS TÊM O DEVER DE ASSISTIR, CRIAR E EDUCAR OS FILHOS MENORES [...].

Constituindo ainda o cenário de proteção ao menor, tem-se no ECA, uma condição peculiar ao tratamento de crianças e adolescentes, pois este preconiza que criança é o indivíduo de até 12 anos de idade incompletos, já o adolescente tem entre 12 e 18 anos, sendo dever do estado assegurar seus direitos, sem ao menos alguém protestar ou contestar qualquer ato infrator cometido por esse menor. Retornando a redação da CF (1998) lê-se:

I – ENSINO FUNDAMENTAL, OBRIGATÓRIO E GRATUITO, INCLUSIVE PARA OS QUE A ELE NÃO TIVERAM ACESSO NA IDADE PRÓPRIA;

II – PROGRESSIVA EXTENSÃO DA OBRIGATORIEDADE E GRATUIDADE AO ENSINO MÉDIO;

III – ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO AOS PORTADORES DE DEFICIÊNCIA, PREFERENCIALMENTE NA REDE REGULAR DE ENSINO;

IV – ATENDIMENTO EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA ÀS CRIANÇAS DE ZERO A SEIS ANOS DE IDADE;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> **V – ACESSO AOS NÍVEIS MAIS ELEVADOS DO ENSINO, DA PESQUISA E DA CRIAÇÃO ARTÍSTICA, SEGUNDO A CAPACIDADE DE CADA UM;**
>
> **VI – OFERTA DE ENSINO NOTURNO REGULAR, ADEQUADO ÀS CONDIÇÕES DO ADOLESCENTE TRABALHADOR;**
>
> **VII – ATENDIMENTO NO ENSINO FUNDAMENTAL, ATRAVÉS DE PROGRAMAS SUPLEMENTARES DE MATERIAL DIDÁTICO-ESCOLAR, TRANSPORTE, ALIMENTAÇÃO E ASSISTÊNCIA À SAÚDE.**

É cediço acrescentar que tais direitos não excluem os autores de atos infracionais que são merecedores de igual atenção e cuidado por parte da família, do estado e da sociedade. São seres humanos que foram, em algum momento de sua história, violados em seus direitos e necessitam de especial atenção para sua recuperação (SOARES, 2017). Para se entender as causas presentes nesta contradição, torna-se importante assinalar as mudanças que ocorreram na origem do capitalismo que iniciou com revolução industrial na Inglaterra 1780, onde provocaram mudanças econômicas no sistema de produções a consequência foi à imigração de grande parte da população das zonas rurais para zona urbanas atraídas pela oferta de emprego, além desse fator imigratório crianças acompanharam seus pais nas realizações das atividades fabris.

> **"BUSCAVAM O MÁXIMO DA FORÇA DE TRABALHO PELO MÍNIMO NECESSÁRIO PARA PAGÁ-LAS. COMO MULHERES CRIANÇA PODIAM CUIDAR DAS MÁQUINAS E RECEBER MENOS QUE OS HOMENS. A PRINCÍPIO OS DONOS DE FABRICAS COMPRAVAM O TRABALHO DAS CRIANÇAS POBRES, NOS ORFANATOS; MAIS TARDE, COMO OS SALÁRIOS DO PAI OPERÁRIO E DA MÃE OPERÁRIA NÃO ERA SUFICIENTE PARA MANTER AS FAMÍLIAS, TAMBÉM AS CRIANÇAS QUE TINHA EM CASA FORAM OBRIGADAS A TRABALHAR NAS FABRICAS E MINAS" (COTTERRELL, 1991, P. 178).**

Com o processo de reestruturação econômica do capital, o aumento do desemprego que cresce desordenadamente colocando as famílias em situação de vulnerabilidade social, obrigando os pais a colocarem seus filhos para trabalharem nos setores informais, para garantir o sustento e a manutenção financeira da casa.

> "Nestas condições que a questão social se torna – mais exatamente: podem torna-se – objeto de uma intervenção continua e sistemática por parte do Estado. É só a partir da concretização das possibilidades

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> econômicas e sociais e política segregada na ordem monopólica (concretização variável do jogo das forças políticas) que a questão social se opõe como alvo das políticas sociais" (PEREIRA, 2015, p. 29).

Soma-se a esse fato que na sociedade capitalista os seres humanos são tratados como coisas, podendo ser substituídos por qualquer outro trabalhador. Desta forma a questão social, se caracteriza de forma expressiva e agressiva na sociedade onde a moeda de troca é à força de trabalho. Agregando a este contexto capitalista Trentin, ressalta que:

> "O adolescente em conflito com a lei, habitualmente, nasce numa família pobre, de pais não inseridos socialmente ou que praticam delitos. As famílias influenciam o desenvolvimento dos seus descendentes através da sua situação social e física. A educação e a ocupação dos pais têm consequências de grande importância para as crianças. O mesmo acontece com a zona em que vivem. Pais física e afetivamente ausentes, separados, violentos ou, até mesmo, criminosos são exemplos para muitas crianças e adolescentes. Essa criminalidade praticada pelos pais tende a ser transmitida aos filhos, perpetuando a sina familiar para comportamentos desviantes antissociais" (TRENTIN, 2016, p. 221).

Agregado aos fatores capitalistas da sociedade, Silva leciona que "as causas de marginalidade entre os jovens são amplas, não se restringindo apenas a aspectos estigmatizados como a mendicância, fome, baixo nível de escolaridade e renda, desemprego, subemprego, desestruturação familiar e o descaso social" (SILVA, 2018, p. 04), de modo geral a autora classifica que estes motivos estão relacionados a duas causas as psico-patogênicas e/ou psicossociais.

Independente das causas relacionada as práticas criminais de crianças adolescentes, "qualquer indivíduo deve desenvolver a sua capacidade de controle dos impulsos, para não ultrapassar as leis impostas pela sociedade ao qual ele pertence. É indispensável que consiga adiar a gratificação de uma ação, sem sentir-se prejudicado, além de saber levar em conta os sentimentos alheios, não transpondo o limite de uma boa convivência visando uma gratificação imediata" (TRENTIN, 2016, p. 225). Com relação aos fatores que fazem com que as crianças e adolescentes recorram à criminalidade é explicado nos estudos de Roberti quando o autor descreve:

> "Na maioria das vezes as crianças refugiam-se na marginalidade, em consequência do fracasso da geração dos seus pais, fugindo, desta forma, das opressões de todos os gêneros, protegendo-se da despersonalização em que a sociedade os obriga a se amoldar. Como resposta à irresponsabilidade e desumanidade da sociedade, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> tem seus interesses voltados para o desenvolvimento e ignora as vítimas de uma política que não leva em conta o social e, sobretudo, a criança, esta reunindo-se em bandos, tenta criar, clandestinamente, um mundo irreal que responda às suas necessidades mais profundas" (SILVA, 2018, p. 04).

Agregado aos fatores sócios ambientais que estão envolvidos os jovens infratores do Brasil, Soares salienta que:

> "Outro aspecto significativo na história de vida de adolescentes que se envolvem em atividades ilícitas e que pode influenciar na prática de atos infracionais é o alto índice de evasão escolar. É grande o número de adolescentes que deixam a escola após inúmeras reprovações, por não se sentirem instigados a aprender o que a escola tem para lhes oferecer, talvez por não compreenderem o sentido destes conteúdos em suas vidas práticas. Outros, ainda, deixam a escola para trabalhar ou por não conseguirem conciliar trabalho e estudos" (SOARES, 2017, p. 12).

Neste sentido, muitas vezes a família tem grande influência, seja por negligenciar o abandono escolar ou por incentivar a evasão diante de uma dura realidade onde a necessidade de sobrevivência fala mais alto, isso porque "o direito não é mais constituído por genarilades, isso porque as relações ou relacionamentos sociais no sentido em que Marx fala, está na falta de um acabamento no sistema de relações" (STUCKA, 1969). Outro fator que merece destaque é a drogadição onde Soares (2018, p. 12) descreve que:

> "Sabe-se que o mercado de substâncias entorpecentes cresce de forma alarmante e se prolifera desde a cidade até o interior, da periferia aos bairros nobres. Os adolescentes acabam por se envolver com as drogas de diferentes maneiras. Alguns são atraídos pelo dinheiro fácil que o comércio ilegal de entorpecentes proporciona, outros se envolvem com as gangues para receber segurança, ajuda econômica e social dos "patrões" do tráfico, outros ainda, pela própria dependência química precisam trabalhar para as gangues a fim de pagar suas dívidas com as mesmas".

Isso ocorre devido aos adolescentes que passarem a estabelecer algum vínculo com estes grupos, muitas vezes, são incentivados a cometer assaltos, roubos e até homicídios. Os próprios traficantes facilitam o uso de armas de fogo a estes jovens que, fascinados pelo poder e pelo fácil acesso às drogas, envolvem-se nestas atividades ilegais e quando percebem já não conseguem mais sair desta realidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De modo a ilustrar melhor a importância da discussão sobre o tema, cumpre-se primeiramente a missão de demonstrar, através de números estatísticos, coletados por meio de pesquisas feitas por grandes veículos de comunicação e institutos especializados, a real situação criminal do Brasil. Considerando que o objetivo do presente trabalho é análise do vínculo existente entre a redução da maioridade penal e a criminalidade, imperioso é verificar como é a atual situação, e como faz sentido essa discussão.

2.2 A pouca efetividade da política de aplicação de medidas sócioeducativas

A Constituição e outras legislações vigentes determinam que as leis infraconstitucionais, no que se refere à proteção da criança e do adolescente, sejam interpretadas desde uma perspectiva protetiva do infante. Justamente o ECA define-se como um instrumento que visa a proteção integral aos interesses de crianças e adolescentes. Neste sentido Nucci sugere:

> Sei da importância dos princípios regentes de todas as áreas do Direito, em particular o da dignidade da pessoa humana, que jamais poderia ser olvidado na sensível área infanto-juvenil. Mas esta matéria goza de princípios próprios, dentre os quais um deles é evidentemente o sol no horizonte dos demais: o princípio da proteção integral, que se associa ao princípio da absoluta prioridade (ou do superior interesse) da criança e do adolescente. Cabe aos operadores do Direito respeitar, com fidelidade, os princípios norteadores da Infância e da Juventude, o que ainda não ocorre. Eis o primeiro motivo para preocupação (NUCCI, 2019, p. 10).

Desta forma, percebe-se que a norma, além de considerar ao adolescente como um sujeito de direitos, também reúne normas com características repressivas, que visam nortear os incidentes na aplicação de medidas aos indivíduos infratores. Estas normas legais ainda devem ser entendidas como instrumentos de proteção às crianças e adolescentes, e não apenas como instrumentos penais, pois a punição deve considerar seu estado de desenvolvimento.

Todavia, cabe ressaltar que o modelo vigente de imposição de medidas socioeducativas não está sendo efetivo, no sentido de socializar e educar o adolescente responsável por atos infracionais, pois não consegue evitar que o adolescente cresça e cometa crimes, nem retribuir de forma adequada a lesão causada ao bem jurídico mediante esse ato; percebe-se ainda que há um aumento na criminalidade entre os jovens, não sendo possível identificar as vantagens dessa lei no sentido educativo e nem punitivo. A esse respeito:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Define-se o ato infracional como a conduta descrita como crime ou contravenção penal, embora não se deixe claro a sua finalidade: educar, punir ou ambos; proteger, educar ou ambos; proteger, educar e punir, enfim, desvendar o fundamento das medidas aplicadas em função do ato infracional é tarefa das mais complexas e, sem dúvida, controversa. Levando-se em consideração constituir-se a República Federativa do Brasil em Estado Democrático de Direito (art. 1.º, caput, CF), bem como os postulados constantes dos arts. 228 e 229 da Carta Magna, há de se acolher a finalidade protetiva, em primeiro plano, para crianças, seguida do propósito educativo; para adolescentes, em primeiro plano a meta educativa, seguida do fim protetivo. Há algum aspecto punitivo? Seria ingenuidade supor que não. Internar um adolescente, por si só, representa uma privação à sua liberdade e, por mais que se pretenda impingir a prevalência do caráter educativo – o que nos parece válido –, sobra o ranço da punição (IBID, p. 194).

A partir dos apontamentos acima, pode-se entender como há uma grande dificuldade, que ainda não encontra subsídios, na cominação de sanções adequadas aos adolescentes, considerando que eles ainda não possuem um desenvolvimento integral de suas faculdades, principalmente mentais, o que evita que eles entendam efetivamente as consequências de seus atos de forma pedagógica, pois não conseguem distinguir entre o que é certo e o que é errado, entre o que é aceitável socialmente e o que não é, desde uma perspectiva moral.

Percebe-se que, a maior parte das vezes, o indivíduo que comete um ato delitivo, possui algum desequilíbrio no que se refere à construção da socialização, sendo necessário que ele seja inserido no modelo considerado aceitável moralmente pela sociedade, através de um direcionamento auxiliado pelo Direito Penal. Acerca da ressocialização, principalmente aplicada aos adultos infratores, tem-se o seguinte conceito:

> Ressocialização, conforme já explicitado, nada mais é, grosso modo, que a uma nova socialização do indivíduo, uma nova habituação aos preceitos, costumes e valores da sociedade. O instituto da ressocialização se dá, de forma ampla e, sobretudo na abordagem do presente estudo, quando o cidadão é retirado da sociedade por um lapso temporal significativo, o que ocorre quando é condenado e cumpre uma pena restritiva de liberdade em regime fechado, pela prática de um delito (CARVALHO, 2019, p. 84).

Essa ressocialização permite determinar que o indivíduo criminoso delinque devido a um determinado desvio de conduta, que faz com que ele não identifique uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

compatibilidade com a sociedade e com o contexto em que se desenvolve, não sentindo a necessidade de respeitar os direitos alheios. Neste sentido, a punição atua como promotora da adequação social do indivíduo, no intuito de torná-lo um cidadão que respeita os direitos do outro e cumpre a lei. A esse respeito:

> A prisão é uma parte de um continuam que inclui família, escola, assistência social, a organização cultural do tempo livre, preparação profissional, universidade e educação adulta. O tratamento na penitenciária e a assistência pós-penitenciária previstos pelas novas leis, são um setor altamente especializado deste continuam, tendente a recuperar os atrasos em socialização que indivíduos marginais têm sofrido, do mesmo modo como as escolas especiais ajudam a recuperar terreno aquelas crianças que provam ser inaptas para as escolas normais (TRINDADE, 2018, p. 31).

Dentro desse contexto, percebe-se a função do Estado como promotor da conduta esperada pela sociedade para o adolescente, deixando claro seu "dever ser", mesmo que no seio familiar não tenha sido instilado. Conforme Nucci:

> Em suma, os bons pais protegem e educam seus filhos, incluindo nesse processo as necessárias sanções, cuja finalidade não é punir para reprimir, mas sancionar para impor limites, fazer preponderar o respeito e a disciplina. Há, no entanto, uma forte liga entre pais e filhos, que é o amor, além da troca constante de afeto e a permanente mostra de afinidade. Esse quadro, quando projetado ao Estado em confronto com crianças e adolescentes, que cometem atos infracionais, torna-se mais complexo, pois entram em cena diversos operadores do Direito, além de profissionais ligados a variadas áreas técnicas – e não há o amálgama da família, que é o sentimento positivo. Eis a dificuldade para se conseguir visualizar os infantes e os jovens, que não são filhos, mas estranhos, como destinatários da mesma compreensão, tolerância, paciência e insistência para proteger, educar e tutelar. Em tese, o poder público necessitaria tratar as crianças e adolescentes como os pais cuidam de seus filhos, mas esse ideal não se coaduna com a realidade, surgindo inúmeros pontos de conflito, que causam as opiniões tão díspares na área da infância e juventude. O rigor, em si mesmo, não é um aspecto negativo, desde que utilizado para promover a boa formação de crianças e jovens. A difícil busca pela concretização do meio-termo é a missão do operador do Direito nessa área, garantindo-se a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> dignidade do menor de 18 anos, ao mesmo tempo em que não se ignora o desrespeito à lei (NUCCI, 2019, p. 194).

Observa-se que a norma brasileira oferece várias formas de medidas socioeducativas, que visam inicialmente educar e, posteriormente, punir ao indivíduo infrator. O artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê as medidas socioeducativas, organizadas pelo legislador desde o menor grau até o maior grau de interferência na esfera jurídica, conforme visto a continuação:

> Art. 112. Verificada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá aplicar ao adolescente as seguintes medidas:
>
> I - advertência;
>
> II - obrigação de reparar o dano;
>
> III - prestação de serviços à comunidade;
>
> IV - liberdade assistida;
>
> V - inserção em regime de semi-liberdade;
>
> VI - internação em estabelecimento educacional;
>
> VII - qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.
>
> § 1º A medida aplicada ao adolescente levará em conta a sua capacidade de cumpri-la, as circunstâncias e a gravidade da infração.
>
> § 2º Em hipótese alguma e sob pretexto algum, será admitida a prestação de trabalho forçado.
>
> § 3º Os adolescentes portadores de doença ou deficiência mental receberão tratamento individual e especializado, em local adequado às suas condições (BRASIL, 1990).

Neste sentido é importante ressaltar que não se aplica um princípio de correspondência entre o ato infracional e a medida socioeducativa a ser aplicada, como no caso dos crimes, cabendo aos sujeitos jurídicos (magistrado e representante do Ministério Público) definirem a melhor medida para sancionar ao adolescente infrator, a depender das circunstâncias particulares do caso.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, percebe-se que perante a lei, a medida socioeducativa não atua como uma pena, devido a sua finalidade predominantemente educativa, assim, a medida deve ser aplicada gradualmente, a depender da condição do adolescente infrator. Neste sentido:

> Como o ato infracional não é crime e a medida socioeducativa não é pena, incabível fazer qualquer correlação entre a quantidade ou qualidade (se reclusão ou detenção) de pena in abstrato prevista para o imputável que pratica o crime e a medida socioeducativa destinada ao adolescente que pratica a mesma conduta, até porque inexiste qualquer prévia correlação entre o ato infracional praticado e a medida a ser aplicada, nada impedindo - e sendo mesmo preferível, na forma da Lei e da Constituição Federal - que um ato infracional de natureza grave receba medidas socioeducativas em meio aberto. A aplicação das medidas socioeducativas não está sujeita aos parâmetros traçados pelo CP e doutrina penalista para a "dosimetria da pena", sendo assim inadmissível a utilização, bastante comum, da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. A aplicação das medidas socioeducativas está sujeita a princípios e regras específicas, previstas nos arts. 112, §1º e 113 c/c arts. 99 e 100, caput e par. único, todos do ECA (vide). As medidas socioeducativas devem, em regra, corresponder a um programa socioeducativo e este, por sua vez, deve estar inserido numa política socioeducativa mais ampla, devidamente articulada (cf. art. 86, do ECA) com outros programas e serviços públicos disponíveis na "rede de proteção à criança e ao adolescente" que todo município deve dispor (DIGIÁCOMO, 2015, p. 157).

Passando à análise das normas sob o viés punitivo, não se pode olvidar que o atual modelo de imposição de medidas socioeducativas é pouco efetivo, tanto para a socialização quanto para a educação dos menores responsáveis pelo cometimento de atos infracionais quanto do ponto de vista de dar a devida retribuição à lesão ao bem jurídico ofendido pelo ato infracional. Entende-se, portanto, que a medida socioeducativa representa uma faculdade própria do juiz e do promotor, em relação ao menor infrator.

Neste sentido, considerando o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, previsto no art. 227 da CF e o dispositivo sancionado no art. 6º da Lei nº8.069, de 13 de julho de 1990, que garante que seja considerada na interpretação da lei "a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento" (BRASIL, 1990), temos que a aplicação de medida socioeducativa não deve ser considerada como sanção, mas como uma forma de proteger o adolescente. O que se verifica, na prática, é que somente é aplicada essa medida socioeducativa quando o infrator é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

contumaz, ou quando o crime é cometido com o uso de violência ou grave ameaça. A seguir apresenta-se a jurisprudência aplicável:

> PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL.NÃO CABIMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE ROUBO MAJORADO TENTADO. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. CRIMECOMETIDO COM VIOLÊNCIA E GRAVE AMEAÇA. PREVISÃO NO ART. 122, I, DO ECA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS DENEGADO.1. Dispõe o art. 122 do Estatuto da Criança e do Adolescente que a aplicação de medida socioeducativa de internação é possível nas seguintes hipóteses: em razão da prática de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormenteimposta.2. A medida socioeducativa de internação imposta ao paciente ostenta fundamentação idônea, em razão de o paciente ter tentado praticar crime de roubo, mediante grave ameaça exercida com o emprego de embranca (facão).3. Habeas corpus denegado.

O STJ decidiu também que:

> APELAÇÃO CÍVEL. ATO INFRACIONAL. FURTO QUALIFICADO E AMEAÇA. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. CONCESSÃO DE REMISSÃO. SUSPENSÃO DO PRAZO PRESCRICIONAL. AUTORIA COMPROVADA. EXCLUDENTES DE ILICITUDE E CULPABILIDADE. INEXISTÊNCIA. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA de LIBERDADE ASSISTIDA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS MAIS BRANDAS.
>
> 1. Tendo o feito permanecido suspenso no período compreendido entre a concessão e a revogação da remissão, não se operou a prescrição, porquanto não transcorrido o lapso temporal de um dois anos (arts. 109, VI, e 115, ambos do CP) entre as datas do recebimento da representação e da concessão da remissão, bem como entre as datas da revogação do benefício e da publicação da sentença. Inteligência do art. 126, parágrafo único, do ECA, combinado com o art. 89, § 6º, da Lei n.º 9.099/95. Preliminar rejeitada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2. A prática pelo adolescente das condutas descritas no art. 155, caput, e 147, caput, ambos do CP, está comprovada pelas provas produzidas durante a instrução processual.

3. Inexistindo elementos a indicar que o representado repeliu agressão injusta, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, não há falar que sua conduta se deu sob o abrigo da excludente de ilicitude da legítima defesa (art. 25 do CP).

4. Diante de supostas ameaças de agressão, não levadas jamais ao conhecimento da autoridade policial, inescusável a ação de subtrair uma arma de fogo para se defender. Impossibilidade de reconhecimento da excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa.

5. Considerando a gravidade das infrações e as condições pessoais do implicado, com envolvimento em diversos outros atos infracionais, inviável o abrandamento da medida socioeducativa de liberdade assistida imposta na origem. APELAÇÃO DESPROVIDA.

Finalmente, mais recentemente o STF decidiu:

EMENTA

Agravo regimental em habeas corpus. Processual penal. Ato infracional equiparado a roubo agravado pelo concurso de agente. Aplicação da medida socioeducativa de internação. Alegada falta de fundamentação idônea para justificar a medida extrema. Impetração dirigida contra decisão monocrática em que se indeferiu liminar em habeas corpus requerido ao Superior Tribunal de Justiça. Incidência da Súmula nº 691/STF. Inexistência de ilegalidade flagrante capaz de temperar o rigor do enunciado. Agravo regimental não provido. 1. A hipótese narrada nos autos não enseja a superação do enunciado da Súmula nº 691 da Suprema Corte. A decisão ora hostilizada não merece reparos, pois a questão foi resolvida nos exatos termos da pacífica jurisprudência da Corte. 2. O Supremo Tribunal Federal já assentou como adequada a medida socioeducativa de internação quando fundamentada na "gravidade do ato infracional praticado – análogo ao delito de roubo com emprego de arma de fogo – somada a aspectos psicossociais desfavoráveis constantes do relatório interdisciplinar" (RHC nº 115.077/MG, Segunda Turma, Relator o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Ministro Gilmar Mendes, DJe de 9/9/13). 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento.
>
> Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Assim, entende-se que uma das preocupações do Poder Judiciário e do Ministério Público é contribuir com a preservação da infância e adolescência, o que decorre em medidas menos punitivas e mais educativas, ainda que seja mais rigorosa, mas sempre visando preservar o desenvolvimento integral dos adolescentes.

Tal situação, embora louvável do ponto de vista da possibilidade de socialização, nem sempre tem se tornado um benefício à sociedade, redundando principalmente na ausência de uma ressocialização e educação efetiva dos adolescentes em conflitos com a lei, conforme já demonstrado estatisticamente.

2.3 A POSSIBILIDADE JURÍDICA DE REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL

Por fim, cumpre-se analisar a viabilidade jurídica da redução da maioridade penal. Dessa forma, perpassa-se sobre os principais argumentos de cunho jurídico que são favoráveis à redução da maioridade penal. O primeiro argumento comumente levantado pelos defensores da redução da maioridade penal já foi explicitado acima: A legislação (não a penal, mas a civil, trabalhista e eleitoral) já dispõe várias faculdades e direitos que podem ser exercidos pelos menores de dezoito anos, denotando assim a possibilidade de estes assumirem responsabilidades próprias da vida adulta.

Dessa forma, temos que os indivíduos entre dezesseis e dezoito anos podem votar (art. 14, II, "c" da CRFB/88), serem admitidos como testemunhas de negócios jurídicos (art. 228, Código Civil – CC), casar-se (mediante autorização dos pais ou judicial, na forma do art. 1.517 e seguintes do Código Civil) apresentar declaração de última vontade através de testamento (art. 1.860, parágrafo único, CC) e trabalhar em serviços diurnos ou não considerados perigosos ou insalubres (art. 5º, XXXIII, CRFB/88).

De acordo com essa linha de raciocínio, Lenza aduz ser aceitável a alteração do critério etário, obstando somente a questão que diz respeito a retirada do direito à inimputabilidade, o que inevitavelmente iria contra a Constituição:

> "A sociedade evoluiu, e, atualmente, uma pessoa com 16 anos de idade tem total consciência de seus atos, tanto é que exerce os direitos de cidadania, podendo propor a ação popular e votar. Portanto, em nosso entender, eventual PEC que reduza a maioridade penal de 18 para 16 anos é totalmente constitucional. O limite de 16 anos já está sendo utilizado e é o fundamento no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> parâmetro do exercício do direito de votar e à luz da razoabilidade e maturidade do ser humano" (...) (LENZA, 2018, p. 763).

Para Rogério Greco:

> "Apesar da inserção no texto de nossa Constituição Federal referente à maioridade penal, tal fato não impede, caso haja vontade para tanto, de ser levada a efeito tal redução, uma vez que o mencionado art. 228 não se encontra entre aqueles considerados irreformáveis, pois que não se amolda ao rol das cláusulas pétreas elencadas nos incisos a IV, do § 4º, do art. 60 da Carta Magna. A única implicação prática da previsão da inimputabilidade penal no texto da Constituição Federal, é que, agora, somente por meio de um procedimento qualificado de emenda a menoridade penal poderá ser reduzida, ficando impossibilitada tal redução via lei ordinária" (...) (2018, p. 400).

Assim, ter-se-ia que a inimputabilidade deveria ser mitigada, tendo em vista a própria evolução da sociedade, é notório que o adolescente de hoje não é mais o mesmo de tempos pretéritos, a lei o direito deve acompanhar a evolução da sociedade e se moldar a ela. Outro forte argumento é o desejo da população, decorrente da grave deficiência na segurança pública, cujas estatísticas incluem os adolescentes como autores de delitos.

Segundo pesquisas de 2015, 87% da população entrevistada apontou estar a favor da redução da maioridade penal. A pesquisa foi conduzida pelo instituto Datafolha em 174 cidades brasileiras (GRECO, 2018). Assim, e considerando que, segundo a Constituição Federal, todo o poder emana do povo, manifestando-se nisso a vontade popular, justificada estaria a adoção da medida. Mais adiante, temos o caráter pedagógico da pena: uma vez sabendo que podem ser presos se cometerem alguma infração penal, essas pessoas estariam, em tese, menos propensas ao cometimento de delitos de qualquer natureza.

Atingindo limite de tempo que fora determinado em sentença o adolescente deverá ser liberado e colocado em regime de semiliberdade e liberdade assistida, além disso atingindo 21 anos de idade esse deverá ser liberado compulsoriamente, tudo isso com base nos princípios orientadores da aplicação das medidas socioeducativas previstas no ECA, como o princípio da excepcionalidade da medida, que estabelece como regra, que a medida de internação, deverá ser aplicada somente nos casos em que não há cabimento para aplicação de outras medidas socioeducativas e o princípio da brevidade estabelece que a internação deve ser breve, atingindo o menor tempo possível na vida do adolescente, valorando sua condição de pessoa em desenvolvimento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Miguel Reale aponta que:

> "Tendo o agente ciência de sua impunidade, está dando justo motivo à imperiosa mudança na idade limite da imputabilidade penal, que deve efetivamente começar aos dezesseis anos, inclusive, devido à precocidade da consciência delitual resultante dos acelerados processos de comunicação que caracterizam nosso tempo" (REALE, 1998, p. 161).

Dessa forma, como explicitado no parágrafo anterior esse prazo se torna inócuo para socializar o adolescente em conflito com a lei, em tese não incutindo nesse a reflexão acerca do erro em sua conduta. Por último, podemos destacar a provável diminuição no aliciamento de menores por parte de organizações criminosas. Assim, e tendo em vista que os menores passariam a ser apenados como se maiores fossem, haveria menor propensão de que estes viessem a ser recrutados como "*longa manus*" das organizações criminosas em atuação no país. Analisados os argumentos favoráveis, necessário se faz verificar os demais percalços que podem dificultar a adoção desta medida.

3.CONCLUSÃO

Baseando-se em todos os dados coletados, e fazendo uma profunda análise jurídica sobre o tema, verifica-se que a redução da maioridade penal deve ser observada e planejada com cautela pela comunidade jurídica, tendo em vista que, se mal conduzida, além de não gerar os esperados efeitos na diminuição da criminalidade, pode trazer justamente o efeito contrário.

Resta consignado, contudo, que há a possibilidade jurídica de tal redução, especialmente com a alteração do art. 228 da Constituição Federal, a fim de acomodar a possibilidade jurídica de apenamento de menores de 18 anos. Deve-se ter um especial cuidado em relação à execução penal, aos estabelecimentos onde deverão ser cumpridas as penas, e em relação ao caráter pedagógico da pena, no intuito de punir com um rigor adequado (e não desproporcional) aos adolescentes infratores.

No próprio sistema jurídico brasileiro, vemos muitas situações que denotam que punir mais não necessariamente implica numa diminuição da criminalidade. Assim, vê-se uma necessidade em que não se trata de uma punição mais excessiva, mas em adequação entre a conduta e uma punição mais adequada. É necessário criar em nossos jovens a consciência sobre seus atos em sociedade, e principalmente, demonstrar a incorreção de suas ações quando cometem atos infracionais.

Ademais, a diminuição da criminalidade deve ser enfrentada em suas causas, e não somente em suas consequências. É preciso enfrentar as desigualdades sociais, garantir

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

educação de qualidade a todos, e fazer com que as crianças e os adolescentes tenham um desenvolvimento familiar saudável, de modo a incutir neles uma melhor noção de seu papel na sociedade.

Cabe ao Estado, o poder executivo fazer valer os direitos consagrados na Constituição Federal e no ECA, dar prioridade para o desenvolvimento de políticas públicas, como construção de mais escolas, cursos profissionalizantes, educação de tempo integral, geração de emprego e renda para explorar de forma positiva a mão- de obra desses jovens em favor da sociedade

Não há fórmula fácil para o enfrentamento da criminalidade, tampouco pode o problema ser resolvido com soluções de curto prazo. Embora achemos que o debate é positivo, e a dialética entre os grupos antagônicos – conforme tratado em tópico neste trabalho – seja um primeiro passo na direção de uma solução, entende-se que a redução da maioridade penal não seria suficiente para melhorar o já caótico quadro da segurança pública no país, mas tão somente uma medida paliativa de efeito imediato de forma a auxiliar o combate a criminalidade

Todavia, analisando-se os argumentos, e tendo-se em escopo a possibilidade de cumprimento da pena em observância aos ditames do ECA em relação à consideração ao adolescente como uma pessoa em processo de desenvolvimento, entende-se como positiva a redução da maioridade penal.

4.REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília D.F. 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em 19.jan.2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Cartilha do Empregador. Brasília: CNJ, 2016.

BRASIL. Lei 7.210, de 11 de julho de 1984 – Lei de Execução Penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7210.htm>. Acesso em 18.jan.2021.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE/Diretoria de Pesquisas. Brasil: 2016. Disponível em:<http://infogbucket.s3.amazonaws.com>. Acesso em 12.jan.2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça – Habeas Corpus 389188 / RJ. Relator Min. Antônio Saldanha Palheiro. Data do Julgamento: 30/03/2017. Data da Publicação: 20/04/17.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 11.jan.2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

_____. TJRS. Apelação nº 0235540-62.2016.8.21.7000. Relator Des. Ricardo Moreira Lins Pastl. Data do Julgamento: 29/09/2016. Data da Publicação: 12/10/2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus 136470/SP Relator Ministro Dias Toffoli. Data do Julgamento: 02/12/2016. Data da Publicação 17/02/2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Carta Rogatória 8279 / AT. Relator Ministro Celso de Mello. Data do Julgamento: 17/06/1998. Data da Publicação: 10/08/2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial 349703 / RS. Relator Ministro Carlos Britto. Data do Julgamento: 03/12/2018. Data da Publicação: 04/06/2017.

CARVALHO, Vinícius Faria Santos. O papel da psicologia na ressocialização. Publicado em 27/02/2019. Disponível em <https://www.jurisway.org.br>. Acesso em: 19.jan.2021.

COTTERRELL, ROGER. *EL DERECHO COMO INSTRUMENTO DEL CAMBIO SOCIAL. IN: INTRODUCCIÓN A LA SOCIOLOGIA DEL DERECHO*. ARIEL, 1991.

DIGIÁCOMO, Murilo José. Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2015.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal. 10 ed. Niterói: Impetus, 2018.

MASSON, Cleber. Direito Penal Esquematizado – Parte Geral – vol. 1 / Cleber Masson. – 8.ª ed. rev., atual. e ampl. –Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019. ISBN 978-85-309-5442-0

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 18ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 12ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes – Rio de Janeiro: Forense, out./2019.

PEREIRA, Sandra Eni Fernandes Nunes. Crianças e adolescentes em contexto de vulnerabilidade social: Articulação de redes em situação de abandono ou afastamento do convívio familiar. 2015. Disponível em: <http//:www.googleacademico.com.br/artigos>. Acessado em: 10.jan.2021..

REALE, Miguel. Nova fase do direito moderno. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 161.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ROBERTI, Maura. O menor infrator e o descaso social. 2017. Disponível em: <http://buscalegis.ccj.ufsc.br>. Acessado em: 31.dez.2020.

SILVA, M.A.B.L. Menos infratores: uma reflexão sobre seu contexto social e infracional. [Artigo]. Mato Grosso: UFMT, 2018.

SOARES, Beatriz Prudêncio. Adolescentes infratores e suas relações afetivas. [Artigo] Rio de Janeiro: Instituto sistêmico, 2017.

STUCKA, P.I. *La función revolucionaria del derecho y del Estado*. Península, Barcelona, 1969.

TRINDADE, Lourival Almeida. A ressocialização... uma (dis)função da pena de prisão. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 2018.

TRENTIN, A.C. Adolescente me conflito com a lei e a família: um estudo interdisciplinar. *In*: Congresso Internacional de Ciência Criminais. 2 ed., 2016. p. 221.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS DIFICULDADES ENFRENTADAS PELAS MULHERES NO MERCADO DE TRABALHO – UMA ABORDAGEM HISTÓRICA E SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

SAMARA KAROLINE CAMPOS MARTINS: Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná/RO – AFYA

MARLETE MARIA DA CRUZ CORREA DA SILVA

(orientadora)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Resumo: O presente trabalho tem o escopo de fazer uma explanação jurisprudencial e doutrinária acerca da conquista das mulheres, ao longo da história até os dias atuais, apurar a desigualdade salarial, o impacto da inserção da mulher nas atividades laborais, os motivos que carecerem o surgimento de constituições voltadas à proteção da mulher no mercado de trabalho, as primeiras reivindicações para asseverar direitos e equidades do labor da mulher nas indústrias. A metodologia aplicada será a qualitativa de natureza explicativa, com a finalidade de deixar evidente cada ponto a ser discutido. Demonstra ainda que é ampla a discriminação salarial por gênero e a nomeação em cargos elevados, haja vista que são decorrentes de uma sociedade interligada a figura do patriarcado. Contudo, é inegável que a mulher vem destacando e crescendo no mercado de trabalho. Logo, este trabalho discorrerá a respeito das primeiras conquistas através de leis emergidas para assegurar a labuta da mulher, bem como direitos mais recentes salvaguardados, aspirando à equiparação salarial e a posição da mulher na mesma proporção e equidade que o homem, diante do mercado de trabalho.

Palavras-chave: Mulher. Desigualdade. Labuta. Conquista.

Abstract: The present work aims to make an explanation of jurisprudence and doctrine about the conquest of women throughout history until today, ascertain the wage inequality, the impact of the insertion of women in labor activities, the reasons that lack the emergence of constitutions aimed at protecting women in the labor market, the first claims to assert rights and equity of women's work in industries. The methodology applied will be qualitative of an explanatory nature, with the purpose of making evident each point to be discussed. It also shows that wage discrimination by gender and the appointment in high positions is widespread, given that they are the result of a society intertwined with the figure of patriarchy. However, it is undeniable that women have been standing out and growing in the job market. Therefore, this paper will discuss the first conquests through laws that emerged to ensure women's work, as well as more recent rights safeguarded,

aspiring to equal pay and the position of women in the same proportion and equity as men in the labor market.

Keywords: Woman. Inequality. Toil. Conquest.

Sumário: 1. Introdução. 2. Evolução histórica. 2.1 Período Colonial. 2.2 Revolução Industrial. 2.3 Primeira e Segunda Guerra Mundial. 2.4 As lutas femininas no decorrer da história. 2.5 O início da tutela do trabalho feminino. 2.6 A mulher nas legislações brasileiras. 3. Do Princípio da Igualdade e não Discriminação do Trabalho da Mulher. 4. Da proteção ao trabalho da mulher gestante. 4.1 Locais adequados de trabalho. 4.2 Da licença-maternidade. 4.3 Do período de amamentação. 4.4 Da estabilidade e garantia de emprego. 5. A proteção ao labor da mulher na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT). 6. Da Jornada de Trabalho. 6.1 Da Hora extraordinária. 7. A situação atual da mulher no mercado de trabalho. 8. Conclusão. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A constante luta feminina por direitos e garantias assegurou à mulher um reconhecimento não antes visto em diversas áreas da sociedade, como política e trabalho. É certo que as mulheres tiveram que lutar muito para alcançar esse notável feito, considerando a situação vivenciada por esta até o final do século XX.

A vida da mulher na sociedade nunca foi algo fácil, pois esta era submetida a situações em que o homem era quem detinha a maior parte dos direitos, ocasionando o que ficou conhecido como patriarcado. O patriarcado foi, e ainda é, uma forma de estrutura social em que o homem é quem tem a dominância sobre as questões familiares, políticas, trabalhistas e afins, ou seja, somente o homem tinha direito de opinar, enquanto a mulher não.

Dito isto, é importante salientar estas conquistas angariadas pelas mulheres ao longo dos anos; o que se fará ao longo desta pesquisa como meio de elucidar o quão importante é esta questão. A mesma será abordada primeiramente pelos apontamentos históricos de como ocorreu a evolução das mulheres no do mercado de trabalho, bem como quais medidas tiveram que adotar para chegara este ponto.

Em seguida, é importante frisar o quão importante são as questões de igualdade entre os gêneros, em que tanto homem, quanto mulher, tem os mesmo direitos e deveres perante a legislação nacional. Outro ponto importante a ser analisado é a questão da não discriminação de gênero, que deve ser adotado pelo sistema trabalhista nacional, sendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

passível de crimes de responsabilidade para aqueles que não cumprirem com estas premissas.

É certo que a mulher é caracterizada como um elo mais frágil em relação ao homem, por isso precisa de uma maior amplitude de direitos trabalhistas, como é o caso da licença-maternidade, que também será foco desta obra.

Por fim, será demonstrado como a legislação nacional incluiu a mulher no mercado de trabalho através da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), bem como a situação que esta tem vivenciado contemporaneamente dentro do mercado de trabalho, se a legislação tem sido cumprida da maneira correta ou não.

Desta forma conclui-se que o legislador crie mecanismos que protejam a mulher no mercado de trabalho, pois esta detém maior fragilidade que homem, podendo em muitos casos ser demitida em razões inconsistentes com o que versa a legislação, apenas pelo fato de ser mulher.

Para que esta pesquisa seja analisada, a metodologia a ser utilizada será a qualitativa de natureza explicativa, pois os pontos apresentados tendem a ser uma explicação do cenário que a mulher vivenciou na busca por seus direitos e garantias ao decorrer da história.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

As lutas das mulheres, ao longo da história, foram grandes conquistas, chama atenção em razão da persistência da figura feminina mesmo diante do rótulo estabelecido pelo tecido social, já que a mesma tinha o propósito preestabelecido desde a infância, pois apresentava perante a sociedade, como um ser inferior, frágil, incapaz e submisso, que carecia casar, ser dona do lar e haver filhos desde cedo, haja vista não se admitia a mulher com idade mais tardio na condição de solteira, não poderia se prolongar na casa dos pais, uma vez que precisava cumprir a sua "função" imposta no âmbito social.

2.1 Período Colonial

Ressalta-se, no período colonial, que a família era comandada exclusivamente pela figura masculina, pois esse era o chefe do lar, em que os filhos e até mesmo a esposa deviam obediência. Ademais, as mulheres apresentavam-se totalmente dependente e subordinada ao homem. Outrossim, vale mencionar, também, acerca da aquisição de escravos, bastante acentuada nessa época, o qual os fazendeiros almejavam aos homens, tendo em vista que mostravam mais fortes que as mulheres fisicamente. As africanas eram

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

adquiridas em quantidade menor, bem como abusadas sexualmente pelos "detentores de poder" a fim de atender a satisfação de prazeres extraconjugais. Assim, a mulher, nessa fase, demonstrava como um mero produto (MATOS; GITAHY, 2007).

O poder patriarcal manifesta-se de maneira intensificada, haja vista que a mulher, no período colonial, não tinha voz no do lar, podendo até mesmo apanhar, receber sermões e castigo do marido, quando não respeitava as normas emanadas no sistema familiar.

De acordo com Menin (2019, p. 71) assevera,

> [...] o sistema patriarcal serviu de forma a explorar as mulheres nativas e as de origem africana de diversas formas. As mulheres eram as pessoas responsáveis pelas atividades domésticas e eram vistas como objeto dos homens colonos que as exploravam sexualmente fora de seus casamentos, fato que ocasionava a geração de filhos e que explica boa parte da miscigenação brasileira. Isto significa que o patriarcado tinha um lado estratégico para a colonização portuguesa, uma vez que o sexismo e o racismo denotavam o domínio do homem branco perante às mulheres, sejam elas suas próprias esposas traídas que suportavam a situação por conta do então considerado laço sagrado do casamento, ou suas amantes estupradas que não podiam se defender por conta do regime escravocrata presente.

Logo, enfatiza que no homem se concentrava todo poder no meio social e familiar, frisa-se a superioridade e a dominação masculina, em contrapartida à opressão e à inferioridade em relação à figura feminina. O sistema patriarcal é marcado pela dominação e a exploração, em razão da detenção de riqueza e meio de produção, enquanto a mulher era um ser submisso, a qual devia seguir as regras estabelecidas, já que não havia autonomia e independência (GOMES, 2019).

2.2 Revolução Industrial

A mulher por muitos anos restringiu aos afazeres domésticos, exercendo o papel de mãe, cônjuge e dona de casa, enquanto o marido era responsável pelo sustento do lar. Destaca-se que a esposa devia obediência e subordinação ao chefe da família que era o patriarca, o incumbido de promover a subsistência de todos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para Feitosa (2019), nesse cenário se deparava com uma mulher frágil e submissa, incapaz de confrontar elevados desafios, pois essa estava restringida às tarefas da residência.

O processo de evolução das indústrias provocou mudanças no tecido social, tendo em vista que neste período a procura por mão de obra feminina acentuou desenfreadamente devido à ausência de normas de tutela ao trabalho da mulher, bem como em razão da remuneração baixíssima em comparação aos homens, mesmo subordinada às mesmas atividades que ao provedor da vivenda (COSTA, 2014).

Segundo Siqueira e Samparo (2017), a Revolução Industrial motivou a integração das mulheres em grande escala, não por motivos nobres, como a tutela por igualdade, mas sim por ser mais barata a mão de obra. Nessa perspectiva, é possível realçar que os donos de produção usaram demasiadamente do serviço da mulher, almejando à redução dos custos da manufatura.

Em concordância com Romar (2021), o resultado da eclosão das fábricas foi a inserção da senhora do lar no mercado de trabalho. Todavia, essa era desvalorizada, haja vista receber provento ínfero ao chefe da família, como também não havia nenhuma proteção em relação ao período gestacional e de maternidade.

Ademais, a esposa "dependente" ganhou espaço no meio social e passou a labutar nas indústrias por longas jornadas, o trabalho era exaustivo, desempenhava funções além de suas forças, as condições de trabalho colocavam em risco a saúde, já que não existia nenhum equipamento de segurança, sendo assim, percebe-se que os locais eram precários. Logo, estavam sujeitas a condições indignas para garantir o provimento do lar (PRADO, 2017).

De acordo com o Bertolin (2015, p. 100),

> Com a crescente industrialização nos grandes centros urbanos, as mulheres e as crianças chegaram a compor mais da metade da mão de obra nas fábricas e indústrias, principalmente nas de tecidos. Mas, por sua "condição inferior", percebiam salários inferiores aos dos homens, sendo chamadas, por isso, de "meias-forças".

A Revolução Industrial foi o primeiro passo de rompimento da figura da mulher "frágil, submissa e dona do lar", haja vista que a procura pela mão de obra feminina disparou nesse período, considerando-se que era mais barata, ela desempenhava a mesma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

função que o homem, contudo recebia de forma desigualitária. Submetia a longas jornadas, em condições prejudiciais à saúde, sem segurança alguma na labuta e não havia normas de proteção ao ofício exercido pela mulher. Com consequência para o empregador, correspondia uma vantagem utilizar dessa mão de obra, já que correlacionava ao custo-benefício.

> A condição de inferioridade social a que estava submetida a mulher passou a ser o principal objeto de interesse da acumulação de capital. Sua passividade e submissão, desenvolvidas durante toda uma história de opressão, passam a ser utilizadas para lhe impor o pagamento de salários inferiores ao do homem e jornadas de trabalho extensas (COSTA, 2014, p. 15).

Desse modo, o processo de Revolução Industrial proporcionou grandes transformações, foi um marco em que se destacou a inserção da mulher no mercado de trabalho, momento pelo qual a mulher passou a visar à independência financeira e pessoal, aspirar à busca pela qualificação no ofício, emergiram, também, as lutas por reivindicações pela igualdade salarial e de direitos.

2.3 Primeira e Segunda Guerra Mundial

Cabe salientar que a Revolução Industrial impulsionou a entrada da mulher no mercado de trabalho; mas o que realmente fez com que fosse em larga escala, foi com a primeira e segunda guerra mundial, tendo em vista que os homens partiram para a batalha com o objetivo de defender seu país, por consequência a mulher deparou-se com a necessidade de manter a família. A figura masculina quando reingressava ao lar, se encontrava debilitado em razão da guerra, ou mesmo acabava falecendo em defesa da pátria, fazendo com que a mulher permanecesse de frente aos negócios e provendo o sustento das proles, diante da ausência do chefe da família.

> Os homens eram convocados a protegerem e defenderem suas pátrias nas batalhas, recaindo sobre as mulheres o comprometimento de ocupar o "espaço vazio" deixado pela figura masculina, tanto para tomar a rédea do lar, quanto para o mercado de trabalho. Fazendo com que a mão de obra feminina crescesse e se destacasse na economia (SANTOS; ALVES, 2016, p. 3).

A figura feminina, nesse período, trabalhava também na fabricação de munições e armamentos, pois a indústria estava voltada à necessidade proveniente do período de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

guerra. Portanto, decorrente desse acontecimento, do desenvolvimento tecnológico, mas também o crescimento industrial, ocorreu um aumento elevado da mão de obra feminina nas fábricas. Tal processo conquistou benefícios e garantias em leis a favor da mulher.

2.4 As lutas femininas no decorrer da história

Para o trabalho da mulher houve um papel fundamental e de extrema importância para o desenvolvimento e crescimento do tecido social, passando por diversas fases; a figura feminina forneceu contribuição à medida que a sociedade expandia, todavia foi totalmente desvalorizado o ofício da mesma.

A princípio, a dona do lar era como um ser inferior ao homem, servia para procriação e cuidar da prole, assim era impedida de executar serviço fora do ambiente familiar, tendo em vista que a atividade desempenhada pelo chefe da família não possibilitava a cônjuge exercê-la, pois representava inábil. Enfatiza-se que a incumbência de promover o sustento da casa estava concentrada na imagem do marido

Cabe salientar que as leis de proteção ao trabalho da mulher aconteceram de forma gradativa não apenas em razão da exploração demasiadamente da mão de obra feminina, mas também pelas condições degradantes empregadas na realização do labor, os salários indignos com a função desempenhada e a desproporção dos rendimentos em comparação aos homens.

A batalha feminina começa na Inglaterra, no ano de 1792, momento esse que almejava a equidade à democracia. Outrossim, destaca-se que visava o direito ao voto as pessoas do sexo feminino, visto que aspirava à participação no eleitorado (TOSI, 2016).

Esplandece o cenário da primeira greve norte-americana em que desencadeou a luta das donas de casa pelas normas de defesa ao trabalho, tal como: a redução da jornada de serviço. Contudo, acarretou a morte de 129 (cento vinte e nove) mulheres, falecerem queimadas numa ação policial repressiva à postulação aos direitos, tal dia ficou reconhecido mundialmente como o Dia Internacional da Mulher (OLIVA, 2007).

Realça-se, também, o episódio da primeira médica na história do Brasil, Rita Lobato Velho, a qual serviu de exemplo a outras mulheres (LOBO, 2017).

Menciona-se a luta pelo poder de labutar, sem a autorização do esposo, em 1922, consequência do empenho da pioneira do feminismo brasileiro, a Berta Lutz (SOUSA, 2012).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em 1962, cita-se a criação do Estatuto da Mulher Casada, a qual servia para conferir às mulheres, o direito de laborar fora do lar, sem a necessidade de o marido permitir, como também a guarda dos filhos poderia ser fornecida a mãe em caso de divórcio (BRASIL, 1962).

Em 1960, a pílula anticoncepcional chega às farmácias nos Estados Unidos; no Brasil, foi apenas no ano de 1962, passou a ser comercializada, sobressalta-se que o movimento feminista não ocorreu apenas para ganhar espaço político e social, mas também no lar; a mulher conquista o poder de decisão no âmbito familiar (ALVES; ALVES, 2013).

Pontua-se que a conquista da figura feminina pela igualdade de gênero foi um processo lento e progressivo, que ocorreu ao decorrer da história, contudo, infelizmente, perdura a objeção da mulher diante do mercado de trabalho.

Segundo afirmam Matos; Gitahy (2007, p. 75) que, "Foi um processo evolutivo, gradual e constante. Conquistas que foram inserindo a mulher na sociedade como cidadã e igualando seus direitos".

Releva-se que foram batalhas, que houve morte, agressão, derrotas e vitórias por direitos que até então não lhe eram conferidos. Além disso, enfatiza-se a discrepância pelo fato de ser mulher em razão da remuneração, da função exercida, o olhar fragilizado, a resistência ao conferir cargos de chefia, entre outros, fruto de um marco histórico não superado. Hodiernamente, com muito empecilho "a dona de casa" tem lutado pela equipolência na labuta. Infelizmente, permanece a diferença nos vencimentos pela condição de gênero, mesmo desempenhando a mesma atribuição que a figura masculina, porém, acaba por receber provento inferior. Ademais, a imagem de ser exclusiva à casa, aos filhos e ao marido, aos poucos, foram sendo modificadas pelas transformações socioculturais que a população atravessou ao longo dos anos. Assim, o convívio social careceu moldar diante das mudanças (JAVARO, 2016).

2.5 O início da tutela do trabalho feminino

Acentua-se que as primeiras normas de proteção ao ofício da mulher eclodiram na Europa.

Em 1842, na Inglaterra emergiu o "Coal Mining Act" serviu para vedar a labuta da figura feminina em subterrâneos. Já o "Factory Act", em 1844, configurou-se para limitar a carga horária do serviço desempenhado pela mulher, sendo reduzido para 12 horas, bem como obstando a jornada noturna. O "Factory and Workshop Act", em 1878, proibiu a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ocupação feminina noturna, como também as funções perigosas e insalubres (LOPES, 2008).

Em 1902, aflora-se a Lei Carcano, o qual coibiu o ofício da mulher em locais subterrâneos e funda-se a licença à maternidade de quatro semanas após o nascimento da prole (SANTOS, 2017).

A primeira constituição a inserir leis voltadas a salvaguardar o emprego feminino foi a no México de 1917. Estipulou a redução da jornada para 8 horas diárias, censurou a labuta dos menores de 12 anos, bem como delimitou, também, a função desempenhada aos menores de 16 anos a uma carga horária de 6 horas diárias. No que tange ao lavor noturno fixou em 7 horas, sendo concedido o direito ao descanso remunerado ao empregado. Destaca-se que o referido documento se atentou tratar da proteção à maternidade, remuneração mínima, a permissão de fazer greve, sindicalizar, à indenização no caso de dispensa, defesa a acidente no desempenho da ocupação e seguro social, preocupou com diretrizes direcionadas ao trabalhador (SILVA, 2012).

Desse modo, almejando reparar o mal causado pelo processo da eclosão das fábricas, buscou-se criar as primeiras legislações voltadas à proteção do trabalho da mulher. No decorrer dos anos surgiram, lentamente, leis asseverando tais direitos.

2.6 A mulher nas legislações brasileiras

A Constituição Imperial de 1824 salientava que só considerava cidadãos, os homens com 25 (vinte e cinco) anos ou aqueles que detinham renda de 100 mil réis, já as mulheres e escravos não englobavam a esse conceito de cidadão, estavam excluídos do contexto político (BRASIL, 1824).

Relata Calil (2000, p. 6) que,

> O Brasil era, então, um jovem Império, havia apenas 10 anos deixava de ser uma colônia de Portugal, o escravismo era a grande fonte de mão-de-obra, a Constituição de 1824 praticamente ignorava a existência das mulheres a quem era negado o direito ao voto e maioria esmagadora das mulheres era mantida analfabeta.

Além disso, a primeira Constituição Republicana Brasileira foi de 1891 que estabeleceu o voto universal aos maiores de 21 (vinte e um) ano e alfabetizados, exceto mendigos, soldados, analfabetos, religiosos sujeitos ao voto de obediência, bem como a figura feminina, permanecia excluída do tecido social (BRASIL, 1891).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme Gunther; Gunther (2014, p. 44), "Do mesmo modo, a Constituição de 1891 não mencionou expressamente a igualdade entre homens e mulheres".

Enfatiza-se que o decreto de n. 20.076/1932 conferiu o direito ao voto a todos cidadãos, maiores de 21 (vinte e um ano) de idade, alfabetizados, sem distinção de sexo, primeiro espaço de cidadania conquistado pelas damas (CABRAL, 2010).

Frisa-se que a Constituição Federal de 1934, voltada a um acontecimento pós-guerra mundial, foi promulgada pelo Chefe de Governo Provisório, Getúlio Vargas, o qual previa matéria de ordem constitucional. Abordava aspectos de ordem social, econômico, familiar, educacional e cultural, como também introduziu o voto secreto e feminino, percebe-se uma inclusão da mulher na vida política. Releva-se que a Constituição preocupou em abranger leis, em que cuidava da figura da mulher, tendo em vista que no período de Guerra Mundial, a mulher encontrava-se inserida nas indústrias, uma vez que a mesma se tornou a provedora do lar. Careceu deixar o lar em busca do sustento da família, já que o homem se deparava ausente, em tal cenário. Foi fundada, também, no referido documento, a Justiça do Trabalho, referia-se a normas direcionadas ao trabalhador, a jornada de trabalho estipulada na carga horária de 8 horas diárias, incluindo o repouso semanal, férias remuneradas e direito a previdência social (BRASIL, 1934).

A Constituição de 1937, conhecida como Estado Novo, outorgada por Getúlio Vargas, o principal destaque é o reconhecimento dos trabalhos urbanos, mas também releva a integração da mulher no eleitorado como membro da sociedade civil e portadora de demanda legítima (BRASIL, 1937).

Com o surgimento da Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, destinou-se um capítulo especial para tratar do trabalho desempenhado pela mulher, versou acerca das condições e duração do trabalho, vedou o tratamento discriminatório, disciplinou acerca da labuta noturna, o descanso semanal remunerado, locais e proteção ao ofício, licença à maternidade e as penalidades em caso de não cumprimento (BRASIL, 1943).

Cabe mencionar a respeito da Constituição Federal de 1946, o qual tratou-se da vedação do ofício da mulher em locais insalubres e asseverou o direito da gestante antes e após o parto. Adotou-se o direito a assistência médica, hospitalar e sanitária à figura feminina que aguardava a espera de um filho. Ademais, frisa-se, também, que no referido texto constitucional ficou proibido a desigualdade salarial por motivo de sexo. Assim, nota-se que assegurou direitos voltados a mulher diante do mercado de trabalho (BRASIL, 1946).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Constituição Federal de 1967 permaneceu coibindo a dessemelhança do provento por razão do sexo, mas também obstou a ocupação da figura feminina em cenários insalubres das indústrias, proporcionou também o descanso remunerado à gestante, sem haver prejuízo da remuneração e o serviço. No que tangue a previdência social, marca-se a salvaguarda à maternidade, bem como o direito à aposentadoria aos 30 (trinta) anos de labor, com permissão ao rendimento integral (BRASIL, 1967).

As proteções inerentes ao ofício da mulher foram ratificadas com a Emenda Constitucional do ano de 1969.

A Constituição Federal de 1988, conhecida como "Constituição Cidadã", direcionada a um Estado Democrático de Direito, com muitas garantias e benefícios ao trabalhador, especialmente à mulher, deixou de vedar o trabalho insalubre a figura feminina, passando a ser permissivo no âmbito das indústrias. Avulta-se que a referida Carta Magna de 1988 buscou acabar com a desigualdade em relação ao gênero, como também extinguir a elevação da figura masculina, a fim de atingir uma igualdade jurídica, em que homens e mulheres passam a ser análogos em direitos e obrigações (BRASIL, 1988).

3. DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE E NÃO DISCRIMINAÇÃO DO TRABALHO DA MULHER

Um dos grandes avanços em benefício da mulher, foi a Constituição Federal de 1988 que expandiu o direito à cidadania, aboliu a superioridade masculina e estabeleceu a igualdade inerente ao gênero. Homens e mulheres passaram a ser iguais em direitos e obrigações. O provedor do lar que era concentrado, outrora, na figura masculina, na contemporaneidade dividiu-se esse espaço com a "dona de casa" (DOS MATOS; GITAHY, 2007).

A Carta Magna foi de extrema importância para propagação e na defesa de direitos relacionados a mulheres na esfera do mercado de trabalho.

Nesse sentido, frisa-se, também, que a mulher aos 18 (dezoito) anos está apta ao trabalho, não carece da autorização do esposo, uma vez que o art. 446 da CLT, foi revogado, tratava do estatuto da mulher casada (BRASIL, 1943).

Certifica Romar (2021, p. 731),

> A previsão constitucional da igualdade entre homens e mulheres se aplica a diversos aspectos da relação de emprego, como, por exemplo, em relação à capacidade para trabalhar e celebrar contrato

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de trabalho, ao cumprimento de jornada de trabalho igual e ao recebimento do mesmo salário para trabalho de igual valor.

A Constituição Federal de 1988 também preocupou em se atentar a proteção à maternidade e à infância. Da mesma forma, cabe enfatizar que o homem deixou de ser o chefe da casa para compartilhar esse recinto com a figura feminina, pois ambos estão no mesmo patamar, não há qualquer diferença jurídica entre eles. É extremamente importante pontuar que a Carta Magna de 1988 também vedou a diferença de rendimentos, fixou duração máxima da jornada de trabalho, não podendo exceder 8 (oito) horas diárias ou 44 (quarenta e quatro horas) semanais, atestou o direito à licença maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias, sem que a mulher sofresse qualquer alteração no salário ou perda do emprego. Outrossim, o referido texto constitucional se ateve em proporcionar creches e pré-escolas às proles menores de 6 (seis) anos (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a equidade entre homens e mulheres positivado pela Constituição Federal de 1988, configura-se uma grande conquista à figura feminina, haja vista foram anos que a "dona de casa" devia total submissão ao chefe da família, já que era a única provedora do lar. Ocorre que ao longo da história passou-se por ruptura de paradigmas, constituições criadas para atender a proteção do serviço da mulher e resguardar um espaço na sociedade, cenários marcados por lutas e reivindicações. Entretanto, ainda, com a promulgação da Carta Maior de 1988, mantém a obstinação quando se trata de igualdade de condições salariais e de oportunidades no âmbito do trabalho, não sendo superadas e combatidas.

4. DA PROTEÇÃO AO TRABALHO DA MULHER GESTANTE

As primeiras normas que versaram acerca do período gestacional, preocupou em conferir garantias, que até então não era asseverada, uma vez que a esposa servia tão somente para os afazeres domésticos. A Revolução Industrial provoca a inserção da figura feminina, por consequência acarreta transformações. Frisa-se que em 1909, na França, emergiu a primeira legislação regulamentando acerca dos benefícios da mulher gestante, disciplinando acerca do repouso não remunerado de 8 (oito) semanas, como também obstou o exercício de funções no âmbito do carregamento de coisas pesadas. Assim, salienta a Constituição do México em 1917, salvaguardou o repouso de 6 (seis) semanas antes e após o parto, bem como censurou ofício em que fosse necessário o emprego de uma demanda física, que pudesse trazer prejuízo ao bebê e à grávida. Regulamentou, também, o referido dispositivo sobre o pagamento do salário e a garantia no emprego (MARTINS, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Lei Estadual Paulista n. 1596/1917, no Brasil, foi a primeira que tratou a respeito da labuta feminina na condição de gestante, o qual ratificou que era defeso a grávida desenvolver atividades nas fábricas, quando configurasse o último mês gestacional e no primeiro após o parto (MARTINS, 2017).

No que tange a Constituição Brasileira de 1934 indicou quanto a precaução ao repouso antes e depois do parto, não podendo haver perda do emprego e salário (BRASIL, 1934). As Constituições de 1937, 1946 e 1967 também certificaram as vantagens gestacional a fim de assegurar a mulher no mercado de trabalho, quebrar com a ruptura do paradigma que a única utilidade era ser dona de casa.

A Emenda Constitucional de 1969 referiu-se no dispositivo no tocante ao repouso remunerado antes e após o parto, ratificando o direito ao emprego e provento (BRASIL, 1969).

Ademais, acentua-se que a Carta Magna Maior, conhecida como a Constituição Cidadã de 1988, expandiu a prerrogativa da licença maternidade, sem gerar dispêndio no emprego e salário, por um lapso de 120 (cento e vinte) dias, e ainda propiciou a garantia desde a confirmação da gravidez até 5 (cinco) meses após o parto (BRASIL, 1988).

Desse modo, o surgimento da Constituição de 1988 provocou uma resistência aos donos da produção, já que passaram a preferir mulheres solteiras a casadas. Além disso, começaram a exigir exames a fim de comprovar que não estava à espera de um bebê, logo careceu a criação da Lei 9.029/95, o qual negou a imposição de atestados gestacionais ou esterilizações para uma possível admissão (LOPES, 2008).

4.1 Locais adequados de trabalho

A disposição acerca de locais apropriados ao trabalho, conforme artigo 389 da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), dispõe que o local esteja em condições pertinentes, ou seja, iluminado, ventilado, confortável e digno ao trabalhador, cabe ao empregador fornecer equipamentos, banheiro, vestuário, armário e entre outros; conquista essas, marcada por um processo histórico conturbado, em que empregadores subordinavam a jornadas longas e em condições precárias de trabalho, em ambiente sujo e expostos a agentes nocivos à saúde (BRASIL, 1943).

Nesse contexto, enfatiza que as mulheres grávidas, como também em amamentação, são proibidas de laborar em condições que expõem ao benzeno, de acordo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

com a convenção n. 136 de 1971, certificado pelo Brasil, pois não pode trazer prejuízos à saúde do bebê e da mãe (SILVA, 2012).

4.2 Da licença-maternidade

A constituição de 1988 cuidou-se acerca da licença maternidade, uma condição especial em relação ao sexo feminino, no art. 7º, inciso XVIII, conferiu a duração de 120 (cento e vinte) dias, sem haver prejuízo do salário e emprego (BRASIL, 1988). Enfatiza-se que o art. 392 da CLT, também, assegurou o mesmo direito constitucional.

O momento em que não estiver exercendo atividade laborativa em razão da maternidade, receberá um provento correspondente à remuneração integral que ganhava. Haverá um prazo de 120(cento e vinte) dias para o salário-maternidade, podendo perceber com o início de 28 dias antes do parto e término 92 dias após o parto, tendo possibilidade de prorrogação. A ausência da gestante do ambiente laboral será determinada pelo atestado médico, a qual a notificará ao empregador a respeito do período inicial, ocorrendo, assim, nos 28 (vinte e oito) dias antes do parto (SCARAVONATTI; VAIDER, 2019).

No ano de 2021 foi promulgada a Portaria Conjunta n. 28, a qual prorrogou o prazo do salário maternidade, que passou a vigorar da seguinte maneira,

> Art. 2º A segurada deverá requerer a prorrogação do benefício de salário-maternidade pela Central 135, por meio do protocolo do serviço de "Solicitar prorrogação de Salário-Maternidade", a partir do processamento da concessão do benefício.
>
> §1º O comprovante do protocolo de requerimento inicial de Salário-Maternidade conterá a informação de que é necessário requerer o serviço de prorrogação na forma do caput para os casos em que a segurada e/ou seu recém-nascido precisarem ficar internados após o parto, por motivo de complicações médicas relacionadas a este.
>
> §2º Em caso de internação superior a 30 dias, deverá solicitar sua prorrogação a cada período de 30 dias, observado que o novo pedido de prorrogação poderá ser feito após a conclusão da análise do pedido anterior.

Essa licença conferida à mãe gestante, não impede de ser fornecida à mãe adotiva, tendo em vista não poder existir diferença entre filhos biológicos e adotados, carecendo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ambos a proteção integral do Estado. O mesmo prazo proporcionado à gestante pela licença-maternidade, também precisa ser respeitado à adotante (COSTA, 2019).

Ademais, a licença-maternidade estende à empregada adotante ou a que obtiver a guarda judicial com o intuito de adotar uma criança ou adolescente. Por adolescente se entende até aos 18 (dezoito) anos incompletos. Outrossim, a licença-maternidade será concedida mediante a apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã, em conformidade com o descrito no art. 392-A, § 4 º, CLT,

> Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei.
>
> § 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Enfatiza-se também que não somente à mãe que já adotou o filho tem direito a licença-maternidade, mas também aquela que adquiriu a guarda provisória para fins de adoção, assim como aponta o art. 71-A da Lei 8.213/91,

> Art. 71-A. Ao segurado ou segurada da Previdência Social que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança é devido salário-maternidade pelo período de 120 (cento e vinte) dias.
>
> §1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social.
>
> §2º Ressalvado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.

Nesta mesma linha, aponta-se a Lei nº 11.770/2008 criada pelo Governo Federal, conhecida como o programa Empresa Cidadã, o qual regulamenta a possibilidade da extensão do período de licença-maternidade por mais 60 (sessenta) dias. Contudo, tal prorrogação não é obrigatória, é uma faculdade da empresa, carece que contrate o benefício em compensação a mesma que goza das prerrogativas de incentivos fiscais (CARMIZINI; FINK, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Frisa-se que a referida lei supracitada também é garantida na mesma proporção à empregada que adota ou obtém guarda judicial para fins de adoção (ROMAR, 2021).

Portanto, a licença-maternidade tem como escopo a proteção à saúde da mãe e do bebê, além de visar assegurar um período gestacional tranquilo. É de suma importância ao desenvolvimento saudável da criança.

4.3 Do período de amamentação

O período de amamentação é o direito que concede a mulher a permissão de amamentar a prole até o 6 (seis) meses de idade, podendo ainda beneficiar no âmbito laboral de dois descansos especiais de meia hora cada. Vale ressaltar que também aplica aos filhos provenientes de adoção. A amamentação pode ainda ser estendida, se comprovada por autoridade competente, em concordância com o que pontua no art. 396, § 1º, da CLT,

> Art. 396. Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um.
>
> § 1º Quando o exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente.

De outro modo, é imperioso enfatizar que a empresa é obrigada fornecer um local próprio a fim de atender o período de lactação, quando houver mais de 30 (trinta) mulheres, com idade superior que 16 (dezesseis) anos, em consonância com o art. 389, § 1º, CLT,

> Art. 389 - Toda empresa é obrigada:
>
> [...]
>
> § 1º - Os estabelecimentos em que trabalharem pelo menos 30 (trinta) mulheres com mais de 16 (dezesseis) anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período da amamentação.

Desse modo, a amamentação é um direito fundamental estabelecido na legislação trabalhista com o escopo de proteger o menor, bem como aumentar o tempo de convívio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

entre a mãe e o filho, sendo extremamente necessário para o desenvolvimento saudável da criança. Em caso de descumprimento pelo empregador, suporta em forma de hora extraordinária, acrescida de reflexos (MODANÊS, 2018).

4.4 Da estabilidade e garantia de emprego

Ao falar em garantia de emprego, remete a ideia de temporário, uma vez que em razão da condição especial em que o empregado se encontra, fica o empregador vedado de dispensar durante um lapso temporal. Essa estabilidade provisória assevera ao trabalhador, a garantia do ofício, não podendo submeter a uma dispensa arbitrária, exceto se for por justa causa ou força maior (PORTO, 2013).

Cabe destacar acerca da estabilidade conferida a mulher gestante, a qual inicia com a confirmação da gravidez, após a ratificação dos exames médicos, não basta a mera concepção, perdurando até os cinco meses após o parto, passa assim ser abrangida por uma garantia constitucional, pois fica sob o manto da estabilidade provisória, conforme dispõe o art. 10, inciso II, alínea "B", do Ato das Disposições Constitucionais,

> Art. 10. Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
>
> [...]
>
> II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
>
> [...]
>
> b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

A estabilidade no ofício atestadas às empregadas gestantes urbanas, salvaguarda também as rurais, bem como as no âmbito doméstico, segundo art. 25, parágrafo único, da Lei Complementar n. 150/2015, segue,

> Art. 25. A empregada doméstica gestante tem direito a licença-maternidade de 120 (cento e vinte) dias, sem prejuízo do emprego e do salário, nos termos da Seção V do Capítulo III do Título III da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. A confirmação do estado de gravidez durante o curso do contrato de trabalho, ainda que durante o prazo do aviso prévio trabalhado ou indenizado, garante à empregada gestante a estabilidade provisória prevista na alínea "b" do inciso II do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Ademais, salienta também que a mera alegação do empregador no sentido do desconhecimento do estado gravídico, não afasta a obrigação de pagar indenização decorrente da estabilidade, entendimento este, jurisprudencial, conforme a Súmula 244, I, do TST (BRASIL, 2012). Essa responsabilidade parte de um dano objetivo, o qual o empregador assume ao firmar contrato de trabalho com uma mulher.

Outrossim, em razão da garantia de emprego, a condição de grávida assevera contra dispensas imotivadas, ou seja, sem justa causa, podendo sujeitar apenas aquelas que houver fundamentação para tanto, sendo assim por motivos econômicos, disciplinares, técnico, segundo previsão no art. 482 da CLT (BRASIL, 1943).

Além disso, a dispensa arbitrária implica na reintegração ao emprego, se ocorrer durante o lapso temporal da estabilidade. Ao contrário, restringe apenas aos salários e outros direitos decorrentes da estabilidade (SÚMULA 244, II, TST).

Ressalta-se que ocorrendo morte da criança após o parto, assegura à estabilidade a mulher até o quinto mês. Isso não ocorre em caso de aborto espontâneo, o entendimento jurisprudencial é que perdura tão somente ao período em que esteve grávida. Logo, a estabilidade gestacional remete ao aspecto de proteção à maternidade, sendo uma garantia constitucional, o qual é irrenunciável pela empregada, não podendo cláusula de convenção e acordo coletivo alterar tal direito, pois se não é nula de pleno direito (ROMAR, 2021).

5. A PROTEÇÃO AO LABOR DA MULHER NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS (CLT)

Cabe mencionar, primeiramente acerca do Decreto n. 21.417/1932, o qual vedou a labuta das mulheres nas minerações, no horário noturno, bem como em funções insalubres e perigosas. Realça que, asseverou a equidade de proventos em relação ao gênero, a proteção à maternidade, por um lapso temporal de apenas 4 (quatro) semanas após o nascimento da criança, sendo permitida a extensão em 2 duas semanas, caso ficasse comprovado a necessidade imperiosa, mediante atestado médico (LOPES, 2008).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Destarte, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT) atentou-se a destinar um capítulo especial a proteção à mulher, visando à inserção da mesma no mercado de trabalho, tais direitos tratados no referido documento foram: o tempo e modo de trabalho, a labuta noturna, meios e o estabelecimento da execução de serviço, descansos, a licença maternidade e outros (BRASIL, 1943).

Assim, nota-se a necessidade de tutelar a labuta feminina que até então, não havia essa preocupação, já que ficava a margem da sociedade, excluída do contexto social. Na contemporaneidade, devida à participação ativa da mulher no mercado, houve a imprescindibilidade de criar normas que garantissem os direitos de forma isonômica ao homem.

6. DA JORNADA DE TRABALHO

Com o surgimento da Carta Magna de 1988, a Constituição Federal, passou a regulamentar acerca da jornada de trabalho, o qual tem como duração normal de trabalho 8 (oito) horas diárias e 44 (quarenta e quatro) horas semanais, aplicada assim a qualquer trabalhador, não importando o gênero, bem como é facultada a compensação de redução através da previsão no acordo ou convenção coletiva do trabalho, segundo art. 7, XIII, CF/88 (SCARAVONATTI; VAIDER, 2019).

Além disso, não pode existir discriminação de salário entre homem e mulher, conforme art. 7, XXX, CF/88. Com a eclosão da Lei n. 7.855/89 deixa de existir a vedação do trabalho noturno da mulher, revogando os artigos 379 e 380 da CLT. Sendo assim, passa também a ser permissivo o labor da figura feminina em ambientes insalubres e perigosos, que até então era vedado, sendo revogado o art. 387 da CLT, por meio da Lei n. 7.885/89 (ROMAR, 2021).

6.1 Da hora extraordinária

As horas extraordinárias eram vedadas na CLT no que se refere ao trabalho da mulher, senão em duas situações: primeira: quando havia compensação de horas, segundo o art. 374 da CLT; segunda: apresentava por motivo de força maior, conforme art. 376 da CLT. Ocorre que a Lei n. 7885/89, em seu art.13, revogou o art. 374 da CLT, e a Lei n. 10.244/2001 revogou o art. 376 da CLT, com o objetivo de evitar qualquer discriminação entre homem e mulher (SCARAVONATTI; VAIDER, 2019).

7. A SITUAÇÃO ATUAL DA MULHER NO MERCADO DE TRABALHO

Conforme já demonstrado nesta pesquisa, as mulheres lutaram muito ao longo dos anos para terem seus direitos e garantias assegurados nas legislações mundiais, sejam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

garantias sociais, sejam políticas, ou trabalhistas; elas conseguiram um destaque maior na comunidade social, mas isto só veio através de luta e sofrimento.

No que diz respeito aos direitos trabalhistas, têm-se diversas vitórias perpetradas pelas mulheres como: possibilidade de poder trabalhar sem precisar de algum tipo de autorização; vagas destinadas às mulheres; direito de igualdade previsto na Constituição; direitos de se afastar do trabalho caso seja mãe; dentre outros.

Conforme aponta o relatório do IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística), no ano de 2000 havia cerca de 24 milhões de mulheres empregadas em todo o país, o que equivale a cerca de 38% da porcentagem total. Já no ano de 2010 este valor saltou para 35,8 milhões, o que equivale a cerca de 42% do valor total (BRASIL, 2010).

> Na sociedade contemporânea as mulheres estão à frente de muitas organizações, todavia ainda existem resquícios dos séculos passados, limitando o mundo feminino em pleno século XXI. No mercado de trabalho as mulheres ainda recebem sistematicamente menos que os homens, e enfrentam diariamente problemas, como a discriminação de gênero, o assédio, a imposição de padrões de beleza e o machismo, ainda presentes nas empresas. Num passado não muito remoto, as mulheres viviam em casa, somente para um universo de trabalhos domésticos, doutrinadas desde cedo para a submissão aos homens e pouco sabiam sobre sua sexualidade e seu corpo (SEGGIARO, 2017, p. 84).

Ademais, na contemporaneidade em decorrência do coronavírus (COVID 19), emergiu a necessidade das adaptações sociais ao novo contexto social, logo careceu a eclosão da lei 14.151/2021, o qual passou a vigorar em 13 de maio de 2021, justamente para regulamentar acerca do deslocamento das atividades das mulheres no período gestacional presencial a ser realizada a domicílio, por meio do teletrabalho, remoto, ou à distância, enquanto perdurar o cenário de emergência da saúde pública nacional, decorrente do Coronavírus; segundo o artigo 1º da referida legislação. Tratou-se de ressaltar a importância de salvaguardar o direito à vida do nascituro, não apenas da gestante. A norma supracitada não se aplica aos quadros dos funcionários públicos, sejam em comissão ou regidos pelo regime do Direito Administrativo. Também não cabe a diaristas e empregadas autônomas (CALCINI; CARVALHO, 2021).

Não havendo possibilidade da conversão do trabalho presencial ao remoto, por incompatibilidade da função, tal como cozinheira, garçonete e outros; aplica-se nesse

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sentido o pagamento da remuneração correspondente ao cargo da empregada, mesmo não existindo a prestação de serviço, sendo essa quitada pelo empregador, até que dê início ao salário-maternidade, percebendo, assim, pela previdência social (BRITO, 2021).

O preceito em tela não dispôs acerca das penalidades específicas pela não observância, logo remete a ideia da aplicação da legislação geral ao caso concreto. Em razão do descumprimento, salienta as possibilidades que podem incidir, remete-se ao artigo 483 da CLT, que elenca a hipótese de rescisão indireta pelo empregado, podendo, assim, pleitear a indenização, diante da exigência de serviço defeso em regulamento, a ocorrência de perigo manifesto e não efetivação das obrigações contratuais por parte do empregador (VIANNA; SANTOS; DESTE, 2021).

Por conseguinte, sobreleva-se que a imposição legal serviu para garantir a estabilidade e a segurança jurídica nas relações de trabalho, assim almeja proteger à saúde da trabalhadora gestante e o nascituro, em virtude da vulnerabilidade no momento gestacional.

Corrobora com o entendimento trazido pela lei n. 14.151/2021, a sentença da 11ª Vara do Trabalho da Zona Sul de São Paulo, o qual condenou a empresa a afastar a empregada gestante das atividades presenciais, sem prejuízo da remuneração no processo nº 1000589-62.2021.5.02.0711, conforme sentença abaixo,

> Em razão do quanto exposto e à vista do que mais dos autos consta, julgo PROCEDENTES os pedidos formulados por Jaiane Baudison Lemos, para deferir a tutela de urgência requerida, bem assim condenar Ultra Fácil Drogaria & Preço Fácil Cosméticos Ltda. na obrigação de fazer consistente no imediato afastamento da autora das atividades presenciais, sem prejuízo da remuneração. A reclamante deverá permanecer à disposição da reclamada para exercer as atividades em seu domicílio, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou outra forma de trabalho a distância. A obrigação de fazer deferida deverá ser cumprida pela reclamada, no prazo de cinco dias a contar da intimação da presente decisão. O descumprimento da obrigação ora fixada, seja em virtude de determinação para retorno às atividades antes do encerramento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia do novo coronavírus, seja em razão do não pagamento da remuneração devida, inclusive considerando a suspensão do contrato de trabalho

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> proposta, sujeitará a ré ao pagamento de multa diária no valor de R$ 500,00, até o limite de R$ 10.000,00. (TRT- SP: 1000589-62.2021.5.02.0711, Data de Julgamento: 28/07/2021, 11ºVara do Trabalho)

Outrossim, a Consolidação das Leis Trabalhistas destinou a Seção XIII, capítulo V, para tratar especificamente acerca da segurança e a medicina do trabalho (BRASIL, 1943). É importante ressaltar que conforme prevalece no art. 6 da CF/88, a saúde apresenta-se como um direito de todos (BRASIL, 1988). Assim, assevera-se também aos empregados, no que diz respeito à segurança, à higiene, às condições de trabalho, modo, os meios utilizados, tudo visando uma melhor qualidade ao trabalhador.

Ademais, a empregada que presta serviço em ambiente insalubre tem direito de perceber o adicional de insalubridade no percentual de 40% em grau máximo, 20% em grau médio e o 10% em grau mínimo, calculados sobre o salário-mínimo nacional. Nesse sentido, a Constituição Cidadã de 1988 reconheceu o direito ao adicional na remuneração em virtude das atividades insalubres executadas, segundo art. 7, inciso XXIII (PAVAN, 2020).

Do mesmo modo, o trabalhador terá esse direito quando estiver sendo submetido a agentes nocivos à saúde, bem como superior aos limites regulamentados pelo Ministério do Trabalho e Emprego. No que se refere a trabalhadoras gestantes e lactantes, em razão das radiações ionizantes e prejudiciais ao bebê, prevê o afastamento das funções em locais insalubres, quando desenvolver o ofício em ambientes insalubres em grau máximo, médio, mínimo, ou qualquer outro grau, segundo art. 394-A da CLT (PAVAN, 2020). Assim, a lei n. 13.467/2017 que adicionou na CLT, o art. 394-A, vedou ao cargo da mulher gestante e lactante que fosse empregada em locais insalutíferos ao bem-estar.

Outro ponto a ser frisado, além do afastamento das gestantes das atividades presenciais e insalubres são também a respeito da luta diária das mulheres em relação à equiparação na mesma proporção e equidade que os homens, ou seja, a garantia de direitos iguais. Não havendo distinção por gênero, o que se faz presente principalmente nas questões trabalhistas. Conforme foi demonstrado anteriormente, as mulheres não detinham voz ativa, apresentava como um mero objeto do marido, o qual devia total subordinação e obediência, assim não podiam laborar fora do lar, consequentemente não podia ocupar cargos de grande valia dentro de empresas, o que pouco a pouco está sendo sanado ao passar dos anos.

Doutro giro, nota-se também que, com o avanço das conquistas perpetradas pelas mulheres, outro fator que ficou evidente se refere ao quesito educação, onde o número de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

mulheres com nível superior teve um aumento significativo ao passar dos anos, e tende a aumentar cada vez mais, o que proporciona ainda mais oportunidades de emprego.

> Na população com 25 anos ou mais, 19,4% das mulheres e 15,1% dos homens tinham nível superior completo em 2019. A parcela da população com instrução vem avançando, mas as mulheres se mantêm nos últimos anos com maior grau de instrução. Em 2012, eram 14% das mulheres com ensino superior e 10,9% dos homens (SARAIVA; CARNEIRO, 2021, p. 1).

Contudo, apesar de as mulheres serem mais dedicadas nos estudos, e possuírem grau de instrução maior que os homens, não impediu a discriminação no mercado de trabalho, percebendo valores inferiores que os homens e, ainda, ocupando menos cargos de chefia que estes.

Sobre isso, Nielmar Oliveira (2019, p. 1) aponta que, "em 2018, por exemplo, a mulher ocupada de 25 a 29 anos de idade recebia 86,9% do rendimento médio do homem; quando a faixa etária subiu para o intervalo de 30 a 39 anos este rendimento caiu para 81,6%; reduzindo na faixa entre 40 e os 49 anos: 79,4%".

Assim, percebe-se que, apesar das conquistas já efetivadas pelas mulheres ainda há muito pelo que lutar, pois uma vez que os homens recebem valores superiores às mulheres em mesmo cargo, a premissa exposta no art. 5º da CF/88 se perde no tempo, fato que jamais poderia ocorrer.

É certo que muitos direitos já foram conquistados, mas ainda há que se batalhar por uma conquista total de direitos, para que não ocorram mais casos de discrepância salarial, ou privilégios por questão de gênero. As mulheres jamais irão parar de lutar por seus direitos, mas toda a sociedade também precisa acolher essa luta, e brigar pela igualdade de gênero em todos os setores sociais.

8. CONCLUSÃO

A luta perpetrada pelas mulheres ao longo dos anos garantiu uma imensidão de direitos a longo prazo, é certo que atualmente as mulheres detêm um maior espaço dentro das questões sociais em diferente a meados do século XX. Diversos fatos históricos contribuíram para isso, como o destaque das mulheres na revolução industrial, primeira e segunda guerras mundiais, luta por direitos, e afins.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Esta constante luta serviu para demonstrar o quanto as mulheres queriam espaço nas questões sociais, políticas e trabalhistas, e o quanto elas não mais admitiriam serem subordinadas do sistema patriarcal.

Salienta-se que a entrada da mulher no mercado de trabalho ocorrer de forma mais tardia, acarretou a submissão a salários e a cargos mais baixos, com jornadas longas, bem como remuneração discrepante em comparação aos rendimentos do homem. As batalhas por equidades percorreram por vários anos, até a eclosão de legislações que trouxessem a igualdade de gênero, a proteção à maternidade e a vedação da diferença salarial.

De certo modo as mulheres conseguiram conquistar o seu "espaço vital" dentro dessas questões, e assim, conseguiram mostrar a toda a sociedade que são capazes de fazer o mesmo que os homens, e por tal questão, também devem ter seus direitos e garantias em plena isonomia, assim como prevê a Carta Magna de 1988.

Apesar de todas as conquistas já alcançadas pelas mulheres, ainda há sim, demasiada discriminação por gênero nos setores trabalhistas nacionais, seja no setor privado, quanto no público, fato este que jamais poderia ocorrer dentro de uma sociedade democrática de direitos, onde a principal premissa é a igualdade.

Dito isto, é importante frisar que, para que haver uma efetivação na diminuição dos casos discriminatórios trabalhistas em relação ao gênero, é necessário que o Estado se faça presente para garantir políticas públicas em relação a esta situação da discriminação das mulheres, ou seja, que este formule medidas que venham a ser efetivadas com findo de garantir às mulheres os direitos que estas, tanto batalharam para conquistar. Se faz necessário que o Estado atue no sentido de incluir os direitos femininos dentro de todos os setores sociais, combatendo a desigualdade de provento, pois este não beneficiaria apenas as mulheres, mas todo um contexto socioeconômico em que essas se encontram inseridas, já que poderia proporcionar uma equiparação no que diz respeito ao rendimento, às condições de equidade inerentes ao ofício, por conseguinte uma elevação na renda familiar. Atingindo um provento elevado, provoca um crescimento econômico e um desenvolvimento mais sustentável tanto no ambiente familiar, como laboral, auferindo por consequência isonomia de oportunidades, direitos e de tratamento por gênero.

9. REFERÊNCIAS

ALVES, A. C. F.; ALVES, A. K. da S. **As trajetórias e lutas do movimento feminista no Brasil e o protagonismo social das mulheres**. IV Seminário CETROS, Fortaleza: UECE, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins. **Direito do Trabalho no Brasil de 1930 a 1946**.Vol. 1. São Pualo: Atlas, 2015.

BRASIL, Casa Civil. Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Casa Civil. Lei n. 4.121, de 27 de agosto de 1962. **Dispõe sobre a situação jurídica da mulher casada**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4121.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Casa Civil. Emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969. **Edita o novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc01-69.htm>. Acesso em: 03 de out. 2021.

BRASIL, Casa Civil. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. **Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Casa Civil. Lei Complementar n. 150, de 1 de junho de 2015. **Dispõe sobre o contrato de trabalho doméstico**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp150.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL, Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Estatísticas de Gênero**. 2010. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/apps/snig/v1/?loc=0&cat=-1,1,2,-2,-3,128&ind=4728>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Ministério da Economia. Portaria Conjunta n. 28, de 19 de março de 2021. **Prorrogou do benefício de Salário-Maternidade**. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-28-de-19-de-marco-de-2021-309562565>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 244**. Disponível em: <https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_201_250.html#SUM-244>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL, TRT 2ª Região. **Processo n. 1000589-62.2021.5.02.0711**. 11º Vara do Trabalho de São Paulo, DJ: 28/07/2021.

BRITO, Ednaldo. **A suspensão do contrato de trabalho da empregada gestante e a Lei 14.151/2021**. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/91044/a-suspensao-do-contrato-de-trabalho-da-empregada-gestante-e-a-lei-14-151-2021#:~:text=Lei%2014.151%2F2021-,A%20suspens%C3%A3o%20do%20contrato%20de%20trabalho%20da,e%20a%20Lei%2014.151%2F2021&text=Publicado%20em%2006%2F2021%20.,Elaborado%20em%2006%2F2021%20.&text=A%20lei%20editada%20por%20conta,sem%20preju%C3%ADzo%20de%20sua%20remunera%C3%A7%C3%A3o. >. Acesso em: 03 out. 2021.

CABRAL, R. L. **Constituição e sociedade: uma análise sobre a (re) formulação da arquitetura do Estado-Nação na Assembleia Nacional Constituinte de 1933.** 2010. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Faculdade de Educação e Ciências Humanas, Universidade Federal de São Carlos, São Paulo, 2010.

CALCINI, Ricardo; CARVALHO, Aurea Maria de. **Afastamento da empregada gestante sob a ótica da Lei 14.151/2021**. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-20/pratica-trabalhista-afastamento-empregada-gestante-otica-lei-141512021>. Acesso em: 03 out. 2021.

CALIL, L. E. S. **História do direito do trabalho da mulher: aspectos histórico-sociológicos do início da República ao final deste século**. 1. ed. São Paulo: LTr, 2000.

CARMIZINI, G. D. G.; FINK, R. L. R. **Viabilidade Jurídica acerca da ampliação da licença maternidade**. 2021. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/352043096_Viabilidade_juridica_acerca_da_ampliacao_da_licenca_maternidade>. Acesso em: 03 out. 2021.

COSTA, Ana Alice. A mulher na força de trabalho. **Revista Feminismos**. Vol. 2, n. 2, mai./ago., 2014.

COSTA, Marcelo Bacchi Corrêa da. **Inconstitucionalidade da fixação de prazos diferentes na Licença-adotante**. 2019. Disponível em: <https://marcelobacchi.jusbrasil.com.br/artigos/798166303/inconstitucionalidade-da-fixacao-de-prazos-diferentes-na-licenca-adotante>. Acesso em: 03 out. 2021.

FEITOSA, Y.S. **Evolução da mulher no mercado de trabalho.** 2019. Dissertação (Graduação em Administração) – Faculdade de Administração, Centro Universitário Doutor Leão Sampaio Unileão de Juazeiro do Norte, Ceará, 2019. Disponível em: <https://unileao.edu.br/repositoriobibli/tcc/YASCARA%20SOARES%20FEITOSA.pdf> Acesso em: 03 out. 2021.

GOMES, Livia Daiane. **A origem do patriarcado**: da veneração à opressão da mulher. 16º Congresso Brasileiro de Assistentes Sociais, Brasília/DF, 2019.

GUNTHER, L. E; GUNTHER, N. G. S. A igualdade de direitos entre homens e mulheres nas relações de trabalho. **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 32, p. 39-63, 2014. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/94255> Acesso em: 03 out. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

JAVARO, Gabriele de Almeida Troia. **Mulher no volante, lucro constante**: o estudo do comportamento feminino no marketing automobilístico. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho, Bauru/SP, 2016.

LOBO, Franciso Bruno. **A primeira médica brasileira**. UFRJ, 2017.

LOPES, Rosângela Curis. **A evolução do trabalho da mulher**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2008.

MATOS, M. L.; GITAHY, R. R. C. A evolução dos direitos da mulher. **Revista Colloquium Humanarum**, v. 4, n. 1, p. 74-90, jun. 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva, 2017.

MENIN, Márcia Maria. O patriarcado no direito de família brasileiro: uma história

de desconstrução e permanência. **Direito e Sociedade: Revista de Estudos Jurídicos e Interdisciplinares**. Vol. 14, n. 1, p. 69-82, jan./dez. 2019.

MODANÊS, Carlos. **Empregada tem Direito à dois Intervalos para Amamentação Durante a Jornada de Trabalho**. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64863/empregada-tem-direito-a-dois-intervalos-para-amamentacao-durante-a-jornada-de-trabalho>. Acesso em: 03 out. 2021.

OLIVEIRA, Nielmar de. **Mulher ganha em média 79,5% do salário do homem, diz IBGE**. 2019. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/mulheres-brasileiras-ainda-ganham-menos-que-os-homens-diz-ibge>. Acesso em: 03 out. 2021.

PAVAN, Verônica. **A proteção do mercado de trabalho da mulher e a reforma trabalhista**: realidade e perspectivas. São Paulo: Dialética, 2020.

PORTO, Leiliane da Silva. **Proteção de emprego**. Trabalho de Conclusão de Curso. Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, 2013.

PRADO, A. L. Mulheres e o mercado de trabalho - uma lenta evolução. **Conteúdo Juridico**, Brasília/DF, 2021. Disponível em <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51132/mulheres-e-o-mercado-de-trabalho-uma-lenta-evolucao> Acesso em: 03 out. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ROMAR, Carla Teresa Martins. **Direito do Trabalho Esquematizado**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SANTOS, B. M. dos; ALVES, J. S. A Evolução da Mulher no Mercado de Trabalho: Comparação entre Ontem e Hoje. **Revista FABE**, vol. 6, n. 8, Bertioga, 2016.

SANTOS, Taená Cristine dos. **A vulnerabilidade do mercado de trabalho da mulher**. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2017.

SARAIVA, Alessandra; CARNEIRO, Lucianne. **IBGE**: Mulheres têm mais acesso ao ensino superior, mas ainda são minoria em áreas como engenharia e TI. 2021. Disponível em: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2021/03/04/ibge-mulheres-tem-mais-acesso-ao-ensino-superior-mas-ainda-sao-minoria-em-areas-como-engenharia-e-ti.ghtml>. Acesso em: 03 out. 2021.

SCARAVONATTI, Eduarda Cristina; VAIDER, Kalynca. **Proteção ao trabalho da mulher no Brasil**: discriminação e maternidade. São Miguel do Oeste: Unoesc, 2019.

SEGGIARO, Felipe Balestrin. Mulheres no mercado de trabalho: análise das dificuldades de gênero enfrentadas pelas mulheres do século XXI. **Revista Metodista de Administração do Sul**, vol. 2, n. 1, p. 83-107, 2017.

SILVA, Cássia Cristina Moretto da. A proteção ao trabalho na Constituição Federal de 1988 e a adoção do permissivo flexibilizante da legislação trabalhista no Brasil. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, vol. 4, n. 7, p. 274-301, Curitiba: jun./dez., 2012.

SIQUEIRA, D. P; SAMPARO, A. J. F. Os direitos da mulher no mercado de trabalho: da discriminação de gênero à luta pela igualdade**. Revista Direito em Debate**, Rio Grande do Sul, v. 26, n. 48, p. 287-325, 2017. Disponível em <https://revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate/article/view/7233> Acesso em: 03 out. 2021.

TOSI, Marcela. **A conquista do direito ao voto feminino**. 2016. Disponível em: <https://www.politize.com.br/conquista-do-direito-ao-voto-feminino/>. Acesso em: 03 out. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

VIANNA, C.; SANTOS, C. A. S. dos; DESTE, J. A. **Lei 14.151/2021**: descumprimentos e consequências. 2021. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/347653/lei-14-151-2021-descumprimentos-e-consequencias>. Acesso em: 03 out. 2021.

www.conteudojuridico.com.br

TERCEIRIZAÇÃO E A REFORMA TRABALHISTA NA CONSTRUÇÃO CIVIL

ARIANA SOUZA DE OLIVEIRA: Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.[109]

RESUMO: O presente artigo visa analisar os serviços terceirizado e a reforma trabalhista ramo da construção civil. O intuito do trabalho é elucidar o entendimento do que é a terceirização de trabalho, quais as mudanças que ocorreram com na terceirização de serviços após a aprovação da Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), e de que forma isso impactou no setor da construção civil. Para iniciar a pesquisa há um breve relato histórico sobre a terceirização. No decorrer do trabalho será analisado qual é a relação da empresa tomadora, a empresa contratante e o empregado. Além disso, com a terceirização trouxe em responsabilidades jurídicas tanto para empresa tomadora e a empresa contratante, sendo, portanto, um processo que requer certas precauções. Para uma melhor análise e fundamentação mais detalhada sobre o tema trouxe doutrinas, artigos científicos e a Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017. Conclui-se a priori que com a terceirização após a aprovação da Lei da Reforma, houve mudança que trouxeram vantagens e desvantagens tanto para a empresa contratante, para a empresa empregadora e ao trabalhador.

PALAVRAS-CHAVE: Terceirização. Reforma trabalhista. Construção civil.

ABSTRACT: This article aims to analyze outsourced services and the labor reform in the civil construction sector. The purpose of the work is to elucidate the understanding of what outsourcing work is what changes have occurred with the outsourcing of services after the approval of the Labor Reform (Law No. 13.467/2017), and how this impacted the construction sector civil. To start the research, there is a brief historical account about outsourcing. During the work, the relationship of the borrowing company, the contracting company and the employee will be analyzed. Furthermore, with outsourcing it brought in legal responsibilities for both the borrowing company and the contracting company, being therefore a process that requires certain precautions. For a better analysis and more detailed reasoning on the subject, it brought doctrines, scientific articles and Law No. 13,467 of July 13, 2017. It is concluded a priori that with outsourcing after the approval of the Reform Law, there were changes that brought advantages and disadvantages for both the contracting company, the employing company and the worker.

KEYWORDS: Outsourcing. Labor reform. Civil construction.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Terceirização. 2.1. A terceirização no Brasil. 2.2. Terceirização após aprovação da Lei n.13.467/2017. 3. Contratação de serviços terceirizados na

109 Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

construção civil. 3.1. Responsabilidade contratual trabalhista. 4. Vantagens e desvantagens na contratação de serviços terceirizados na construção civil. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A terceirização é considerada um verdadeiro fenômeno da atualidade.

O conceito de terceirização corresponde à transferência de um determinado serviço à outra empresa, ou seja, é uma contratação intermediada entre uma empresa contratante, uma empresa prestadora de serviços e um empregado, tudo isso correlacionado a um contrato de prestação de serviços. Essa espécie de contratação de serviço é conhecida como uma relação tríplice.

A terceirização no Brasil surgiu nos anos 70, sendo que o instrumento legal que abordou o tema foi em 1967, no Decreto Lei de n° 200, no seu artigo 10 permitia a descentralização das atividades da administração pública federal.

A primeira espécie que caracterizava o trabalho terceirizados surge no ano de 1974, a Lei n° 6.019, que é a Lei do Trabalho Temporário. Sendo que a empresa de trabalho temporário é responsável por contratar empregados que exercerão as suas funções em prol de outra empresa contratante.

No ano de 2017, foi aprovado a Lei da Terceirização. A nova lei modificou alguns dispositivos da Lei n° 6.019/1973, passando a regularizar o trabalho temporário e os serviços terceirizados.

No mesmo ano houve a aprovação da Lei da Reforma Trabalhista (Lei 13.467/2017 de 13 de julho de 2017), a terceirização veio com um conceito mais vasto, sofrendo grandes modificações, um deles foi o seu artigo 4º-A "Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer das suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução".

A Lei nº 13.467/2017, trouxe grandes mudanças nos serviços terceirizados, impactando as relações de trabalho dos segmentos produtivos, um deles foi no ramo da construção civil.

Infelizmente o ramo da construção civil há grande índice de informalidade na contratação da mão de obra. Os relatos históricos contam que nos últimos 30 anos houveram algumas tentativas e alterações de leis trabalhistas, mas não foi suficiente para solucionar o problema da informalidade na mão de obra na construção civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Esse tipo de relação de trabalho terceirizados acaba causando algumas dúvidas e insegurança para o trabalhador. Pois, de quem é a responsabilidade de garantir os direitos trabalhista dos trabalhadores terceirizados? Nessa situação seria ser uma dupla responsabilidade?

Além do mais, na terceirização também existem vantagens e desvantagens na contratação de serviços. O referido trabalho irá demonstrar os pontos positivos e negativos dessa tripla relação de serviços.

Portanto, o referido artigo vem esclarecer todo esse fenômeno chamado Terceirização e toda sua evolução perante a história e suas melhorias na área trabalhista e principalmente no ramo da construção civil.

2. TERCEIRIZAÇÃO

2.1. A terceirização no Brasil

A terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do País, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do segundo milênio no Brasil (DELGADO, 2017, p.503).

Conforme menciona o autor Delgado (2017, p.503), a terceirização é fenômeno relativamente novo no Direito do Trabalho do País, assumindo clareza estrutural e amplitude de dimensão apenas nas últimas três décadas do século XX no Brasil. Fórmula capturada e disseminada, no Ocidente, pela primeira onda da construção hegemônica do neoliberalismo, a partir da crise do estado de bem estar social europeu na década de 1970, ela iria se tornar, nos anos seguintes, um dos veículos mais importantes dessa corrente ideológica, em seu incessante esforço para desconstruir o Welfare State e os direitos individuais e sociais trabalhistas afirmados pelo Constitucionalismo Humanista e Social elaborado, na Europa, logo em seguida ao término da Segunda Grande Guerra.

Nesse contexto, a CLT — construída na década de 1940 — não tratou, evidentemente, da terceirização. O diploma consolidado fez menção a apenas duas figuras delimitadas de subcontratação de mão de obra: a empreitada e subempreitada (art. 455), englobando também afigura da pequena empreitada (art. 652, "a", III, CLT). À época de elaboração da CLT, como se sabe (anos de 1940), a terceirização não constituía fenômeno com a abrangência assumida nos últimos trinta anos do século XX, nem sequer merecia qualquer epíteto designativo especial. (DELGADO, 2017, p. 542).

Conforme diz Resende, "a terceirização desloca-se o foco da tradicional relação bilateral entre empregador e empregado, criando verdadeira relação trilateral, abrangendo em um dos vértices do triângulo o trabalhador, que mantém vínculo de emprego com o prestador de serviços (terceiro ou empregador aparente), mas disponibiliza o resultado de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sua energia de trabalho a um tomador de serviços (empregador real) diverso do seu empregador. Por fim, entre o prestador de serviços e o tomador de serviços há uma relação de direito civil (contrato de prestação de serviços), ou ainda uma relação administrativa (contrato administrativo), se o tomador for a Administração Pública (RESENDE, 2020, p.237).

2.2. Terceirização após aprovação da Lei n. 13.467/2017

O fenômeno da "terceirização" se transformou em tema altamente controvertido e delicado não só para juristas do trabalho, mas também para economistas, administradores, empresários, sindicalistas e trabalhadores (LEITE, 2020, p.666).

A terceirização foi um dos temas que mais sofreu maior modificação em 2017. A terceirização surgiu como forma de dinamizar e especializar os serviços nas empresas. Ocorre a terceirização quando a empresa, em vez de executar serviços diretamente com seus empregados, contrata outra empresa para que esta os realize, com o seu pessoal sob a responsabilidade. O empregado é contratado pela empresa intermediadora (empregadora), mas presta serviços em outro local (empresa tomadora). Neste sentido: A terceirização consiste na possibilidade de contratar terceiros para a realização de atividades que não constituem, em regra, o objeto principal da empresa. Em princípio, a vantagem da terceirização está na possibilidade de a empresa contratante centralizar seus esforços na atividade-fim ou principal, deixando as atividades secundária ou meio para terceiro realizar (CORREIA, 2018, p.341-342).

Antes a reforma trabalhista, porém, à falta de previsão legal, a jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho era harmônica no sentido de permitir a terceirização tão somente das atividades-meio da empresa contratante, tais como os serviços de vigilância, conservação e limpeza (Súmula 331, III do TST). Frise-se, portanto, que a partir da reforma trabalhista, a terceirização pode recair sobre a atividade principal (atividade-fim) e a atividade secundária (atividade-meio) da empresa contratante, (CARVALHO, 2019, p.2)

A terceirização é um fenômeno segundo o qual uma empresa contrata serviços especializados de uma outra empresa, que, por sua vez, contrata empregados para tal prestação, o que caracteriza uma subcontratação de mão de obra. Trata-se, portanto, de contratação de trabalhadores por interposta pessoa, ou seja, o serviço é prestado por meio de uma relação triangular da qual fazem parte o trabalhador, a empresa prestadora de serviços e a tomadora dos serviços. O trabalhador presta serviços para a tomadora, mas sempre por intermédio da empresa prestadora, não havendo contratação direta neste caso. (ROMAR, 2018, p.29)

A expressão terceirização resulta de neologismo oriundo da palavra terceiro, compreendido como intermediário, interveniente. Não se trata, seguramente, de terceiro,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

no sentido jurídico, como aquele que é estranho a certa relação jurídica entre duas ou mais partes. O neologismo foi construído pela área de administração de empresas, fora da cultura do Direito, visando enfatizar a descentralização empresarial de atividades para outrem, um terceiro à empresa. (DELGADO, 2019, p.541)

Conforme Delgado, no contexto da recente retomada do pensamento e diretrizes ultra liberalistas nas políticas públicas do País, foi aprovada em 13.7.2017 a Lei n. 13.467, que entrou em vigência em 11.11.2017. O novo diploma legal, mudando e/ou inserindo preceitos na Lei n. 6.019/1974, procurou estimular a terceirização trabalhista, mediante o afastamento de restrições e controles significativos sobre o processo terceirizante. (DELGADO, 2019, p.555)

Segundo Garcia, a terceirização pode ser entendida como transferência da execução de certas atividades da empresa tomadora (ou contratante) a empresas prestadoras de serviços. Terceirização tem o sentido de prestação de serviços a terceiros. Adotando-se o atual critério legal (art.4-A da Lei 6.019/1974, com redação dada pela Lei 13.467/2017), terceirização é a transferência feita pela contratante (tomadora) da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com sua execução. (GARCIA, 2020 p.387-388).

Para Garcia, como se sabe, a terceirização é fenômeno verificado como grande frequência nos dias atuais, como forma de diminuição de custos, prestação de serviços com maior eficiência, produtividade e competitividade, que são objetivos intensamente buscados em tempos de globalização. (GARCIA, 2020 p.388).

Com o objetivo de sanar a omissão da lei de março de 2017, a Reforma Trabalhista (Lei n° 13.467/2017) alterou novamente a redação da Lei no 6.019/1974 para prever expressamente a possibilidade de terceirização nas atividades-fim das empresas. Ela estabelece que a prestação de serviços a terceiros compreende a transferência de qualquer das atividades da contratante, inclusive sua atividade principal, a pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços (CORREIA, 2019, p.1).

O objetivo da Reforma Trabalhista foi trazer clareza e não deixar dúvidas quanto à possibilidade de terceirização nas atividades-fim: Art. 4°-A, caput, Lei no 6.019/1974 (Redação dada pela Lei n° 13.467/2017). "Considera –se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. Art. 5°-A, caput, Lei no 6.019/1974 (Redação dada ela Lei no 13.467/2017). Contratante é a pessoa física ou jurídica que celebra contrato com empresa de prestação de serviços relacionados a quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal (CORREIA, 2019, p.1108-1109).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

No que tange ao setor da construção civil, em razão de sua dinâmica própria, a realidade mostra que boa parte dos serviços contratados pelas construtoras é terceirizada. Elas não têm tecnologia suficiente para executar todas as tarefas em um empreendimento. Então, subcontratam diversas empresas especializadas que, no todo, levam à conclusão da obra. O setor ostenta uma dinâmica de atividade própria que necessariamente envolve várias empresas especializadas ao longo do processo de edificação, desde a fundação, terraplanagem, até o acabamento de pisos, gesso e pintura final, passando por toda a parte estrutural (hidráulica, elétrica, tubulação, ar-condicionado, etc.). E todas as etapas são articuladas pela empresa responsável pela obra, que é a tomadora dos serviços. Deve haver uma articulação entre as fases ao longo do projeto. Tudo mensurado nas etapas que se articulam e se sucedem no tempo são as contratações por empreitada. (ROMAR, 2018, p.34)

Antes da Reforma Trabalhista, a terceirização na construção civil já era uma realidade desde o CC de 1916, por meio do contrato civil de empreitada, previsto nos artigos 610 e seguintes. Inclusive, nas relações trabalhistas, a própria CLT, já previa este instituto e considerava lícita a subempreitada. Além disso, apesar de não existir uma legislação específica para a terceirização, a regulamentação para a construção civil fundamentava-se na regra do artigo 455 da CLT, e com a aplicação da Súmula 331 e da Orientação Jurisprudencial 191, ambas do TST. (MARTINS, 2020, p.1)

No caso da construção civil, a inclusão no rol das atividades tipicamente terceirizadas se justifica pelas inúmeras evidências de terceirização, e mesmo de quarteirização, nos canteiros de obra. Além disso, é atividade que exemplifica com bastante clareza a distinção entre atividade-meio e atividade-fim em processos produtivos fragmentados, questão central na discussão recente sobre a terceirização, (CAMPOS, 2018, p.12).

De acordo com Garcia (2020, p.416), cabe examinar, ainda, a posição do *dono da obra,* ao firmar contrato de empreitada, especialmente no que tange à possibilidade de sua responsabilização para fins trabalhista.

Ainda no mesmo entendimento, diz que, o artigo 455, caput, da CLT versa sobre os contratos de subempreitada, estabelecendo a responsabilidade do subempreiteiro "pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar". Nada mais coerente, pois o subempreiteiro, como empregador, responde pelos direitos trabalhista de seus empregados. No mesmo dispositivo, amplia a regra de responsabilidade, ao prever o cabimento do "direito de reclamação", pelos empregados do subempreiteiro, "contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro". (GARCIA, 2020, p.416)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3.1. Responsabilidade contratual trabalhista

Antes da reforma trabalhista, a terceirização na construção civil já era uma realidade desde o CC de 1916, por meio do contrato civil de empreitada, previsto nos artigos 610 e seguintes. Inclusive, nas relações trabalhistas, a própria CLT, já previa este instituto e considerava lícita a subempreitada. Além disso, apesar de não existir uma legislação específica para a terceirização, a regulamentação para a construção civil fundamentava-se na regra do artigo 455 da CLT, e com a aplicação da Súmula 331 e da Orientação Jurisprudencial 191, ambas do TST. (MARTINS, 2020, p.1)

No caso da construção civil, a inclusão no rol das atividades tipicamente terceirizadas se justifica pelas inúmeras evidências de terceirização, e mesmo de quarteirização, nos canteiros de obra. Além disso, é atividade que exemplifica com bastante clareza a distinção entre atividade-meio e atividade-fim em processos produtivos fragmentados, questão central na discussão recente sobre a terceirização, (CAMPOS, 2018, p.12).

De acordo com Garcia (2020, p.416), cabe examinar, ainda, a posição do *dono da obra,* ao firmar contrato de empreitada, especialmente no que tange à possibilidade de sua responsabilização para fins trabalhista.

Para Garcia (2020, p.416), o artigo 455, caput, da CLT versa sobre os contratos de subempreitada, estabelecendo a responsabilidade do subempreiteiro "pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar". Nada mais coerente, pois o subempreiteiro, como empregador, responde pelos direitos trabalhista de seus empregados. No mesmo dispositivo, amplia a regra de responsabilidade, ao prever o cabimento do "direito de reclamação", pelos empregados do subempreiteiro, "contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro".

No mesmo entendimento do autor acima, o aspecto mais importante do estudo do art. 455 diz respeito à natureza da responsabilidade do empreiteiro, se solidária ou apenas subsidiária. Há grande divergência doutrinária sobre a matéria. Importante corrente, durante muito tempo majoritária, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, extrai do referido dispositivo a responsabilidade solidária do empreiteiro. Outra corrente, atualmente bastante prestigiada, e pode-se dizer dominante, entretanto, defende que a responsabilidade do empreiteiro, no caso, é subsidiária. Em primeiro lugar, frise-se que, pela literalidade do art. 455, há responsabilidade de terceiro apenas no caso de subempreitada, e não nas hipóteses de empreitada simples. Neste sentido, o dono da obra não responderia pelos débitos do empreiteiro para com seus empregados. Aqui temos a primeira grande celeuma doutrinária. O fato é que hoje a grande maioria da doutrina considera injustificada tal irresponsabilidade do dono da obra, especialmente tendo em

vista a redação da Súmula 331 do TST, que, em tese, regularia todas as hipóteses de terceirização, (RESENDE, 2020, p.164).

Segundo Resende (2020, p.164) a responsabilidade do empreiteiro em relação aos empregados do subempreiteiro, há duas grandes correntes.1ª corrente: responsabilidade solidária do empreiteiro, o art. 455 deveria ser interpretado no sentido de que ao subempreiteiro caberia o débito ("responderá o subempreiteiro pelas obrigações derivadas do contrato de trabalho que celebrar"), mas a ambos, empreiteiro e subempreiteiro, solidariamente, a responsabilidade ("cabendo, todavia, aos empregados, o direito de reclamação contra o empreiteiro principal pelo inadimplemento daquelas obrigações por parte do primeiro"),no caso de inadimplemento espontâneo do subempreiteiro. Esta corrente gozou de enorme prestígio na doutrina e na jurisprudência, mas, nos últimos anos, se tornou francamente minoritária na jurisprudência.

Ainda na mesma linha, Resende explica que na 2ª corrente: responsabilidade subsidiária do empreiteiro: Hodiernamente tem se considerado que a responsabilidade do empreiteiro, no caso, é subsidiária, tendo em vista a atual redação da Súmula 331do TST, que, em tese, abrange todas as hipóteses de terceirização, inclusive a hipótese do art. 455 da CLT. Portanto, o fundamento desta nova corrente seria o item IV da Súmula 331 do TST. Neste sentido, Maurício Godinho Delgado. Alguns defensores desta corrente invocam ainda outros dois argumentos: a) a solidariedade decorre de previsão legal, e o art. 455 não dispõe expressamente sobre a solidariedade; b) a redação do art. 455 contemplaria espécie de benefício de ordem, o que indicaria subsidiariedade, (RESENDE, 2020, p.164).

Conforme Delgado, o segundo aspecto introduzido pela Lei n.13.467/2017 que chama bastante atenção — também de inequívoco direcionamento precarizante-se traduz no afastamento da imperatividade da isonomia entre os trabalhadores terceirizados e os empregados da empresa tomadora de serviços, isto é, a remuneração equivalente à percebida pelos empregados da mesma categoria da empresa tomadora de serviços, nos casos de terceirização lícita. A Lei n. 13.467/17, mesmo após ter ampliado largamente a terceirização, não considera imperativa a regra isonômica entre trabalhadores terceirizados e empregados da empresa tomadora de serviços (empresa contratante). Ao invés, sufraga a tese de o salário equitativo, na hipótese de terceirização lícita, abranger simples cláusula contratual interempresarial, situada no âmbito da livre vontade do poder econômico. (DELGADO, 2020, p.567)

Nessa linha, a regra do art. 4º, § 1º, da Lei n. 6.019: "Contratante e contratada poderão estabelecer, se assim entenderem, que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo". (DELGADO, 2020, p.567)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na construção civil, no caso de contratos de prestação de serviços, além de estabelecer a divisão de responsabilidades, prazos, condições de garantia e preço, eles são um importante instrumento que auxiliam a gestão da obra. O contrato de prestação de serviços de construção serve, entre outros motivos, para esclarecer de que forma as expectativas e necessidades de cada parte envolvida serão atendidas (THOME, 2016).

De acordo com Benhame (2018, p.1), a terceirização é o ato da empresa tomadora de serviço entregar, através de um contrato regular, à outra empresa, prestadora de serviços, algumas atividades que a empresa prestadora possa prestar, ou seja, que seja um de seus objetivos sociais. A terceirização sempre foi proibida, e os julgados sempre consideraram que o vínculo se dava entre o trabalhador e a empresa tomadora, independentemente da existência de empresa interposta. Esse entendimento estava consubstanciado na Súmula 256 do TST, que previa que seriam regulares as contratações de trabalhador temporário e vigilante bancário, dentro dos estritos termos de cada lei. Essa orientação foi alterada e editada a Súmula 331 do TST, permitindo a terceirização com alguns requisitos restritivos, dentre eles tipo de atividade, mantendo, no entanto, a proibição de interposição de mão de obra. Com e edição da nova lei, esse aspecto ficou ultrapassado, e mais do que nunca a regularidade da terceirização está voltada ao seu correto gerenciamento, evitando-se sua descaracterização na esfera trabalhista.

Na mesma linha Benhame (2018, p.1) diz que a tal irregularidade está diretamente ligada à forma como a tomadora trata os empregados da prestadora, ou os trabalhadores terceirizados (autônomos ou empresários) que a atendem. Com efeito, a Lei 13.467/17, ao alterar a CLT e a Lei 6.019/74, não alterou nem o artigo 3º da CLT, que trata da definição de empregado, nem seu artigo 9º, que trata da nulidade de atos que visem fraudar direitos previstos na CLT. E o principal elemento caracterizador do vínculo empregatício é a subordinação, que é a subordinação jurídica. Assim, o trabalhador terceirizado é empregado da empresa prestadora de serviço e, portanto, está sujeito à subordinação jurídica com ela tão somente, ou, se autônomo ou empresário, sem subordinação a quem quer que seja. Qualquer ingerência da empresa tomadora na forma e desenvolvimento dos serviços terceirizados através de seu próprio pessoal será elemento que descaracterizará terceirização por configurar subordinação jurídica direta.

A empreitada é um contrato pelo qual a prestadora faz parte da obra com ou sem materiais, devendo ter a expertise para tal atividade. A empresa, ao terceirizar a compra de um serviço pronto, pode, no contrato civil entre partes, estabelecer punições como multas, responsabilidade por perdas e danos e até mesmo a rescisão contratual se o serviço não sair a contento, no entanto, não pode jamais controlar o desenvolvimento desse serviço, controlando os trabalhadores terceirizados diretamente. Assim, qualquer forma de subordinação deve ser evitada, e jamais constar de contrato. (BENHAME, 2018, p.1).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De acordo com Sinduscon/MG, o que pode ser entendido sobre contrato de empreitada é que se trata de um instrumento por meio do qual a parte contratada (empreiteiro), mediante remuneração a ser paga pela parte contratante (empreendedor), obriga-se a realizar determinada obra, pessoalmente ou por meio de terceiros, de acordo com as instruções do dono da obra e sem relação de subordinação. Consiste em uma prestação de serviço, contudo de natureza especial. A distinção se dá principalmente quanto ao objeto contratado: enquanto na prestação de serviço o objeto é a atividade do prestador, na empreitada é a obra em si.

Por fim, embora alguns contratos relacionados à construção civil sejam feitos de maneira verbal, o certo a se fazer é a contratação legalizada, usando todos os critérios da CLT. Dessa maneira, evita prejuízos em futuros processos judiciais, pois a não contratação legalizada configura importantes meios de prova.

4. VANTAGENS E DESVANTAGENS NA CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS TERCEIRIZADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL

Para Fratari (2020, p.1), o setor de construção civil espera uma retomada mais acelerada do crescimento e isso pode gerar diversos novos empreendimentos e, consequentemente, contratações. No entanto, neste momento de retomada do crescimento econômico e de aquecimento do mercado no setor da construção civil, a legislação trabalhista sofreu algumas alterações em comparação com o período que antecedeu a crise. Por isso é importante que o empresário do ramo da construção civil esteja preparado para lidar do ponto de vista de recursos humanos e gestão de risco trabalhista. Isso porque, mesmo impulsionado pelas grandes empresas do setor, a terceirização e subcontratação com empreiteiras de menor porte é um fenômeno antigo e muito recorrente nesse segmento da economia. Como regra, com a terceirização acabam sendo flexibilizados alguns controles do cumprimento da legislação trabalhista, o que pode acabar gerando risco para os contratantes envolvidos. Os principais pontos que acabam sendo relegados a um segundo plano quando da terceirização da mão de obra na construção civil são o controle de jornada e as medidas de medicina, higiene e segurança do trabalho.

Nesse contexto, a lei 13.467/17, conhecida como reforma trabalhista, não trouxe grandes alterações, pois, no melhor dos cenários, o contratante responderá de forma subsidiária pelos créditos trabalhistas. Um dos pontos que merece destaque é eventual declaração de nulidade da contratação pela subempreitada por meio de reconhecimento de vínculo de emprego direto com o contratante. Isso poderá ocorrer quando comprovada a ingerência direta da contratante nas atividades dos empregados da contratada, como por exemplo em caso de ordens diretas. Por isso é importante evitar o direcionamento de ordens diretamente aos empregados da contratada, sendo importante a existência de um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

representante da contratante para supervisionar a prestação do serviço e reportar-se diretamente à contratada para que sejam feitos os ajustes necessários (FRATARI, 2020, p.1).

É importante, portanto, que os contratantes envolvidos estejam cientes dos riscos e das possibilidades e formas de diminuir esses potenciais geradores de passivo. As construtoras precisam estar muito atentas na contratação de terceirizados, pois, tudo gira em torno da execução, desde o planejamento inicial até a conclusão e entrega, o andamento da obra será afetado por uma mão de obra ineficiente (FRATARI, 2020, p.1).

Para que as construtoras possam tomar as melhores decisões na contratação dessa mão de obra, é sempre bom analisar as principais vantagens e desvantagens da terceirização. (PACHECO JR, 2021)

Algumas vantagens que são proporcionadas pela terceirização dos serviços: Aumento da produtividade, melhoria da qualidade dos produtos e serviços, controle do processo de produção, eliminação da manutenção de mão-de-obra e equipamentos subutilizados, facilidade no controle de custos, transferência dos riscos, redução dos custos, redução dos prazos, redução da preocupação administrativa e outros (CIOCCARI, MEDEIROS, 2018, p.).

Para Pacheco (2021, p.) existem várias vantagens na contratação de serviços terceirizados como por exemplo: Aumento de produtividade: A terceirização traz a produtividade como um de seus principais benefícios. Como são relações de contrato temporárias e muito objetivas, o cumprimento de prazos é muito mais rigoroso. Em geral, os contratos são estabelecidos por serviço e o tempo declarado como necessário para a execução. Atrasos por improdutividade do trabalhador, então, não saem da conta da construtora, o que serve como um motivador para que as datas de entrega sejam cumpridas. Controle e redução de custos: Como já mencionamos, tudo o que é acordado entre construtora e terceirizado está em contrato e isso inclui os custos da execução do serviço e materiais. O contrato especifica as horas de trabalho e os insumos necessários para a execução. Por isso, controlar os custos do orçamento e encontrar possibilidades de economia se torna muito mais fácil para as construtoras. Além disso, contratos temporários eliminam muitas tributações que a CLT exige, como FGTS, 13º e férias, o que já representa uma grande economia. Transferência de riscos: A responsabilidade pelo trabalhador dentro do canteiro de obras, no sentido de oferecer condições de trabalho e EPIs, cumprindo com as NRs é das construtoras. No entanto, as responsabilidades sobre os riscos do trabalhador são da empresa que oferece o serviço terceirizado. Se um acidente ocorrer, a construtora fica isenta de responsabilidade com o contrato de terceirização. Maior qualidade dos produtos e serviços: Buscar uma mão de obra terceirizada é uma decisão tomada, principalmente, quando existe a necessidade de um profissional especializado. Essa decisão, além de eliminar os custos de treinamentos de trabalhadores para a execução de um serviço, acaba por oferecer à construtora um trabalhador com mais experiência. É

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

inegável que experiência e qualificação são uma forma muito eficiente de garantir maior qualidade à obra. (PACHECO, 2021, p1.)

Na mesma linha Pacheco Jr (2021, p.1), cita as desvantagens que pode ocorrer na contratação de serviços terceirizados na construção civil. Obrigações trabalhistas e previdenciárias: Muitas construtoras ainda cometem o erro de fechar contratos de prestação de serviços terceirizados muito superficiais. **A terceirização deve ser feita com contratos bem-organizados e observando as regras trabalhistas e previdenciárias.** Existem regras para esse tipo de contratação. Ele deve existir apenas para serviços especializados e os contratos devem ser regulares. Pagar o prestador de serviço e apenas emitir uma nota fiscal, sem os contratos exigidos, por exemplo, pode causar muita dor de cabeça para a construtora. Conhecer as leis para o trabalho terceirizado na construção civil é essencial para evitar autuação do Ministério do Trabalho e ações trabalhistas. Execução das atividades: A fiscalização da execução das atividades da mão de obra terceirizada deve ser muito mais rigorosa. A construtora está pagando pela execução de qualidade de um serviço específico, com o uso de um volume x de insumos e dentro de um prazo pré-estipulado. Ter a certeza de que o que foi determinado em contrato está sendo cumprido de forma integral é essencial para que a terceirização seja um bom investimento. Para isso, é necessário acompanhar mais de perto o que se faria com trabalhadores CLT. Risco de contratação de empresa não qualificada: Propaganda enganosa existe em qualquer área. Na construção civil, acabar contratando trabalhadores terceirizados que não tem a especialização que disseram ter pode gerar muitos problemas. **A construtora pode acabar com serviços mal feitos, necessidade de retrabalho e diversos problemas na estrutura da obra**. Tudo isso significa gastos com mais material, com outra mão de obra e atrasos nas entregas.

5. CONCLUSÃO

O presente trabalho aborda o estudo sobre a terceirização, as mudanças da terceirização após a promulgação da Lei nº 13.467 de 13 de julho de 2017 e quanto as mudanças que houveram no setor da construção civil.

A terceirização é considerada por grande jurista um fenômeno com relação à área trabalhista, tendo como foco a necessidade de redução dos custos gerais e operacionais.

O fenômeno da terceirização de serviços tem origem no sistema, que visa flexibilizar e descentralizar a produção.

O conceito de terceirização e a definição da sua utilização são bastante imprecisos, tornando-o diretamente relacionado à instabilidade do trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O artigo traz um breve relato histórico do surgimento da terceirização. Demonstrando algumas vantagens e desvantagens da contratação de serviços terceirizados. Umas das vantagens da terceirização de serviços é a possibilidade de a empresa contratante centralizar os seus serviços somente na atividade-fim ou principal, deixando a atividade segundaria para as empresas terceirizadas.

No referido trabalho pode constatar que na terceirização ocorre um vínculo empregatício, estabelece uma relação trilateral entre intermediários, sendo a primeira parte a empresa contratante, no caso da construção civil, seriam as construtoras, como segunda parte, a empresa intermediadora (prestadora do serviço) e o empregado, sendo ele a terceira parte dessa relação trilateral.

Essa relação trilateral, divide a responsabilidade legal sobre o vínculo empregatício, portanto, é um processo que requer certas medidas preventivas, sendo que a empresa contratante fiscaliza a empresa prestadora do serviço sobre o risco de assumir total responsabilidade trabalhista sobre o empregado.

Por fim, o objetivo deste artigo é esclarecer o entendimento de como funciona a contratação dos serviços terceirizados na construção civil, e quais foram as mudanças ocorreram após a aprovação da Reforma Trabalhista.

6. REFERÊNCIAS

BENHAME, M. Alterações na legislação trabalhista e a terceirização na construção civil; São Paulo, 31 de maio de 2018.Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-31/maria-benhame-terceirizacao-construcao-civil-reforma>. Acesso em 26 de set.de 2021.

CIOCCARI,L; MEDEIROS,A; Terceirização: vantagens e desvantagens em empresa da construção civil, Disponível em: https://jus.com.br/artigos/68705/terceirizacao-vantagens-e-desvantagens-em-uma-empresa-de-construcao-civil

CAMPOS, A; Terceirização do trabalho no Brasil-Novas e distintas perspectivas para o debate; Brasília; IPEA, 2018.

CARVALHO, M. A reforma trabalhista e a terceirização. Instituto Direito Real, Rio de Janeiro, 05 de nov. de 2019. Disponível em: <https://direitoreal.com.br/artigos/reforma-trabalhista-terceirizacao>. Acesso em: 01 de ago de 2021.

CORREIA, H.; MIESSA, E; Manual da reforma trabalhista; Salvador, jusPodivm, 2018.

DELGADO, Curso de Direito do Trabalho; São Paulo, LTr, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

FRATARI, L; A retomada do setor da construção civil e o novo cenário da terceirização de mão de obra. 17 de jan. de 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/318553/a-retomada-do-setor-da-construcao-civil-e-o-novo-cenario-da-terceirizacao-de-mao-de-obra>. Acesso em: 01 de out. de 2021.

GARCIA, G.F.B; Manual de direito do trabalho; 13.ed.; Salvador, jusPodivm, 2020

LEITE, C.H.B; Curso de direito do trabalho; 11. ed.; São Paulo. Saraiva Educação, 2019.

LIMA, F; LIMA, F. Terceirização total, ponto a ponto; 2.ed.; São Paulo. LTr, 2019.

MARTINS, A. Terceirização na Construção civil: quais as mudanças após a reforma trabalhista. São Paulo, 26 de out de 2020. Disponível em:<https://www.bertol.adv.br/terceirizacao-na-construcao-civil-quais-as-mudancas-apos-a-reforma-trabalhista>. Acesso em 01 de jun. de 2021.

PACHECO, W, Vantagens e Desvantagens da terceirização na construção civil, 22 de janeiro de 2021, disponível em: <https://blog.obraprimaweb.com.br/terceirizacao-de-mao-de-obra-construcao-civil/> Acesso em 02 de out. de 2021.

RESENDE, R; Direito do trabalho; 8. ed.; São Paulo. Ed. Método, 2020.

ROMAR, C, Terceirização em atividade-fim e em atividade-meio após a Lei nº 13.467/2017– pacificação da questão?, abril de 2018, Disponível em:<https://aaspsite.blob.core.windows.net/aaspsite/2018/04/Artigo-Exclusivo-Revista-do-Advogado.pdf> Acesso em 02 de out.de 2021.

SINDUSCON/MG, Contratos de empreitada na construção. Brasília, maio de 2019. disponível em:<https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2019/05/CBIC_Guia_Contratos_de_Empreitada_na_Construcao.pdf>. Acesso em 02 de out.de 2021.

THOME, Contrato de prestação de serviços de construção civil para pequenas empresas. Disponível em: https://www.sienge.com.br/blog/contrato-de-prestacao-de-servicos-de-construcao-civil-para-pequenas-empresas/. Acesso em 01 de out. de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ORÇAMENTO FAMILIAR

ANNI GABRIELI DE LIMA SGAMATO: Formanda do curso de Ciências Contábeis na Fundação Educacional de Fernandópolis - FEF, Fernandópolis - SP.

LEONARDO SANTIAGO GESUATO
RENAN MACHADO DA SILVA
(coautores) [110]

DANIELA BORELI

ROGÉRIO DE JESUS RIBEIRO

(orientadores)

Resumo: O intuito do trabalho, cujo tema é Orçamento Familiar, será comprovar como a contabilidade é primordial no controle das finanças domésticas. Será realizada uma pesquisa de campo com o objetivo de analisar respostas relacionadas ao tema, utilizando questionários para que assim os dados sejam coletados e posteriormente analisados para obtermos o resultado final da pesquisa, visando compreender quais as principais dificuldades do público em relação as ferramentas que a contabilidade pode oferecer, buscando instruir e facilitar a vida financeira das famílias. Dentre os resultados da pesquisa, pode se verificar quantas pessoas sabem o que é um Orçamento Familiar. A elaboração acadêmica, portanto, buscará conhecer sobre Família, Planejamento, Orçamento Familiar, Controle, hábitos de consumo e forma de controle, abrangendo o maior número de dados verídicos a fim de afirmar com mais exatidão a essencialidade da Contabilidade em um orçamento familiar.

Abstract: The aim of this project in which theme is Household Budget, is to prove that accounting is primordial to provide control in the household finances. We're holding a field research with the aim of analyze answers related to the theme, using some questionnaires to collect data and subsequently analyze them for us to have the final result of this search aiming to comprehend the main difficulties people have about the tools that the accountancy can offer in order to instruct and facilitate their financial life. Among the results of this research, we will be able to verify how many people know what a Household Budget is. This academic task is seeking to know about Family, Planning, Household Budget, Control, Consumption Habits and Forms of Control covering the higher number of true data to affirm and prove the essentiality of the Accountancy in a Household Budget.

1.Introdução

Diversas famílias enfrentam dificuldades em questões financeiras devido à má administração de sua renda e, especialmente, em momentos de crise econômica o problema é ainda mais agravante, assim como o atual momento onde vivemos uma

110 Formandos do curso de Ciências Contábeis na Fundação Educacional de Fernandópolis - FEF, Fernandópolis - SP.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pandemia global, tem se visto que milhares de famílias estão sofrendo em aspectos financeiros e econômicos. Por efeito disso, é importante gerar o planejamento de um orçamento familiar, pois segundo Silva é indispensável uma mudança na cultura financeira e é necessário conquistar hábitos elementares e também seguir uma cautelosa gestão financeira.

Um orçamento familiar bem elaborado é um grande controle para a finança pessoal, é muito utilizada para ter controle de entrada e saída do dinheiro, com isso permitindo um maior conforto e aumento de bens e patrimônio para a família.

A realidade é que todos sabem da grande importância de um orçamento familiar, mais por falta de informações poucas pessoas colocam em prática, Macedo afirma que o planejamento financeiro é um método de administrar seu dinheiro tornando possível a realização de objetivos pessoais, mas grande parte das pessoas não tem uma estabilidade financeira.

Desse modo, o trabalho apresentará alternativa para que os leitores passem a ter noção básica de como administrar seu ganho.

2.Objetivos

2.1. Objetivo Geral

O trabalho tem como objetivo esclarecer quais são os melhores modos de controlar o orçamento, a fim de gerenciar de forma eficaz a vida financeira, sendo necessário um planejamento orçamentário, o qual viabiliza o auxílio da contabilidade, que com suas maneiras e formas distintas, encontrará e demonstrará soluções para tais objeções.

A construção do trabalho é para evidenciar o valor da gestão financeira e o quanto ela é importante no controle das finanças domésticas, constatando como as despesas afetam a renda e como são confundidas com investimentos.

2.2 Objetivo Específico

Identificar o que prejudica a estabilidade financeira das famílias e aplicar uma planilha orçamentária como meio prático para comprovar os efeitos da contabilidade dentro das finanças domésticas, buscando esclarecer que controlar a renda é um grande benefício.

O trabalho pode oferecer conhecimentos básicos aos leitores para que passem a ter direção de como administrar de forma adequada todos os seus ganhos e também apresentar maneiras de investimento promovendo meios para o crescimento financeiro.

3.Referencial Teórico

3.1Orçamento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo o Caderno de Educação Financeira - Gestão de Finanças Pessoais (2013, pág. 21) “o orçamento é uma importante ferramenta para você conhecer, administrar e equilibrar suas receitas e despesas e, com isso, poder planejar e alcançar seus sonhos”, portanto o orçamento, em geral, se refere a áreas de finanças e economia, se tratando de um montante de dinheiro que é designado para realizar o pagamento de despesas estabelecidas. Considerando o orçamento dentro do contexto doméstico, o objetivo do orçamento não é de simplesmente limitar seus ganhos e interromper seus momentos de lazer. Na verdade, é o contrário disso, o orçamento tem como objetivo manter controle em sua vida financeira e proporcionar a realização de metas pessoais, viagens e o bem estar familiar.

3.2 Orçamento Doméstico

Orçamento doméstico é saber administrar seu dinheiro e as contas de casa. Mesmo sem ter conhecimento de contabilidade, todas as famílias sabem que é necessário e muito importante ter planejamento e controle sobre suas rendas, e assim acabam criando algum tipo de orçamento, mesmo que seja simples, para que ao final de cada mês não falte dinheiro, conforme Alfredo Meneghetti Neto (2014, pág. 23): “um orçamento pode ajudar o cidadão a entender os seus hábitos de consumo. Com ele, podem-se visualizar as pequenas coisas que, aos poucos, vão esvaziando o bolso: cafezinho, balas, chocolates, lanches e estacionamento”.

É claro que às vezes o orçamento pode ser modificado, pois a cada mês que se passa novas contas surgem e sempre terá novas despesas fixas e até mesmo despesas inesperadas. Mesmo que a renda seja considerada alta e suficiente para manter e atender todos os gastos da casa, é fundamental que a família pense no futuro, investindo seu dinheiro e também criando uma reserva.

Um orçamento doméstico se resume em registrar tudo que entra de dinheiro (salários, rendimentos, aplicações e etc.) e também tudo que sai (aluguel, água, luz, internet, entre outras despesas). A ideia é gastar menos do que ganhar e o que sobrar procurar investir, pois não adianta apenas saber administrar seus ganhos e ter uma reserva quando o interessante é saber investir seu dinheiro para aumentar suas fontes de renda e viver um futuro com mais tranquilidade e facilidade diante das despesas, como orientado por Alfredo Meneghetti Neto (2014, pág. 28) “O conhecimento das finanças pessoais é muito importante, pois ajuda os brasileiros a planejar e a investir pra um futuro mais seguro”.

O orçamento pode parecer assustador e ser uma tarefa chata para algumas pessoas, pois sempre vai exigir algo de todos os membros de uma família que deseja estar bem com suas finanças.

Na prática, realmente cuidar das finanças não é uma das tarefas mais divertidas, principalmente por envolver cálculos e alguns ajustes na forma como o dinheiro é gasto. Com o orçamento familiar controlado a família pode planejar suas metas, seja ela a curto ou longo prazo, seja uma viagem, a aquisição de um carro novo ou até mesmo de um imóvel, como diz Leandro Hirt Rassier (2014, pág. 71) “Gaste com responsabilidade, trabalhe com dedicação, aproveita as coisas simples da vida”.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ressaltando que determinar as despesas e o valor da renda de cada mês é essencial para a contabilização da renda familiar, dessa forma é possível fazer o corte de alguns gastos, diminuir algumas despesas para que sobre dinheiro e evite dívidas.

Para que tudo isso seja realizado, é fundamental que alguém seja responsável pela organização e a gestão dos ganhos e das despesas de uma família, desse modo pode-se verificar cada despesa e cada receita gerada no mês.

3.2 Elaboração do orçamento doméstico

A elaboração de um orçamento doméstico pode ser de diversas formas, através de planilhas orçamentárias feitas em aplicativos ou no computador, caderno de anotações, entre outros. A finalidade é conter todas as informações da movimentação de receitas e despesas, assim é possível controlar os ganhos e gastos referentes ao período do mês, registrando e avaliando o que pode estar atrapalhando as finanças e o que pode ser feito para trazer melhoria a renda familiar e suas responsabilidades.

> É prudente que as receitas superem as despesas, para que você possa formar uma poupança, investindo seu superávit financeiro de modo a ter recursos suficientes para eventuais emergências, realizar sonhos, preparar sua aposentadoria etc. (Caderno de Educação Financeira - Gestão de Finanças Pessoais, 2013, pág. 21).

O planejamento familiar auxilia para que não se gaste além do disponível e, eventualmente, sobrem recursos e não remanesçam dívidas no final do mês. Contudo, muitas famílias brasileiras falham, tanto na disciplina de seu dinheiro como no real planejamento deste.

Em vista disso, é necessário que todos os integrantes da família assumam o compromisso de organizar e economizar seu dinheiro, além de unificarem os objetivos, para que estes se tornem comum entre todos, facilitando e tornando o desenvolvimento do planejamento mais concreto e eficaz, proporcionando despreocupação para a família.

4.Educação financeira

No livro Educação Financeira, o autor Alfredo Meneghetti Neto nos apresenta conceitos de educação sobre finanças em todas as etapas da vida, desde criança, a fase adolescente e adulta.

É comum pensarmos que ter planejamento e controle financeiro se inicia quando nos tornamos adultos, mas a educação financeira deve ser aplicada desde cedo em nossas vidas e em nossos filhos, assim nos tornamos mais conscientes, mas para isso os jovens e adolescentes precisam ter bons exemplos de como ter uma vida financeira organizada, e isso vem de família.

> A Educação Financeira se trata de um procedimento por meio do qual as pessoas e as sociedades aprimoram seu entendimento dos conceitos bem como dos produtos financeiros. Com a devida informação, também formação bem como orientação adequada, os cidadãos assumem a importância e a qualidade necessária para que possam entender as oportunidades e os perigos que são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> associados a elas e, daí então possa saber escolher bem, que tenham ciência de onde buscar ajuda e adotar outras medidas que possam melhorar o seu bem-estar. (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2013).

Alguns itens importantes na educação financeira:

4.1. Controle: Conforme diz Martins (2010) "No que diz respeito ao controle, sua mais importante missão é fornecer dados para estabelecimento de padrões, orçamentos e outras formas de previsão", portanto o controle é essencial para analisar o desempenho, monitorar as tarefas, avaliar os resultados e implantar, quando necessário, formas que possam corrigir e garantir o cumprimento do que foi planejado. Na família, o controle pode ser definido em registrar os gastos e rendas obtidas em um mês, assim com todas as informações obtidas se torna fácil lançar as contas em uma planilha orçamentária.

4.2. Organização: Faz toda diferença organizar-se e estipular suas prioridades no momento de gastar seu dinheiro. Tudo pode ficar mais fácil com uma boa organização em relação às contas que devem ser pagas, quitação de dívidas, metas como viagens, compra de um veículo, momentos de lazer e etc. Segundo Leandro Hirt Rassier (2014, pág. 56) "Ter organização financeira norteada por um bom planejamento é o início da conquista da liberdade financeira".

4.3 Metas: Todas as pessoas estipulam suas metas, e elas se diferenciam entre cada pessoa e famílias, mas na maioria das vezes só são realizadas depois da estabilidade financeira, o que é difícil de acontecer. Por isso muitas pessoas recorrem à empréstimos, financiamentos, cartão de crédito e outras formas de antecipar o cumprimento de metas que parecem ser inalcançáveis quando não existe planejamento, organização e controle.

> Para que se tenha um bom planejamento, é necessário saber aonde se quer chegar; é necessário internalizar a visão de futuro trazida pela perspectiva de realização do projeto e estabelecer metas claras e objetivas, as quais geralmente precisam de recursos financeiros para que sejam alcançadas ou para que ajudem a atingir objetivos maiores. (Banco Central do Brasil - Caderno de Educação Financeira – Gestão de Finanças Pessoais, 2013, pág. 20).

4.4 Investimento: Pode-se considerar que investimento é um bom método para evoluir financeiramente, como aplicações de fundos de pessoa física ou jurídica (dinheiro ou título), com intenção de embolsar alguma retribuição futura suprema ao valor sobreposto, assim como foi exposto por Padoveze (2012, p.147): "Um investimento caracteriza-se por ser um gasto não consumido imediatamente, cujos resultados virão dos benefícios futuros desse gasto", e ele pode ser classificado como imóveis, poupança, negócio próprio, rendas extras, entre outros. É importante ressaltar que para investir é necessário não estar em situação de dívidas e sempre procurar saber mais sobre como investir, onde investir e quais investimentos não irão atrapalhar suas finanças, mais sim causar um aumento em sua renda de forma positiva.

5.Metodologia

Será realizada uma pesquisa de campo, a qual tem por finalidade coletar dados através de questionários que posteriormente serão tabulados e analisados, com o propósito de investigar a real situação financeira e o entendimento que as pessoas têm a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

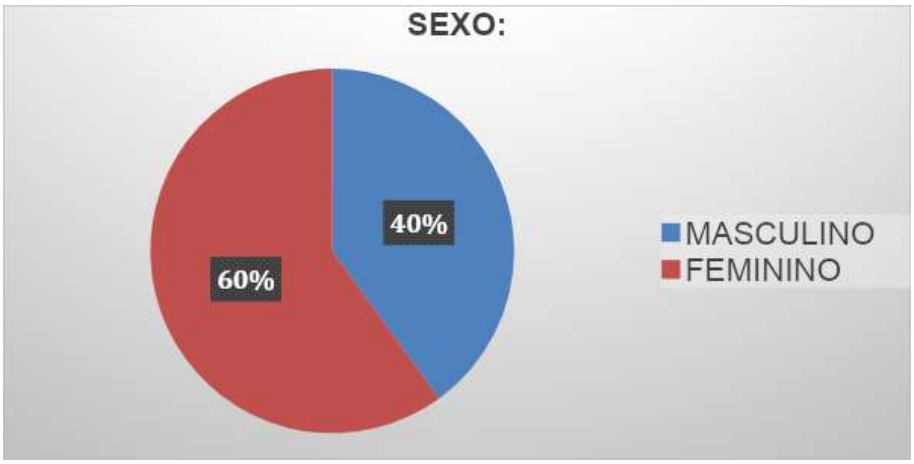
respeito do orçamento familiar, a fim de observar como as famílias conduzem suas finanças atualmente. O método utilizado para a pesquisa será quantitativo, onde busca compreender o cenário estudado.

A pesquisa de campo será desenvolvida com os alunos dos cursos de Ciências Contábeis e Administração da Fundação Educacional de Fernandópolis - FEF, por meio de um questionário com perguntas objetivas. A pesquisa amplificará os resultados pretendidos pelo trabalho com perguntas que se referem aos conhecimentos financeiros que a sociedade possui.

Em síntese, serão aplicadas algumas perguntas, tendo em vista coletar dados concretos que possibilite o alcance do objetivo do trabalho em relação à gestão financeira nas áreas domésticas. Em seguida, serão analisados todos os dados obtidos através das pesquisas e entrevistas, permitindo identificar a realidade no orçamento familiar e o controle que existe no orçamento doméstico.

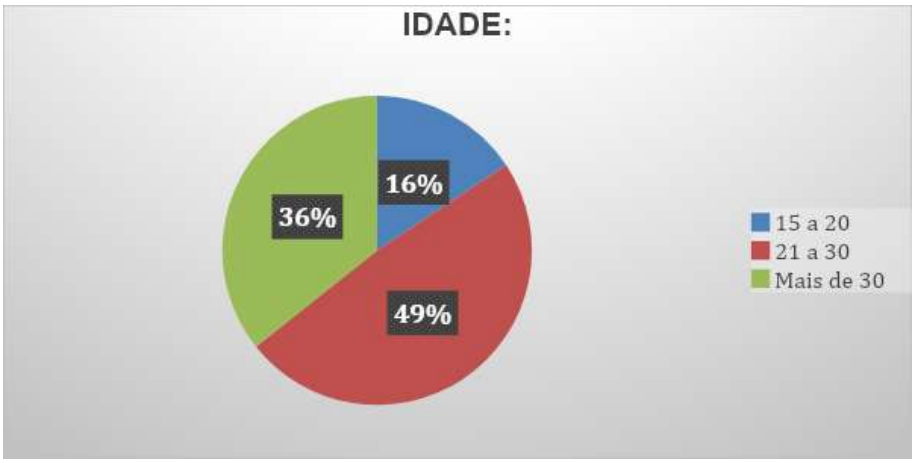
6.Resultado

Com o propósito de investigar a situação financeira de algumas pessoas, foi realizada uma pesquisa de campo na Fundação Educacional de Fernandópolis – FEF, envolvendo os alunos dos cursos de Ciências Contábeis e Administração, sendo elaborada uma pesquisa quantitativa por meio de um questionário com 13 perguntas objetivas, as quais referem-se aos conhecimentos financeiros que a sociedade possui conforme sua bagagem de conhecimentos.

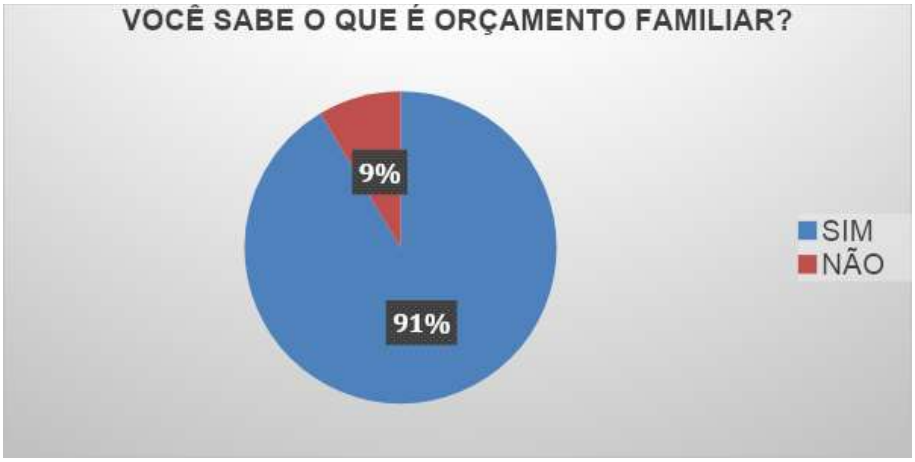


Verificamos que 60% do público entrevistado é do sexo feminino e 40% do sexo masculino.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

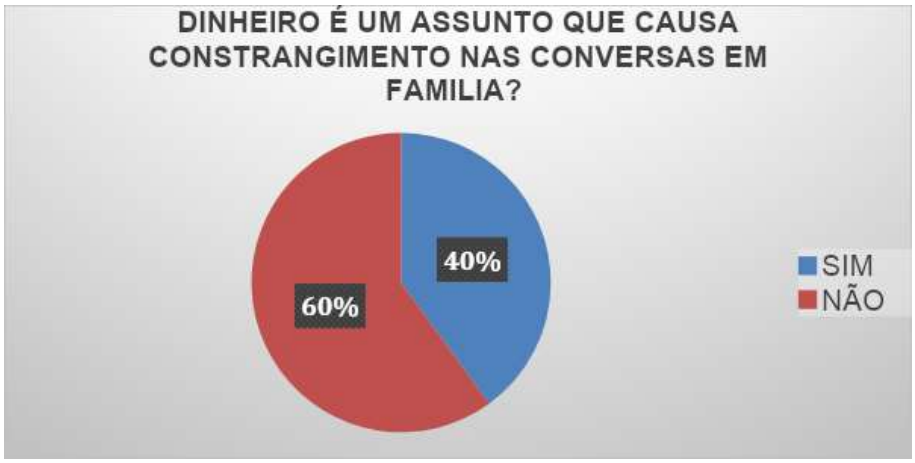


A pesquisa mostra que dos 70 entrevistados, 16% têm idade de 15 até 20 anos, 48,% de 21 a 30 anos, 36% mais de 30. Indiferente da faixa etária é preciso buscar conhecimento para gerir as finanças, além de conhecer, entender e, principalmente aplicar de maneira correta os princípios da educação financeira, como: planejar as compras, elaborar um orçamento e acompanhar os gastos e recebimentos.

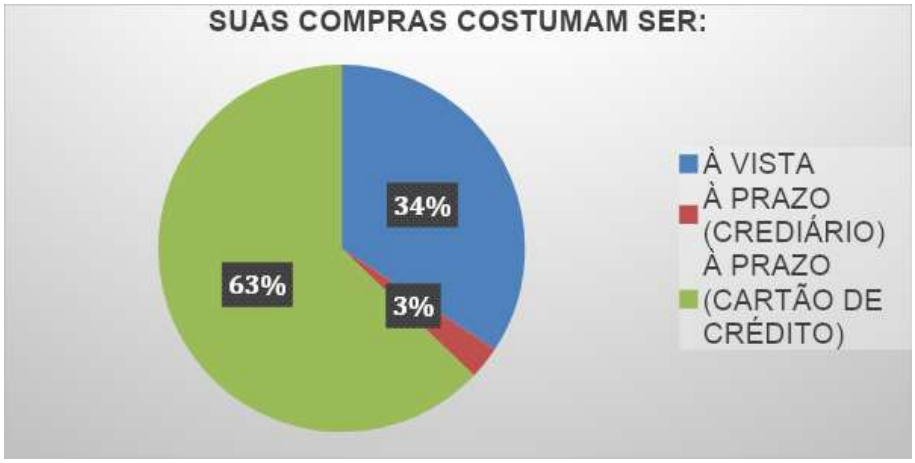


Esta pergunta foi elaborada para começar a avaliar os conceitos de Educação Financeira que a sociedade deveria possuir, um exemplo é o acompanhamento de toda a movimentação de dinheiro em casa. Observando as respostas, constata-se que 91% dos entrevistados, sabem o que é o Orçamento Familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454



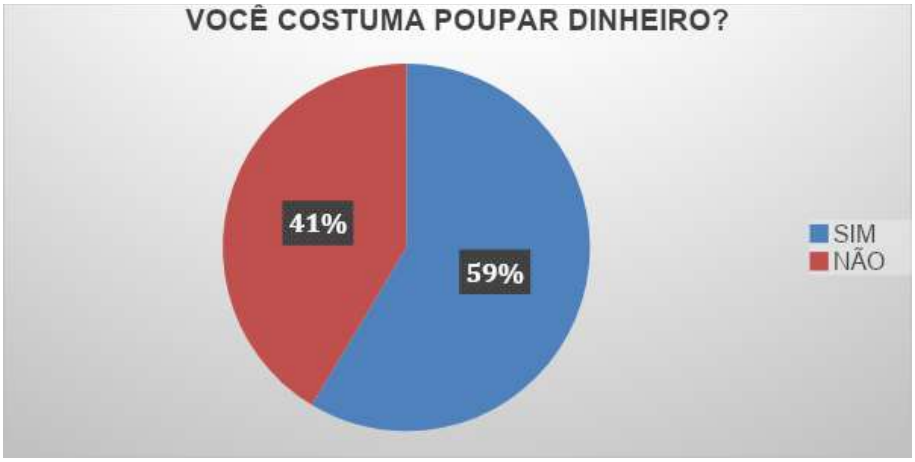
Uma das informações que se destacou foi a preocupação financeira das famílias em gastar mais do que ganha, o que demonstra insegurança e constrangimento de 40% dos entrevistados (28 pessoas). Com tais informações pode-se destacar que se os pais fizessem seus filhos participarem efetivamente de como as despesas são pagas e de quanto os pais ganham, os próprios filhos começarão a dar valor ao dinheiro, e com isso saberão quais atitudes devem assumir para adquiri-lo e administrá-lo conscientemente. Pode-se identificar que 60% dos entrevistados não sentem nenhum constrangimento em relação aos assuntos de dinheiro.



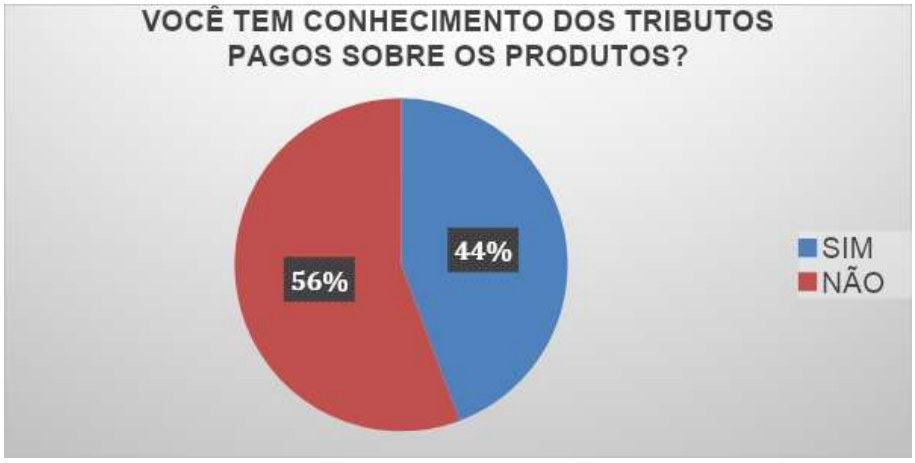
Analisando as respostas acima pode-se identificar que 34% das pessoas costumam realizar suas compras de modo à vista, 3% costumam comprar a prazo no crediário e que 63% optam por compras à prazo no cartão de crédito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para possuir algo é necessário investir, e para investir, muitas vezes é necessário fazer algum tipo de dívida. Porém, um planejamento para tal investimento é imprescindível. Um dos princípios da educação financeira consiste em guardar uma parte do que se ganha, e segundo a pesquisa, 67% dos entrevistados realizam ou pretendem realizar algum tipo de investimento, 33% não realizam nenhum investimento.



Os dados mostram que 59% costumam guardar dinheiro e 41% não costumam em poupar.



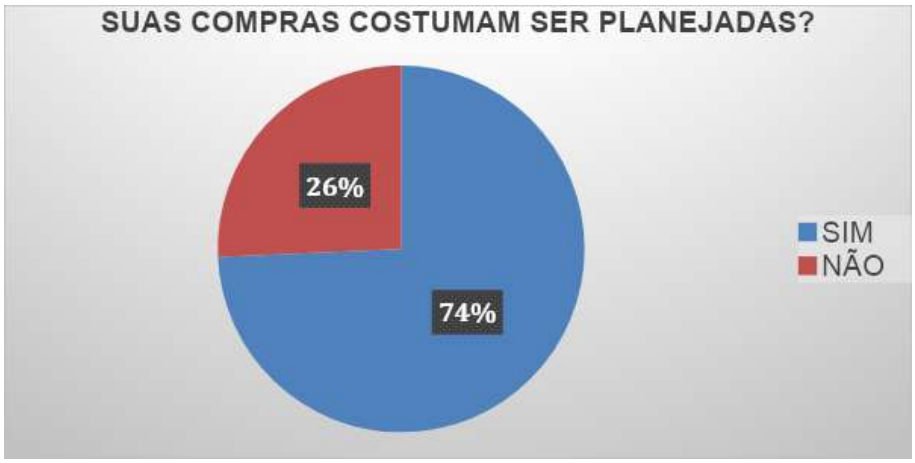
Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Analisando a resposta para essa questão, percebe-se que 44% dos entrevistados dispõem conhecimentos financeiros em relação aos tributos pagos nos produtos. Desse modo, segue que 56% não possuem conhecimento sobre tributos.

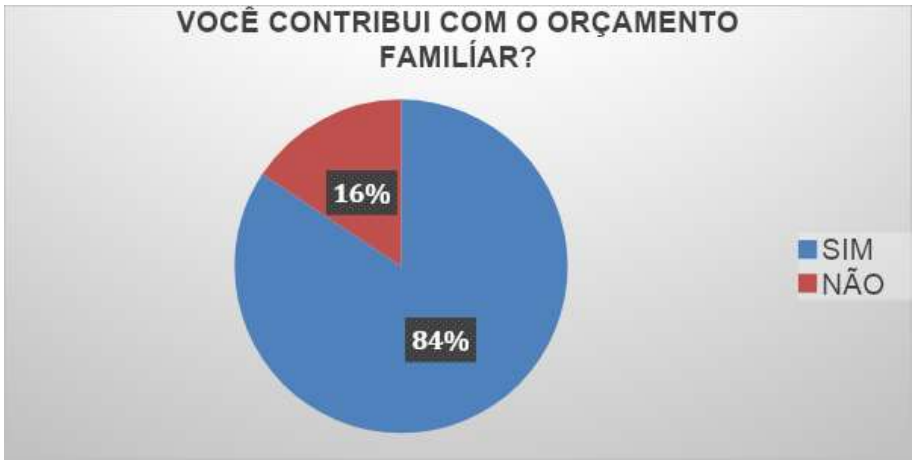
Levando em consideração a análise do questionário aplicado a diferentes grupos, faixas etárias e níveis econômicos, pode-se perceber que na Educação Financeira 77% dos entrevistados analisaram que uma nota de R$50,00 tem valor mais significativo.

Uma questão importante para se observar é o controle diário dos gastos, pois facilita a visualização detalhada dos gastos supérfluos, dos recebimentos e sua destinação, identificando pontos para economizar e encaminhar o restante à poupança, garantindo, assim, uma renda efetiva para eventuais necessidades. Entre os entrevistados, analisou-se que 64% acreditam necessitar de um orçamento familiar, 4% não necessitam e 32% talvez necessitem dessa ferramenta. Somente com uma família bem instruída, segura e unida é possível se ter controle e manter firme o orçamento doméstico.

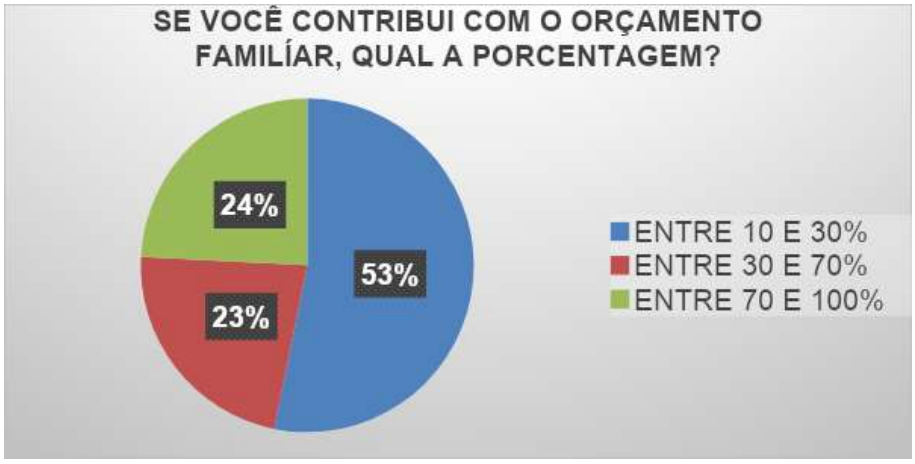
Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454



A questão procurou investigar se os respondentes costumam planejar suas compras, a maioria (74%) responderam que sim.



O intuito da questão é saber se os entrevistados contribuem no orçamento familiar, e 84% responderam que sim, assim vemos que a maioria contribui com orçamento de sua família e é interessante que saibam como administrar corretamente seus recursos.



Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme a questão anterior, onde foi questionado se o respondente contribui com o orçamento familiar, nessa questão foi perguntado qual a porcentagem de contribuição no orçamento e apenas 24% disseram que contribuem entre 70% e 100%. Já 53% disseram que contribuem entre 10% e 30%, e 23% contribuem entre 30% e 70%. Analisando a questão é possível identificar que a maioria dos respondentes contribuem com uma porcentagem baixa no orçamento de sua família.

7.Modelo prático de planejamento

Uma maneira de se organizar melhor é criando uma planilha orçamentária, que é uma ferramenta simples e ajuda muito na hora de controlar e organizar as despesas, a qual engloba todos os gastos fixos ou variáveis, e todas as receitas, simplificando, pois, o controle e a administração do dinheiro.

Para criar a planilha orçamentária familiar o primeiro passo é listar as despesas totais da família e sua renda total, além disso, é interessante criar uma rotina, e é ideal que a família defina uma pessoa como responsável pelo preenchimento dos gastos, assim será possível identificar se houve déficit ou superávit.

Planejamento Financeiro Familiar				
Receitas	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Salários				
Rendimentos de Aplicações				
Outros				
Total				
Habitação	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Aluguel				
Prestação de Imóvel				

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Água				
Energia Elétrica				
Impostos (IPTU)				
Outros				
Total				
Comunicação e Entretenimento	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Telefone				
Internet				
TV por Assinatura				
Outros				
Total				
Alimentação	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Supermercado				
Açougue				
Padaria				
Quitanda				
Restaurante e Fast Foods				

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Gás de Cozinha				
Outros				
Total				
Educação	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Mensalidade				
Material Didático				
Cursos / Simpósios / Feiras				
Outros				
Total				
Transporte	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Financiamento / Leasing de Veículo				
Combustível				
Manutenção				
Impostos				
Seguro				
Estacionamento				
Outros				

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Total				
Saúde	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Convênio Médico/Odontológico				
Consultas Particulares				
Medicamentos				
Exames				
Outros				
Total				
Vestuário	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Roupas				
Calçados				
Acessórios				
Outros				
Total				
Lazer e Entretenimento	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Cinema / Teatro				
Eventos Festivos e Comemorações				

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Passeios e Viagens				
Outros				
Total				
Cuidados e Beleza	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Academia				
Salão de Beleza				
Esteticista				
Perfumaria				
Outros				
Total				
Despesas Bancárias/Financeiras	**Previsto**	**Realizado**	**%**	**Situação**
Tarifa de Manutenção de Conta Corrente				
Anuidade de Cartão de Crédito				
Empréstimo Pessoal				
Financiamentos				
Parcelamentos				
Crediários				

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Outros				
Total				

8. Conclusão

Através do estudo efetivado nota-se que mesmo a contabilidade sendo bastante ausente na vida das pessoas físicas, com os seus demonstrativos e conceitos se torna um instrumento indispensável para compreender e gerenciar os recursos físicos, visando aumentá-los por meio do planejamento e investimento, e colaborando na tomada de decisão pessoal, pois informa, quantifica, analisa e compara os gastos e receitas da família, proporcionando-lhe lucidez.

É relevante frisar a importância de fazer o orçamento e analisar se o mesmo foi cumprido, utilizando um modelo prático, como a planilha que foi desenvolvida no trabalho, ou algum outro modelo de orçamento familiar, o qual deve ser de fácil acesso para a família, facilitando a realização do orçamento.

De acordo com a pesquisa foi possível verificar que as pessoas contribuem no orçamento familiar e costumam planejar suas compras, mas desconhecem os tributos que pagam sobre os produtos, porém têm ciência de como o controle, a organização e as metas fazem a diferença no resultado.

Portanto, o desígnio do trabalho foi instruir os leitores que é necessário o auxílio da planilha orçamentária ou outras ferramentas de planejamento para que assim as famílias possam ter maior controle da renda que recebem.

Referências Bibliográficas

https://www.rpsengenharia.com.br/o-que-e-orcamento-familiar-e-qual-a-importancia-de-faze-lo/ Acesso em: 23/03/2021.

http://periodicos.unifacef.com.br/ Acesso em: 05/04/2021.

https://www.onze.com.br/ Acesso em: 05/04/2021.

https://www.capesesp.com.br/web/pep/orcamento-familiar/ Acesso em: 10/05/2021.

https://conceito.de/orcamento/ Acesso em: 13/05/2021.

https://administradores.com.br/artigos/funcoes-administrativas-controle/ Acesso em: 13/05/2021.

https://conceito.de/meta/ Acesso em: 13/05/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

PADOVEZE, Clóvis Luis; Orçamento Empresarial. São Paulo; Pearson Education do Brasil, 2012.

NETO, Alfredo Meneghetti; FALCETTA, Flávio Paim; RASSIER, Leandro Hirt;MARCHIONATTI, Wilson. Educação financeira. Porto Alegre: PUCRS, 2014.

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:SBo902ptWe4J:https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1071/1103+&cd=3&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br/ Acesso em: 16/05/2021.

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-AXAmQ-uoi8J:https://periodicos.unifacef.com.br/index.php/rea/article/download/1132/1174+&cd=4&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br/ Acesso em: 16/05/2021.

http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:zl-1KFpDs9sJ:ojs.fsg.br/index.php/scfsggpubg/article/view/1867/pdf+&cd=9&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br/ Acesso em: 16/05/2021.

https://comoinvestir.anbima.com.br/noticia/orcamento-pessoal/ Acesso em: 16/05/2021.

https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira/cidadania_como_orcamento/ Acesso em: 16/05/2021.

SILVA, Eduardo D. Gestão em finanças pessoais: uma metodologia para se adquirir educação e saúde financeira. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

GITMAN, Lawrence J.; JOEHNK, Michael D.; Princípios de Investimentos, 8 ed. 2005, São Paulo.

https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira/cidadania_biblioteca/ Acesso em: 12/06/2021.

https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/Cuidando_do_seu_dinheiro_Gestao_de_Financas_Pessoais/caderno_cidadania_financeira.pdf/ Acesso em: 12/06/2021.

Banco Central do Brasil. Caderno de Educação Financeira – Gestão de Finanças Pessoais. Brasília: BCB, 2013. Acesso em: 12/06/2021.

https://www.bcb.gov.br/content/cidadaniafinanceira/documentos_cidadania/Informacoes_gerais/conceito_cidadania_financeira.pdf/ Acesso em: 12/06/2021.

O que é cidadania financeira? Definição, papel dos atores e possíveis ações. BCB, 2018. Acesso em: 12/06/2021.

Planejamento financeiro pessoal / Comissão de Valores Mobiliários; Associação Brasileira de Planejadores Financeiros. Rio de Janeiro: CVM; Associação Brasileira de Planejadores Financeiros, 2019. Acesso em: 12/06/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

GRÜSSNER, Paula Medaglia. Administrando as finanças pessoais para a criação de patrimônio, 2007.

https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor/export/sites/portaldoinvestidor/publicacao/Livro/livro_TOP_planejamento_financeiro_pessoal.pdf Acesso em: 15/06/2021.

http://escolhasfinanceiras.com.br/contabilidade-planejamento-financas-pessoais. Acesso em: 15/06/2021.

https://www.portaleducacao.com.br/conteudo/artigos/direito/historia-do-direito-tri-butario-da-origem-a-aplicacao-no-brasil/47915/ Acesso em: 15/06/2021.

https://cidadaniafinanceira.bcb.gov.br/orcamento-pessoal-ou-familiar. Acesso em: 15/06/2021.

MARTINS, José Pio. Educação financeira ao alcance de todos. 1. ed. São Paulo, SP. Fundamento, 2004.

Planejamento financeiro pessoal / Comissão de Valores Mobiliários; Associação Brasileira de Planejadores Financeiros. Rio de Janeiro: CVM; Associação Brasileira de Planejadores Financeiros, 2019.

DA SILVA, K. D. Família no Direito Civil Brasileiro. Rev. Npi/Fmr. set. 2010. Disponível em:< http://www.fmr.edu.br/npi.html>

https://www.bcb.gov.br/cidadaniafinanceira/cidadania_como_orcamento. Acesso em: 17/06/2021.

Revista Humanidades e Inovação v.6, n.12 – 2019. Acesso em: 17/06/2021.

https://revista.unitins.br/index.php/humanidadeseinovacao/article/view/1071/1103. Acesso em: 17/06/2021.

BANCOCENTRAL DO BRASIL. O programa de educação financeira do Banco Central. Disponível em:

PORTAL DO BRASIL - Educação Financeira do Banco Central. Disponível em: < http://www.brasil. gov.br/economia-e-emprego/2013/08/educacao-financeira-dobanco-central >

MACEDO, Jurandir Sell Jr. A árvore do dinheiro: Guia para cultivar sua independência financeira. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. https://www.blog.nubank.com.br/orcamento-familiar/ Acessado em: 07/10/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

TRÊS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DO *QUANTUM* INDENIZATÓRIO POR ERRO MÉDICO NOS CASOS DE CIRURGIA PLÁSTICA

CÉLIA MARIA FREITAS PONTES: Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

ISA OMENA MACHADO DE FREITAS[111]

(orientadora)

RESUMO: O estudo sobre os três critérios que os tribunais levam em consideração para a indenização pelo erro médico no caso das cirurgias plásticas é importante, porque visa à identificação do estudo sobre os critérios do quantum indenizatório. O tema aqui abordado é atual e de grande relevância tanto para a comunidade acadêmica, bem como, para novas pesquisas e estudos que poderão surgir. O problema abordado é saber sobre três dos critérios que os tribunais levam em consideração para a indenização por erro médico nos casos de cirurgias plásticas. Nesta pesquisa trata-se á especificamente dos critérios: responsabilidade de resultado, procedimento indevido e responsabilidade solidária. O objetivo foi estudar três dos critérios que os magistrados usam para fixar o quantum indenizatório no caso de indenização por erro médico de cirurgias plásticas. A metodologia usada para a dissertação foi pesquisa exploratória com abordagem qualitativa, cuja vertente metodológica é de procedimento bibliográfico teórico-documental, de cunho dedutivo obtendo assim, através de uma ótica dogmática, uma conclusão lógica. Conclui-se que são usados por magistrados os três critérios estudados para fixar o quantum indenizatório nos casos de cirurgias plásticas por erro médico. E que o maior quantum indenizatório tratando-se de pecúnia observado através da pesquisa é o procedimento indevido, isso por que o agente faz o procedimento indevido, ou seja diverso do que foi acordado com o paciente. Vale ressaltar que são vários os critérios usados por magistrados, mas esses três estudos são bem utilizados pelos magistrados tanto no primeiro grau, quanto no segundo.

Palavras-chave: Erro médico. Critérios de fixação. Quantum Indenizatório. Responsabilidade de resultado. Procedimento cirúrgico indevido. Responsabilidade solidária.

ABSTRACT: The study on the three criteria that the courts take into account for compensation for medical error in the case of plastic surgery is important, because it aims to identify the study on the criteria of the indemnity quantum. The theme discussed here

111Isa Omena Machado de Freitas, MA. Professora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

is current and of great relevance both for the academic community, as well as for new research and studies that may arise. The problem addressed is to know about three of the criteria that the courts take into account for compensation for malpractice in cases of plastic surgery. In this research, the following criteria are specifically addressed: responsibility for the result, improper procedure and joint and several liability. The objective was to study three of the criteria that magistrates use to fix the indemnity quantum in the case of indemnity for medical error in plastic surgery. The methodology used for the dissertation was exploratory research with a qualitative approach, whose methodological approach is a theoretical-documentary bibliographic procedure, with a deductive nature, thus obtaining, through a dogmatic point of view, a logical conclusion. It is concluded that the three criteria studied are used by magistrates to fix the indemnity quantum in cases of plastic surgery due to medical error. And that the largest indemnity quantum in the case of money observed through the research is the improper procedure, because the agent performs the improper procedure, that is, different from what was agreed with the patient. It is noteworthy that there are several criteria used by magistrates, but these three studies are well used by magistrates in both the first and second degrees.

Keywords: Medical error. Fixation criteria. Indemnity Amount. Responsibility for the result. Improper surgical procedure. Joint liability.

1 INTRODUÇÃO

O Superior Tribunal de Justiça (STJ), usa alguns critérios para estipular o quantum indenizatório, os juízes estipulam o valor de indenização por danos morais no caso de cirurgias plásticas por erro médico no Brasil por critérios, foram estudas três desses critérios nesse trabalho são eles, 1- Responsabilidade do resultado. 2. Procedimento indevido. 3. Responsabilidade solidária.

Considerando que são vários os critérios utilizados para sentenciar o quantum indenizatório nos casos de erro médico o problema do presente artigo foi, saber através de estudos os três critérios abordados do quantum que foi estipulado nas jurisprudências pesquisadas. Dentre os vários critérios que poderiam ser utilizados no caso indenização por erro médico em cirurgias plásticas, pelo STJ, foram escolhidos os 1- Responsabilidade do resultado. 2. Procedimento indevido. 3. Responsabilidade solidária.

O método utilizado para produção desse artigo foi o indutivo, com pesquisa bibliográfica de autores que abordam o assunto, mas também por meio de pesquisa exploratória bibliográfica e documental, conhecendo assim as doutrinas, legislações e jurisprudências, realizando assim uma pesquisa sobre o tema, sobretudo no que tange aos critérios para a fixação do quantum indenizatório e sua repercussão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Quanto ao objetivo da pesquisa foi estudar os critérios que os magistrados usam e escolher três critérios que são usados nos casos de erro médico nos procedimentos de cirurgias plásticas, o estudo foi feito através de pesquisas em algumas jurisprudências que estão anexadas no artigo aqui apresentado.

Justifica-se ainda este trabalho por ser importante para comunidade acadêmica, quanto a pesquisa de quais são os critérios que são usados para que os magistrados tenham critérios para que sentenciem nos casos de cirurgias plásticas por erro médico, para que atenda os princípios da razoabilidade e proporção, por isso, a relevância do tema.

Vale ressaltar que o números de casos de pessoas que buscam por procedimentos cirúrgicos para mudaram o corpo, cresceram no Brasil, segundo pesquisa feita pelo jornal da Universidade de São Paulo em 2021, relata que o aumento é de mais 140% de pessoas que procuram por procedimentos das mais diversas áreas, estéticas, reparadoras, e que a maioria são jovens, por isso a discursão é necessária nessa seara, a vítima sempre busca junto à justiça brasileira fazer com que seja reparado o dano, seja ele material ou moral, e é nessa perspectiva que se faz necessário o trabalho em questão.

Conforme o autor Dalmaschio (2017), atualmente há uma constante preocupação da população em manter a aparência física jovem, tanto os homens quanto mulheres, em relação ao envelhecimento, pois com o passar dos anos ocorre à modificação do material genético por meio de enzimas, alterações proteicas e a proliferação, consequentemente o tecido perde a elasticidade e a capacidade de regular as trocas e as aquosas diminuem, além da replicação do tecido que se torna menos eficiente (DALMASCHIO, 2017).

Sabe-se que a saúde estética é a área da saúde voltada à promoção, proteção, manutenção e recuperação estética do indivíduo, de forma a selecionar e aplicar procedimentos e recursos estéticos, utilizando-se para isso produtos, substâncias, técnicas e equipamentos específicos de qualidade e de acordo com as características e necessidades do paciente (BRASIL, 2016).

Uma recente pesquisa, feita pela à Sociedade Brasileira de cirurgias plásticas, diagnosticou que em 2016 mais de 839,2 mil cirurgias estéticas no ano de 2016, é um número bem significativo, isso quer dizer que os brasileiros não estão satisfeitos com o corpo que tem e por esse motivo procuram cirurgiões que podem resolver seus problemas estéticos.

Em relação ao número elevado de cirurgias plásticas no Brasil, o estudioso ou retirar isso de antropologia Pedro Lozano, elucida que desde o século XX e início do XXI, as pessoas fazem um culto ao próprio corpo, e isso aos poucos vai tornando-se uma obsessão, por esse motivo, há tanta procura por cirurgia plástica é uma espécie de usar o próprio corpo como um capital físico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O Conselho Federal de Medicina, redada que ao médico assumir o tratamento através de cirurgia plástica constitui-se ao paciente a finalidade de beneficia-lo, para isso necessita verificar como esse paciente responde em relação a sua saúde física, psicológica e social.

Vale lembrar que a cirurgia plástica estética precisa ser feita por um especialista devidamente habilitado, este necessita está regulamentado pelo Conselho Federal de Medicina, especializado pela Sociedade Brasileira de cirurgia Plástica.

Ressalta-se ainda, que a Constituição Federal do Brasil de 1988, traz a luz sobre o princípio fundamental, que o da dignidade humana, que permiti a qualquer cidadão que não se sente bem com sua aparência, que faça o que achar conveniente, desde que não viole o princípio da dignidade humana. E por esse motivo grande parte das pessoas que não estão satisfeitos com o corpo resolve submeter-se a cirurgias plásticas.

A Lei 10.406/2002, código civil brasileiro, harmoniza o procedimento cirúrgico, bem como, o estético, o que está proibido é a disposição do próprio corpo, exemplo, a mutilação, as vezes essa mutilação pode ocorrer através de um procedimento cirúrgico que causou problemas sérios, pode-se citar com um exemplo a paciente pode a perder a mama no caso de cirurgias plástica, por um procedimento indevido ou seja, um erro médico, conforme dispositivo no artigo 13 caput. "Salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo, quando importar diminuição permanente da integridade física, ou contrariar os bons costumes".

Em relação aos resultados sobre o procedimento cirúrgico o conselho Federal de Medicina na resolução 1621.2001, em seu artigo 4º refere-se em relação ao resultado o seguinte: "o objetivo do ato médico na cirurgia plástica, como em toda a prática médica, constitui obrigação de meio e não de fim ou resultado". Divergindo assim da jurisprudência TJ-DF 07145426220188070007, 2020, do Superior Tribunal de Justiça, que em parte diz ser o erro responsabilidade de resultado do cirurgião plástico.

Na jurisprudência acima mencionada, redata que a partir do momento que paciente e médico firma um acordo, seja verbal ou por escrito, a responsabilidade é do contratado, isso gera a obrigação de fazer, ou seja de dá resultado a cirurgia plástica. O cirurgião necessita ter o máximo de precaução com seu paciente, pois segundo a jurisprudência acima relata o erro é responsabilidade do médico.

O doutrinador Silvio Venosa, (2014) esclarece o seguinte: "o que importa é a aferição se o resultado colimado foi alcançado. Só assim a obrigação será tida como cumprida''. Para o autor supracitado, o que deve realmente importar é se o paciente está satisfeito com o resultado se sim, a obrigação do médico foi cumprida em sua integra. Caso contrário o paciente insatisfeito poderá entra com ação contra o agente que fez o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

procedimento cirúrgico.

Nas três jurisprudências pesquisadas TJ-DF 07145426220188070007/2020, STJ, AGAREsp 313672/2017 e AgInt nos EAREsp: 1643326 PR 2019/0381351-3/2021., observou-se que cada uma traz um critério diferente, por exemplo a primeira TJ-DF 07145426220188070007/2020, fala do critério responsabilidade de resultado, nesse caso em questão o cirurgião plástico é responsável pelo resultado pós cirúrgico, quer dizer se o paciente não estiver satisfeito, poderá entrar com ação de indenização por danos morais, pois não conseguiu o resultado desejado.

Já no procedimento cirúrgico indevido STJ, AGAREsp 313672/2017 é o caso mais complexo, pois na realidade, o cirurgião será responsabilizado por fazer a vontade de seu paciente, mas se esse paciente não tinha nenhuma necessidade de fazer o procedimento cirúrgico, o cirurgião responderá pelo procedimento indevido.

Quanto a responsabilidade solidária, AgInt nos EAREsp: 1643326 PR 2019/0381351-3/2021, o cirurgião plástico e o hospital ou clínica onde foi feito o procedimento cirúrgico, são responsabilizados pelo erro, tendo em vista que trata-se de responsabilidade de ambos. Por isso os critérios utilizados pelo presente trabalho são: responsabilidade do resultado, procedimento indevido e responsabilidade solidária.

Sendo assim o primeiro capítulo é a introdução que relata o tema abordado, o problema, o objetivo e a metodologia da construção desse trabalho, bem como, especificação dos critérios que foram escolhidos para a dissertação, aborda a pesquisa a recente pesquisa feita que expõe alguns dados de como os brasileiros tem buscado por métodos para mudar o corpo por procedimentos cirúrgicos.

O segundo capitulo faz a conceituação de responsabilidade civil, nos casos de cirurgias plásticas, o que foi analisado em relação aos requisitos e formas de aplicação da responsabilidade civil, conceituação de obrigação de meio ou resultado.

O terceiro capítulo trará a conceituação do quantum indenizatório, os critérios utilizados pelo STJ para a fixação do quantum indenizatório decorrente de erro médico em cirurgia plástica, e a significação dos critérios escolhidos para a dissertação do artigo que são a responsabilidade de resultado, o procedimento cirúrgico indevido e a responsabilidade solidária.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO MÉDICO EM CASO DE CIRURGIA PLÁSTICA

O código civil prevê que aquele que violar direito ou causar dano outra pessoa, deve reparar o dano causado, no artigo 186 do código civil, prevê que responsabilidade civil é a obrigação imposta pela lei de reparar os danos causados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Já o artigo 187 regulamenta que também comete ato ilícito a pessoa que ao exercer seu direito, age com excesso. Finalmente, o art. 927112 regulamenta que a pessoa que incorrer nas atitudes previstas nos artigos 186113 e 187114 fica obrigado a reparar o dano causado.

A regra geral sobre a responsabilidade civil do médico cirurgião plástico advém do artigo 927 do código civil, sabe-se que o médico deve atuar de maneira diligente para que não cause transtornos ao paciente, e por esse motivo há dois tipos de responsabilidade civil. Para que aja responsabilidade civil há os requisitos que a comprovam que são: a conduta, o dano, o nexo causal e a culpa

A primeira é a responsabilidade civil subjetiva, nesse caso em questão aquele que sofreu o dano, necessita prová-lo, ou seja é preciso comprovar a conduta, o dano, e a culpa do agente, o nexo causal, e nesse caso em específico a vítima, precisa provar e ou caracterizar a culpa do cirurgião, ou seja, na responsabilidade subjetiva é necessário comprovar a conduta danosa.

E em caso de indenização, será indenizado aquele que passou por procedimento médico e que conseguir provar o dano sofrido e que este tenha sido por culpa exclusiva do médico, o dano em questão pode ser o material ou imaterial, patrimonial ou não patrimonial.

Segundo a fala do autor Celso Croce (2002) a responsabilidade:

> "(...) Se denomina responsabilidade médica situação jurídica que, de acordo com o Código Civil, gira tanto na orbita contratual como na extracontratual estabelecida entre o facultativo e o cliente, no qual o esculápio assume uma obrigação de meio e não de resultado, compromissando-se a tratar do enfermo com desvelo ardente, atenção e diligência adequadas, a adverti-lo ou esclarecê-lo dos riscos da terapia ou da intervenção cirúrgica propostas e sobre a natureza de certos exames prescritos, pelo que se não conseguir

112BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 11 jan. 2002.Regulamenta o art. 927. Estabelece sobre o aquele que causar dano, deve repará-lo.

113 BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 11 jan. 2002. Regulamenta o Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

114BRASIL. Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília/DF, 11 jan. 2002 que regulamenta o Art. 186. Aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> curá-lo ou ele veio a falecer, isso não significa que deixou de cumprir o contrato". (CROCE, 2002, p.3).

Observa-se que o autor deu um exemplo clássico de negligência médica, ou seja, o médico em questão deixou de verificar a validade dos exames médicos antes de prosseguir com o procedimento cirúrgico ou tratamento do paciente, se acaso esse viesse a sofre qualquer tipo de dano a responsabilidade é do médico, por quê deixou de observar algo importante antes do procedimento cirúrgico. E por esse motivo a responsabilidade é subjetiva.

Já o autor Fabrício Zamprogna Matielo (1998, p.66): pronuncia sobre a responsabilidade médica, veja:

> "No que concerne à responsabilidade civil dos médicos, segue-se a regra geral da imprescindibilidade da demonstração da culpa do agente, amenizadas as exigências quanto à prova inarredável e profunda de sua ocorrência ante os termos consignados na legislação, quando a natureza da demanda ou as circunstâncias concretas apontarem para a responsabilidade mediante a produção de elementos de convicção mais singelos". (MATIELO, 1998, p.66).

Aqui o autor relata sobre a responsabilidade que o médico deve ter e o cuidado, pois se o a vítima provar o nexo causal, será responsabilizado pelos danos causados ao paciente. Além disso, o autor ainda relata sobre o princípio da contratação, ou seja, o que é acordado entre o médico e o paciente.

> (...) Em princípio, a contratação não engloba qualquer obrigação de curar o doente ou de fazer melhorar a qualidade de vida desfrutada, porque ao profissional incumbe a tarefa de empregar todos os cuidados possíveis para a finalidade última – e acima de tudo moral – de todo tratamento, ou seja, a cura seja alcançada. Todavia, a pura e simples falta de concretização do desiderato inicial de levar à cura não induz a existência da responsabilidade jurídica, que não dispensa a verificação da culpa do médico apontado como causador do resultado nocivo". (MATIELO, 1998, p.66).

Ao fazer a alegação sobre o erro médico o paciente deve provar a imperícia, imprudência e ou negligência do médico, ou seja deve ser identificada um desses pressupostos, isso por que trata-se de uma relação de consumo, pois a responsabilidade subjetiva é uma obrigação de meio, de acordo com o artigo 14 do código de defesa do consumidor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A segunda responsabilidade trata-se de responsabilidade civil objetiva, para que ela seja comprovada é necessário os seguintes requisitos, a conduta, o dano e o nexo causal. Ou seja, há diferença entre as duas modalidades de responsabilidade é a necessidade de comprovação da culpa para que o causador do dano tenha o dever de indenizar. Se requer culpa, é subjetiva; se não, é objetiva.

2.1 ANÁLISE DOS REQUISITOS E FORMA DE APLICAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

Como foi relatado no capítulo anterior sobre os requisitos necessário para que fique configurada a responsabilidade civil, seja a objetiva ou subjetiva, são diferentes a análise de uma para outra, pois ao mencionar da responsabilidade civil objetiva os requisitos são diferentes estes serão analisados pelo magistrado e ao falar da responsabilidade civil os requisitos são: conduta, dano, nexo causal e a culpa, deixando claro que esta será analisada apenas uma das classificações.

Vale ressaltar que cada um desses requisitos são conceituados como pode observar a seguir: a conduta trata-se de ilicitude objetiva, conforme a doutrina preconiza, ou seja ocorreu o prejuízo. Mas nesse caso em específico não será analisado a conduta, no caso em questão não será objeto de análise se a conduta médica foi intencional ou não, pois na responsabilidade objetiva é dispensada a produção de prova da culpa. (BRASIL, 2002)

Ainda se falando em conduta humana em sentido amplo ela é ação propriamente dita, ou ainda a omissão relevante. Ao referir-se ao nexo de causalidade está relacionado a ligação entre a conduta praticada e o resultado danoso. Veja que o dano poderá ser material, moral ou estético, mas ao trata de dos danos quase sempre acarretará em indenização por danos morais. (LEITE, 2007).

Quando a doutrina fala da culpa em sentido amplo, inclui tanto o dolo como a culpa em sentido estrito, que é a quebra do dever de cuidado. Por sua vez, a responsabilização objetiva tem os mesmos pressupostos, exceto a culpabilidade. A partir de tais pressupostos pode-se definir como ato ilícito em sentido amplo aquele contrário à lei ou ao direito. “Causar dano injusto a outra pessoa”. (BRASIL,2002).

Ainda falando do dano, este está relacionado com o prejuízo seja ele moral ou material, coletivo ou individual, estético ou a perda de uma chance, experimentado pela vítima; nesses requisitos todos, quem causa o dano tem o direito de repará-lo.

Quanto ao nexo de causalidade é um vínculo lógico entre determinada conduta antijurídica do agente e o dano experimentado pela vítima. E por fim, mas não menos importante, a culpabilidade é um juízo de censura à conduta do agente, de reprovabilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pelo direito, decorrente de dolo, negligência, imprudência ou Imperícia. (BRASIL, 2002).

Em relação ao caso concreto, pode-se relatar que o agente é o médico que pratica a conduta, essa pode ser culposa ou seja aquela que ele até tem noção que podia ocorrer, mas não teve a intenção que ocorresse, mas mesmo assim assumiu o risco quando continuou com o procedimento médico.

Por todo o exposto, observa-se que a responsabilidade do médico cirurgião plástico é a responsabilidade civil, se esta for objetiva, foi explicada quais os requisitos para que o paciente possa ser indenizado, e nesse caso não necessita provar a culpa, mas ao se tratar da responsabilidade subjetiva é necessário que o paciente prove a imprudência, negligência ou imperícia do agente, nesse caso o médico.

2.2 **OBRIGAÇÃO DE MEIO OU DE RESULTADO**

Há varias conceituações de acordo com as doutrinas sobre obrigação, o mais habitual é aquele que de alguma maneira feriu o direito do outro, tornando assim a obrigação de repará-lo. Ela irá se classificar quando ao fim a que se destina, a obrigação pode ser de meio, de resultado e de garantia. (PORTILHO,2018)

Ao dizer que uma obrigação é de meio relaciona-se quando o devedor em no caso concreto aqui o médico cirurgião plástico, promete empregar por meio de seus conhecimentos, procedimentos técnicos, garantindo assim o resultado. E pelo seu comprometimento demonstrou diligente e cuidou do seu paciente com todo o seu conhecimento para que aquele alcançasse o objetivo final. (CAVALIERE FILHO,2015)

Quando a obrigação é assumida pelo médico dependendo do resultado, este seria responsabilizado civilmente se por desventura o seu paciente viesse a óbito por exemplo. Mas quando a obrigação é o resultado, no caso o médico cirurgião, só não será responsável depois que o paciente alcançar o resultado esperado. Nesse caso o médico cirurgião plástico não será inadimplente.

Costumam ser mencionadas também as obrigações assumidas pelo empreiteiro e pelo cirurgião plástico, quando este realiza trabalho de natureza estética ou cosmetologica. (GONÇALVES,2020).

A jurisprudência AC 5180799-82.2016.8.13.0024 MG, do Supremo Tribunal de Justiça de Minas Gerais, compara-se com a obrigação do meio o transporte, quando uma transportadora pega uma encomenda, compromete-se de levá-la até ao seu destino, mesmo que aconteça qualquer coisa, a transportadora será responsabilizada, pois a responsabilidade é dela de entregar a encomenda em questão.

O artigo 735 do código civil e a súmula 187 do Supremo Tribunal Federal relatam

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a mesma redação, em relação a transportadora, haja o que houver, o transportador terá responsabilidades a ser cumpridas. Trata-se de responsabilidade contratual do transportador, seja por acidente, caso infortúnio, depois pode haver ação que é denominada regressiva. (BRASIL,2002). Ao tratar dos requisitos quanto a responsabilidade civil, nesse caso não há culpa de terceiro, ou seja, não há dolo.

A autora Tereza Ancora Lopes, (1996), revela que paciente nenhum irá até ao médico por quê está bem de saúde, porém se estiver bem de saúde procurará um cirurgião plástico para melhorar seu aspecto, que considera que não está nos padrões de beleza, e procura para que tenha o melhor resultado. O que autora quer dizer é que "ninguém se submete a uma cirurgia plástica se não for para obter um determinado resultado".

3 DO QUANTUM INDENIZATÓRIO

Ao falar de quantum indenizatório é a forma de avaliar o dano não emocional, ou seja o dano material e ou moral que foi causado pelo agente ao paciente, no caso em tela, tratando-se de lesão seja de interesse extrapatrimonial ou patrimonial. Se causou dor, aflição e angústia, será avaliado para que o paciente seja ressarcido. No caso serão reparados perdas e danos, ou seja, o infrator será responsabilizado pelo que causou ao paciente, é uma forma de reparar os transtornos sofridos. (BENASSE, 2003)

Será o magistrado que arbitrará o quantum indenizatório através dos critérios, responsabilidade do resultado, procedimento indevido e responsabilidade solidária, veja que os resultados será observado cada critério. É claro que o juiz observará também se o dano pode ser reparado, por exemplo, na cirurgia plástica o procedimento deixou um marca na paciente, este é um dano que pode ser reparado, o magistrado nesse caso, permitirá que o agente repare o dano com um novo procedimento, caberá o que a inicial requer nos pedidos aos juiz.

Vale ressaltar que, essa reparação pode ser convertida em perda e danos, lembrando sempre que trata de uma ação judicial, onde o paciente acionará a justiça pelo dano sofrido, vale lembrar ainda que, geralmente essas ações são morosas, isso porque há uma demanda imensa na justiça. Ressalta-se ainda que, partir do momento que há a liquidez ou seja, a transformação do dano material ou moral da lesão o juiz arbitrará o quantum indenizatório.

Ao falar-se em dano moral, a doutrina e a jurisprudência brasileira diz que o quantum é o valor que a vítima receber pelo dano sofrido, lembrando sempre que o objetivo para estabelecer o valor exato do dano causado/sofrido, isso por que não tem como avaliar a dor, constrangimento que o paciente passou, nem mesmo tratando-se da auto-estima do paciente.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo a autora Maria Helena Diniz,1995, menciona que: "a indenização não tem o condão de retornar as coisas ao "status quo ante" já que isso é inviável em se tratando de danos morais". Já a autora Magalhães diz que: "A ofensa derivada de lesão a um direito da personalidade não pode ficar impune e, dentro do campo da responsabilidade civil, a sua reparação tem que ser a mais integral possível para que, caso não possam as coisas voltar ao estado em que se encontravam antes, tenha a vítima do dano pelo menos alguma satisfação ou compensação e, dessa forma, possa ver minorado o seu padecimento".

Ainda tratando-se de reparo por dano moral a autora e jurista Maria Helena Diniz (1995) *apud* Fernandes (2004) menciona:

> "A reparação do dano moral, em regra, é pecuniária, visando neutralizar os sentimentos negativos compensando-os com alegria. O dinheiro seria apenas um lenitivo, que facilitaria a aquisição de tudo aquilo que possa concorrer para trazer ao lesado uma compensação por seus sofrimentos. Além disso, há julgados usando, analogicamente, como parâmetro para estabelecer o montante da reparação do dano moral o artigo 59 do Código Brasileiro de Telecomunicações com alteração do Decreto Lei nº 236/67".

É de se ter cuidado, afim de que o encantamento para com a matéria não seja exagerado, quando da consideração do que sejam o dano moral e a ofensa aos próprios direitos da personalidade. Qualquer restrição e qualquer limitação de ordem psicológica tende a ser valorizada com um agravo, a uma manifestação da personalidade.

Corre tal alargamento, o risco de vulgarizar-se o dano moral, podendo desnaturá-lo, pois corresponde a um profundo gravame ao sentimento nobre da pessoa, e não a restrições. (BENASSE, 2003).

Seria interessante que houvesse a fixação do quantum indenizatório, mas enquanto isso não acontece os magistrados tem conseguidos fixar através dos critérios explicados nessa pesquisa, bem como, os outros critérios que existem, dentro sempre da razoabilidade e proporcionalidade.

Em relação à fixação do quantum indenizatório o juiz que decide, partindo sempre do pressuposto da proporcionalidade e razoalidade de ambas as partes, ou seja, cada caso é específico, e fica a critério do magistrado a fixação do valor indenizatório.

Levando sempre em consideração a equidade, ponderação tornado justa a reparação do dano para as partes. Como foi verificado, ainda há dúvidas quanto a fixação do quantum indenizatório pelo próprio judiciário, mas pela pesquisa feita, observa-se que os magistrados tem sentenciado dentro do que é proposto, quanto aos danos causados

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

aos pacientes através de procedimentos cirúrgicos feitos por cirurgiões plásticos.

3.1 **CRITÉRIO DE RESPONSABILIDADE DE RESULTADO.**

Segundo a autora Maria Helena Diniz (2010, p.114), define a responsabilidade de resultado da seguinte maneira: "aquela em que o credor tem o direito de exigir do devedor a produção de um resultado, sem o inadimplemento da relação obrigacional, ou seja de entregar o resultado desejado. O agente poderá sofrer sanções de tal modo que a obrigação somente se considerará cumprida com a efetiva produção do resultado pretendido."

Se houver o descumprimento dessa obrigação, é o devedor que ficará constituído em mora desde o momento que o resultado pretendido não foi obtido do modo corno convencionado anteriormente, nesse caso há a inversão do ônus da prova, isso porque aquele que cobra deve provar o dano que sofreu. (DINIZ, 2010, p.114).

É importante ressaltar que para que o profissional tenha um bom resultado do procedimento cirúrgico depende de vários fatores, para isso é necessário ter cautela quanto à saúde do paciente, por exemplo, por isso, há necessidade de fazer todos os exames. Pois a saúde do paciente pode promover um resultado diverso do esperado.

Outro fator que pode trazer resultado diferente do desejado e se o paciente não cumprir as orientações pós procedimento cirúrgico, por que se o paciente não tem repouso é bem difícil conseguir o resultado que deseja.

Segundo o artigo 14, § 4, Código de Defesa do Consumidor, redata que o médico tem responsabilidade, esta é subjetiva, mesmo quando se trata de hipóteses de cirurgias plásticas. Ressaltaram ainda que a cirurgia estética consiste em obrigação de resultado, “pois o médico se compromete a obter um resultado específico”, que, se não for alcançado, gera presunção de culpa, com inversão do ônus da prova. Por isso gera a responsabilidade do resultado, nas pesquisas foram observados alguns casos que o juiz de primeiro grau fixou o quantum exatamente pelo critério da responsabilidade do resultado. Acórdão n. 1105472, 20151110035236APC, Relator Desª. MARIA DE LOURDES ABREU, 3ª Turma Cível, data de julgamento: 20/6/2018, publicado no DJe: 29/6/2018.

Nesse caso acima mencionado, em especifico a autora, foi ao segundo grau por pensar que o juiz de primeiro grau não tinha definido o quantum indenizatório no valor ao dano sofrido, pediu majoração ao segundo grau, mas os desembargadores entenderam por minorar o quantum indenizatório por danos matérias e majoraram o quantum pelo dano moral.

3.2 CRITÉRIO DO PROCEDIMENTO INDEVIDO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O procedimento indevido causa o dano moral, pois foi feito um procedimento que não era necessário ou diverso do que pretendia o paciente, e assim sucessivamente, o que pode ser observado nas pesquisa é que esse tipo de critério o quantum indenizatório é maior em relação a pecúnia, tendo em vista que o médico tem a responsabilidade total de conhecimento.

Um exemplo é o paciente que se submeteu a implantar silicone e o cirurgião ao invés de implantar a prótese, diminuiu a mama da paciente, veja que esse tipo de atitude do médico foi tomada sem o consentimento da paciente, nas jurisprudências pesquisadas o quantum indenizatório por procedimento indevido é de maior valor que nos outros dois critérios que foram observados.

A Súmula 403 do Supremo Tribunal de Justiça(STJ), traz a seguinte redação:

> Independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais.

Trata-se de critério procedimento indevido, quando o paciente procura submeter-se ao um procedimento médico, entrega "a vida", e se o médico proceder de maneira indevida cabe indenização, nesse quesito o médico será indiciado por conduta, ou seja, ofertou uma conduta e fez uma diversa que trouxe dano ao paciente, o agente responderá por essa conduta danosa.

Sabe-se também que os médicos podem responder na esfera administrativa, civil e criminal, pelos danos causados aos seus paciente, é claro que cada esfera corre de maneira independente. A súmula em questão redada que independente de provas, o agente responderá por pelos danos causados ao paciente.

Mais recentemente, a lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), no seu artigo 14, § 4º confirmou a necessidade da verificação da culpa dos profissionais liberais, contrariamente aos demais fornecedores de serviços, como exigência para reparação de dano em caso de erro médico: "A responsabilidade pessoal dos profissionais liberais será apurada mediante a verificação da culpa". A aferição da culpa do médico obedecerá então a uma equação com três incógnitas: ação ou omissão culposa + relação de causalidade + dano = responsabilidade civil indenizatória. (AGUIAR, 1997, p. 122-50).

3.3 CRITÉRIO DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA

A responsabilidade solidária nesse caso está preconizada no Código de Defesa do Consumidor artigo 7º, parágrafo único, e 25, § 1º, diz que: O dano causado ao consumidor, o fornecedor que causou deverá reparar, nos procedimentos médicos, a responsabilidade será do agente e do hospital e ou clínica que foi feito o procedimento médico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Quanto fala-se de responsabilidade solidária a Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002, é clara, quanto trata-se de um ou mais devedores, na jurisprudência inserida no presente artigo, a responsabilidade é dos médicos cirurgião plásticos autônomos e das clínicas as quais usaram para fazer os procedimentos cirúrgicos, veja o que redata o artigo 264 do código civil:

> Há solidariedade, quando na mesma obrigação concorre mais de um credor, ou mais de um devedor, cada um com direito, ou obrigado, à dívida toda.

Ao fala-se que a responsabilidade é solidária, as partes envolvidas ou seja os agentes irão arcar com os danos que causaram direta ou indiretamente aos pacientes.

Vale ressaltar que além desses critérios pesquisados, tem-se também a questão ética dos médicos é uma espécie de responsabilidade, em se tratando de responsabilidade ética a lei 3.268/57 que dispõe sobre os Conselhos de Medicina, em seu artigo 22, § 5º também confirma a possibilidade de recurso à justiça comum: "além do recurso previsto no parágrafo anterior, não caberá qualquer outro de natureza administrativa, salvo aos interessados a via judiciária para as ações que forem devidas".

3.4. JURISPRUDENCIA DOS CRITÉRIOS PARA O ARBITRAMENTO DO QUANTUM INDENIZATÓRIO.

Foram observadas algumas jurisprudências com os critérios que foram expostos no trabalho, responsabilidade do resultado, procedimento indevido e responsabilidade solidária, todos esses foram explicados no capítulo anterior, o que pode ser observado é que são jurisprudências com decisões recentes.

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL. CIRURGIA PLÁSTICA ESTÉTICA. ABDOMINOPLASTIA. ABAULAMENTO EPIGÁSTRICO. DRENAGEM. RESPONSABILIDADE DE RESULTADO. DANO MORAL. INDENIZAÇÃO. Em se tratando de cirurgia plástica estética, com finalidade meramente embelezadora, o cirurgião possui responsabilidade de resultado (Precedentes STJ). 2. Deve ser reconhecida a responsabilidade do médico responsável pela realização de abdominoplastia quando referido procedimento resulta em abaulamento epigástrico? com a necessária realização de novo procedimento cirúrgico para drenagem, o que configura dano extrapatrimonial. 3. Foi mantido o valor da indenização por danos morais fixado na r. sentença, R$ 15.000,00 (quinze mil reais). 4. Negou-se provimento ao apelo. (TJ-DF 07145426220188070007 - Segredo de Justiça 0714542-

> 62.2018.8.07.0007, Relator: SÉRGIO ROCHA, Data de Julgamento: 01/10/2020, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE: 19/10/2020.

Veja que essa jurisprudência é uma apelação quanto a responsabilidade de resultado, observando que nesse critério aqui, o quantum indenizatório foi com o valor de quinze mil reais. Como pode ser observada nesta jurisprudência foi reconhecida a responsabilidade do médico que realizou o procedimento de abdominoplastia na paciente não trouxe o resultado esperado, a paciente acionou a justiça para que o médico cirurgião plástico fosse condenado a dano moral, pois o procedimento feito a ocasionou um abaulamento epigástrico, ou seja, ficou uma cicatriz umbilical proeminente, com achatamento de região epigástrica e fossas ilíacas. O cirurgião foi sentenciando com um quantum indenizatório, no valor de R$ 15.000,00(quinze mil reais), por danos morais.

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. RESPONSABILIDADE CIVIL. ERRO MÉDICO EM REITERADAS CIRURGIAS PLÁSTICAS. OMISSÃO DO CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. DANOS MORAIS. REVISÃO DA INDENIZAÇÃO. EXORBITÂNCIA NÃO CONFIGURADA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. Trata-se, na origem, de Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra o Conselho Regional de Medicina de Mato Grosso do Sul - CRM/MS e A J R O, em razão da realização de reiteradas cirurgias plásticas das quais derivaram danos materiais, morais e estéticos em diversos pacientes, objetivando a condenação dos réus à indenização pelas sequelas advindas dos procedimentos cirúrgicos indevidamente realizados pelo ex-médico. 2. O Tribunal de origem, com base no conjunto probatório dos autos, consignou que, "para a condenação solidária do Conselho à reparação pelos aludidos danos, foi considerado o fato de que o CRM/MS teve ciência das barbaridades técnicas efetuadas pelo ex-médico, ao menos em 1992, todavia permaneceu inerte. Assim, a evidente omissão do Conselho quanto ao seu dever fiscalizador por cerca de dez anos, há de ser ponderada para fixação do importe indenizalório, ainda que se vislumbre a alta somatória que poderá ser ao final devida, considerando a totalidade das vítimas. Não se ignora que o caso abarca diversas ex-pacientes, as quais figuram tanto na ação penal como em sede da ação civil pública. No entanto, trata-se de responsabilidade consolidada em título judicial, a qual não pode pretender o Conselho minorar, ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dela se esquivar, através dos argumentos ora apresentados, pois se o quadro foi sendo cada vez mais agravado, assim se verificou porque a autarquia contribuiu para a situação chegar a tal ponto. Logo, agora deve ser compelida a arcar com circunstâncias decorrentes diretamente da sua omissão de fiscalizar o exercício profissional no modo e tempo devidos. Ademais, frise-se, perfeitamente legítima a cumulação da indenização por dano moral e estético, entendimento que está inclusive em absoluta consonância ao da Superior Corte (STJ, Súmula 387; REsp 1281555, AGAREsp 559386). Destaque-se que a indenização pelo dano moral visa recompor o transtorno psíquico sofrido, derivado do indigitado procedimento, ao passo que a outra, afeta à mesma origem, objetivar reparar a deformidade de sua imagem no meio íntimo e social - cujo tema, em verdade, não mais se põe a debate, por consubstanciar o teor do título judicial objeto da execução. A tal realidade, somem-se os contornos táticos da presente lide, os quais foram devidamente sopesados pelo magistrado a quo para fins da fixação da verba indenizatória ora impugnada, destacando-se que: a paciente foi submetida a cirurgia de dermolipectomia abdominal com o objetivo de remover cicatrizes; o procedimento foi mal executado, resultando em cicatrizes alargadas de 51 cm de comprimento, retrações nas regiões inguinais e desvio da cicatriz umbilical; conforme o laudo médico pericial, nova cirurgia pode melhorar a qualidade das cicatrizes, contudo, no tocante à cicatriz umbilical e às retrações inguinais o dano é permanente; tais fatos causam-lhe sentimento de humilhação e sofrimento, a agravada tem vergonha de ser tocada pelo marido e de ir à praia, além disso, é acometida por estresse pós-traumático. Portanto, não há dúvidas que a cirurgia deixou graves sequelas, com as quais a agravada convive há mais de vinte anos. (...) Quanto aos danos estéticos, nenhuma discussão se põe quanto ao tema, tendo restado comprovado por meio de exame médico pericial que há cicatrizes permanentes e outras que carecem de nova intervenção cirúrgica (fls. 192/193). Assim, no tocante à indenização por danos morais, esta acaba por se perfazer mediante recomposição, ou seja, através da fixação de valor em pecúnia, forma de se tentar minorar a contrariedade vivenciada, cujo montante há de ser compatível à extensão do dano causado, ao abalo psíquico suportado, sem dar ensejo ao enriquecimento sem causa, bem como ostentar feitio de reprimenda ao responsável pela ocorrência fática, para que em tal

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> conduta não venha a reincidir, devendo ser de igual modo ponderada a situação econômica de ambas as partes. Ainda, consoante entendimento assente na doutrina e jurisprudência pátrias, deve o importe arbitrado observar os critérios de razoabilidade e proporcionalidade (STJ, AGAREsp 313672). Desse modo, tendo em vista o histórico dos dissabores passados pela agravada, decorrentes da malsucedida intervenção cirúrgica realizada pelo corréu Alberto Rondon, relatados em sede da decisão agravada, e em especial considerando o conjunto probatório, entende-se dentro dos parâmetros da razoabilidade e proporcionalidade a fixação procedida pela instância a quo, a saber, o importe de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) a título de danos morais e, ainda, a quantia, de R$ 30.000,00 (trinta mil reais), para fins de reparação pelos danos estéticos." (fls. 314-316, e-STJ). 3. A revisão desse entendimento implica reexame de matéria fático-probatória, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ. Precedentes: AgInt no AREsp 948.052/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 16/06/2017; REsp 1.656.888/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25/04/2017. 4. Recurso Especial não conhecido. (STJ - REsp: 1672411 SP 2017/0102056-6, Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 08/08/2017, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/09/2017).

Já essa jurisprudência trata do procedimento indevido, veja que o erro aqui foi cometido, não apenas contra um paciente, mas vários paciente e reiteradas vezes o procedimento indevido foi feito, observa-se também que os pacientes ficaram com sequelas devido ao procedimento indevido do médico.

A Jurisprudência relata sobre procedimento indevido que é o um dos critérios de quantum indenizatório, nesse caso em tela, trata-se de um procedimento indevido feito pelo cirurgião plástico, fez reiteradas cirurgias plásticas das quais, derivando danos morais e estéticos em alguns pacientes, e isso objetivou a sentença condenatória dos médicos, por danos estéticos e morais, sendo que o valor do quantum indenizatório no valor de R$60.000,00(sessenta mil reais).

> 3. AGRAVO INTERNO. DECISÃO QUE INDEFERIU LIMINARMENTE OS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E ESTÉTICOS. ERRO MÉDICO. QUANTUM INDENIZATÓRIO. ACÓRDÃO EMBARGADO. AUSÊNCIA DE ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 315/STJ.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DO HOSPITAL. ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. TURMAS COMPONENTES DA MESMA SEÇÃO DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE COMPETÊNCIA DA CORTE ESPECIAL PARA A COGNIÇÃO DO DISSÍDIO. AGRAVO NÃO PROVIDO, COM DETERMINAÇÃO DE REDISTRIBUIÇÃO DO FEITO. 1. Alegação de dissenso pretoriano quanto à existência ou não responsabilidade solidária das entidades hospitalares em relação aos médicos autônomos que utilizam suas instalações, com fulcro no art. 14 do CDC, bem como sobre a quantia da indenização que seria devida a título de danos morais e estéticos em caso de danos decorrentes de cirurgias plásticas para implante de próteses de silicone. 2. O aresto combatido nos embargos de divergência não enfrentou o cerne da controvérsia no tocante à suposta discrepância quanto ao valor das indenizações arbitradas no caso concreto e no acórdão paradigma, em razão da impossibilidade de reexame das particularidades fáticas dos autos. Ausente a apreciação do mérito do recurso especial no que se refere ao quantum indenizatório, escorreita a aplicação do enunciado n. 315 da Súmula desta Corte Superior de Justiça. 3. No que tange à temática da responsabilidade solidária dos hospitais em ação de indenização por danos morais e estéticos decorrentes de procedimentos cirúrgicos de implante de próteses de silicone, vislumbra-se não ser caso de incidência do verbete sumular n. 315 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, haja vista que o acórdão embargado adentrou ao mérito do recurso especial no tocante à matéria. 4. Inviável, contudo, a apreciação da alegada dissonância entre os acórdãos confrontados por esta Corte Especial, porquanto, na dicção dos arts. 11, parágrafo único, e 12 do RISTJ, falece competência a este Colegiado para processar e julgar a suscitada divergência entre arestos proferidos por Turmas componentes da mesma seção. 5. Na espécie, o acórdão impugnado nos embargos de divergência foi prolatado pela Quarta Turma desta Corte e, por sua vez, o aresto apresentado como paradigma foi proferido pela Terceira Turma, de modo que o exame da divergência é afeto à competência da Segunda Seção, à qual deverão ser encaminhados os autos. 6. Agravo não provido, com determinação de redistribuição dos autos a um dos e. Ministros que compõem a Segunda Seção. (STJ - AgInt nos EAREsp: 1643326 PR 2019/0381351-3, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 13/04/2021, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 16/04/2021).

A terceira Jurisprudência trata-se da responsabilidade solidária, no caso em tela, relata a responsabilidade solidária entre os médicos autônomos e as clínicas e ou hospitais onde esses profissionais fazem os procedimentos cirúrgicos, a responsabilidade é solidária pois tanto o hospital quanto o cirurgião plástico responderão, pelos danos causados aos pacientes.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral e também a questão central deste trabalho foi saber sobre três dos critérios que os tribunais levam em consideração para a indenização por erro médico nos casos de cirurgias plásticas. Os critérios escolhidos para o estudo em questão foram, responsabilidade de resultado, procedimento cirúrgico indevido e responsabilidade solidária.

Respondendo a problemática levantada desse trabalho que é: a pesquisa comprovou que os critérios analisados nos estudos feitos, são de grande relevância pois os magistrados realmente os utilizam para indenizar pessoas que sofreram danos ao realizarem cirúrgicas plásticas.

O que foi observado também é que existem outros critérios, mas os três escolhidos para disserta esse artigo são os mais usuais, e que o procedimento indevido é o critério de quantum indenizatório de maior valor, em segundo lugar ficou o critério de responsabilidade solidária e o terceiro responsabilidade de resultado.

Há muitas discussões no sentido de fixação de quanto indenizatório, mas ainda não existe essa fixação, fica portando a critério do magistrado que sentencia o valor da indenização, mas pelo estudo feito, se vê que os magistrados sempre sentenciam pela proporcionalidade e razoalidade, ou seja o quantum que o agente tem condições de pagar, e o valor que não importará em enriquecimento ilícito por parte do paciente.

REFERÊNCIAS

AGUIAR Junior RR. **Responsabilidade civil do médico**. Rj 231 jan.; 1997. P.122-50.

BENASSE, Paulo Roberto. **A personalidade, os danos morais e sua liquidação de forma múltipla**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BRASIL. **Lei n. 10.406, 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Diário Oficialda União, Brasília/DF, 11 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 4 jun. 2021.

BRASIL, . Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Consumidor. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

BRASIL, **Conselho Nacional de saúde**. Manual de saúde, 44p 2016.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **Súmula 403 (STJ**). Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf. Acesso em: 21.set.2021.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. **Súmula 187 (STF)**. Disponível em: https://www.legjur.com/sumula/busca?tri=stf&num=187. Acesso em: 13.10.2021.

CAVALIERI FILHO, Sergio**. Responsabilidade Civil**. 12 Ed. Página 489, Atlas, 2015.

CROCE, Delton. **Erro médico e direito**. São Paulo: Saraiva, 2002.

DALMASCHIO, Louisi Aniszewska. **Nutricosméticos no combate ao envelhecimento cutâneo**. Faculdade do Instituto Brasil, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil**. Responsabilidade civil. 24 ed. São Paulo: Saraiva 2010. v.7.

DINIZ, Maria Helena, **Responsabilidade Civil**, 6a.Ed, São Paulo: Saraiva,1995.

LEITE, Gisele. Revista Prolegis. **Responsabilidade civil,** 2020. Disponível em: http://www.giseleleite.prosaeverso.net. Acesso: 21.set.2021.

LOPES, Teresa Ancora. **Curso de Direito Civil**. 4a.Ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.

MATIELO, Fabricio Zamprogna. **Responsabilidade Civil do Médico**. Porto Alegre: Sagra Luzzatto, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 19ª. ed. São Paulo: Saraiva Educação,2020.Disponívelem:https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553617173/cfi/0!/4/2@100:0.Acesso em: 4 jun. 2021.

PORTILHO, Silvia de Abreu Andrade; COSTA, Natália Cristina Siqueira. **A responsabilidade civil médica e a aplicação da teoria da perda da chance**. [*S. l.*], 05 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/65880/a-responsabilidade-civil-medica-e-a-aplicacao-da-teoria-da-perda-da-chance. Acesso em: 4 jun. 2021.

VENOSA, Sílvia de Salvo**. Direito Civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos.** 14. Ed. página 56, Atlas, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A REINTEGRAÇÃO DOS REEDUCANDOS

THAYS DE ARAÚJO: Acadêmica do 8ª período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas – UniSL

CLAUDENIR DA SILVA RABELO

(orientador)

RESUMO: Tendo em vista a evolução da lei de execução penal, ainda se via um déficit quanto a reintegração dos reeducandos, a pesquisa visa apontar quais fatores são responsáveis pelo crescente número de reincidências, bem como identificar qual a maior dificuldade quanto a reinserção dos reeducandos na sociedade, a fim de mostrar novas alternativas para o cumprimento da sentença. Realiza-se, então, uma pesquisa básica através de revisão de bibliografia em doutrinas, leis e estudos estatísticos. Diante disso, verifica-se que novas políticas públicas diminuiriam a reincidência, o que fica evidente que diferentes alternativas para o cumprimento da pena e melhorias nas instalações prisionais trariam uma melhor ressocialização.

Palavras-chave: Reeducando, sistema prisional, ressocialização.

ABSTRACT: Keeping in mind the Criminal Enforcement Law's evolution, there was still a deficit regarding the inmates' reintegration, the research aims to point out which factors are responsible for the growing number of recidivism, as well as to identify the greatest difficulty regarding the reinsertion of inmates in society, in order to show new alternatives for complying with the sentence. A basic research is then carried out by reviewing doctrines' bibliography, laws and statistical studies. In view of the above, it appears that new public policies has reduced recidivism, which is evident that different alternatives for serving the sentence and improvements in prison facilities would bring better resocialization.

keywords: Inmates, prison system, resocialization.

Sumário: 1. Introdução. 2. Execução Penal. 2.1. Sistema Prisional. 2.2. Origem da Execução Penal no Brasil. 2.3. Natureza Jurídica e Princípios. 2.4. Da Assistência. 2.5. Fatores que geram reincidência. 2.6. Execução Penal no Direito Comparado. 3. Reintegração dos Reeducandos. 3.1. Aspectos Sociais da Reintegração. 3.2. Políticas públicas. 3.3 Modelos Adotados. 4. A Lei de Execução Penal e a Reintegração dos Reeducandos. 5. Situação do Sistema Prisional. 6. Conclusão. 7. Referências.

1.INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O presente artigo foi construído com pesquisa básica através de levantamento bibliográfico em doutrinas, pesquisas realizadas acerca da lei, bem como dados quantitativo e qualitativo que apontam o déficit do Estado na aplicação da Lei de Execução Penal.

O objetivo do trabalho e mostrar o que a lei de execução penal oferece ao sentenciado e que seus mecanismos de reinserção social se bem executados traria uma ressocialização mais harmônica com a sociedade ao final de sua pena, trazendo como resultado a diminuição do número de reincidências.

A Lei 7.210 de 11 de julho de 1984, conhecida como LEP (Lei de Execução Penal) foi criada com objetivo de proporcionar a reeducação e reinserção dos reeducandos na sociedade, pois é através dela que serão orientandos, para uma melhor reintegração.

Ao decorrer do artigo será buscado demostrar a evolução do sistema prisional, bem como se deu sua origem, sua natureza jurídica, além de exemplificar quais os tipos de assistência prestadas ao reeducando, apontando os déficits (superlotação, falta de assistência) do Estado em reintegrá-los, demonstrando a porcentagem de reincidência, comparando com outros países, trazendo políticas públicas para serem adotadas.

Destarte, nota se que condições melhores nas penitenciárias, ou seja, aumentar sua capacidade, construir novas unidades, ter um melhor acompanhamento psicológico, jurídico, dentre outros tipos de assistência como a obrigatoriedade quanto ao comparecimento de aulas e cursos de capacitação tornam maiores as chances de conseguir um emprego ao término de suas ressocializações.

Nota-se que a lei sofreu significativas mudanças, que visão melhorias tanto para a sociedade, como para os cidadãos infratores que após cumprirem suas penas retornarão para o seio dela, mas as condições das penitenciarias, a superlotação, a falta de um melhor acompanhamento, demonstra um déficit do Estado quanto ao preparo desses indivíduos para seu retorno, além do preconceito que dificulta essa ressocialização.

2.**EXECUÇÃO PENAL**

A Lei de Execução Penal é o dispositivo que reúne além das condições para o cumprimento de sentença (direitos, deveres, assistência, sanções) as suas fases, ou seja, o processo de execução da pena.

Esse processo se inicia com o trânsito em julgado de uma sentença, onde é expedida uma guia de recolhimento, a qual é remetida a autoridade administrativa competente e nela conterá, conforme art.106 da LEP, o nome do condenado, a sua qualificação civil e o número do registro geral no órgão oficial de identificação, o inteiro teor da denúncia e da sentença condenatória, bem como certidão do trânsito em julgado, a informação sobre os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

antecedentes e o grau de instrução, a data da terminação da pena, outras peças do processo reputadas indispensáveis ao adequado tratamento penitenciário.

2.1 SISTEMA PRISIONAL

Antes do surgimento de um sistema prisional os conflitos eram resolvidos através de uma penalidade, que seria imposta aquele que praticou algum delito, a pena então passou por uma evolução a qual Gomes (2021) dá quatro qualificações:

O período da vingança privada onde imperava a lei do mais forte, assim como na lei de tabelião, simplificada pela expressão ''olho por olho, dente por dente'', a pena aplicada era na mesma proporção do delito cometido.

Também teve o período da vingança divina, onde era a igreja que exercia o poder e os sacerdotes aplicavam a punição, eles eram vistos como representantes de Deus e ali após a aplicação da pena o infrator era perdoado e purificado pelo seu pecado.

O período da vingança pública foi marcado pelo surgimento do poder do estado, onde havia uma classe dominante a qual aplicava a pena, período esse marcado pela crueldade, onde não havia nenhum direito e sim uma classe dominante e opressora que buscava cada vez mais o poder.

E o por último surgiu o período contemporâneo, onde a pena deixava de ser meramente punitiva, mas também um meio de corrigir o indivíduo, além do poder não ser mais controlado apenas por uma classe, surgindo ali vários poderes que se dividem para o controle de intuições que iram aplicar a pena ao indivíduo.

E a partir daí surgiu o modelo de sistema que é adotado pelo Brasil, onde criaram presídios, estabelecimentos prisionais, para o indivíduo encarcerado cumprir a pena imposta pelo estado de acordo com o tipo de crime cometido.

2.2 ORIGEM DA EXECUÇÃO PENAL NO BRASIL

O código criminal de 1830 foi o primeiro passo para a construção de normas relativas aos direitos penitenciários, visto que esse código abordava a maneira como os detentos iriam cumprir as penas impostas.

Em 1933, o jurista Cândido Mendes de Almeida (Barros, 2008) reuniu uma comissão para a elaboração do primeiro Código de Execuções Penais, que vislumbrava um regime diferenciado, ou seja, a individualização das celas para cada tipo de crime cometido, mas acabou ficando no papel, nem se quer chegou a ser votado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com o surgimento do primeiro projeto, houve a necessidade de criar uma lei que pudesse regulamentar o sistema penitenciário, daí em diante, surgiram outros projetos que visavam esse mesmo entendimento, como os projetos elaborados por Carvalho Neto, Beijamim Morais Filho, Contrim Neto e a lei n°3.274, todos vislumbravam o regime penitenciário, mas só em 1983 que foi aprovado o projeto de lei proposto pelo Ministro da Justiça Ibrahim Abi Hackel, que se converteu na Lei de Execuções Penais atual, Lei 7.210.

Essa Lei não rege apenas o cumprimento da pena, mas ela também veio a ter caráter ressocializador, objetivando a reintegração do condenado a sociedade após o cumprimento de sua pena, bem como preconiza seu artigo 1º "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado. '' (BRASIL, 1984).

2.3 NATUREZA JURÍDICA E PRINCÍPIOS

A doutrina se divide a respeito de qual seria a natureza jurídica da Lei de Execução Penal, alguns autores acreditam que ela seja administrativa, outros jurisdicional ou até mesmo mista.

Na primeira corrente doutrinária entende-se que a natureza jurídica da execução penal seria administrativa, pois apesar de possuir alguma atividade jurisdicional o que prevalece e a administrativa, onde o Estado irá executar aquilo que já foi decidido pelo juiz, ou seja, ele irá punir e restringir determinada atividade do detendo enquanto cumpre a pena.

> [...] a função administrativa é assim primária, enquanto a jurisdicional é função secundária. Desta forma, advoga ser a execução penal atividade administrativa: a verdadeira natureza da execução penal é de ato de administração, principalmente pelo fato de que nela o Estado age como um poder soberano para a realização dos seus interesses. Se, ao contrário, a execução penal fosse um ato jurisdicional, o órgão executivo estaria vinculado aos interesses de outros. (SALO DE CARVALHO APUD CHIOVENDA, ALBURQUERQUE PRADO, 2008 p.163)

Na segunda corrente fala-se em natureza mista, onde o juiz irá exercer a função jurisdicional e a função administrativa ficaria por conta do sistema penitenciário, onde ele irá fiscalizar e disciplinar e o juiz na sua função irá suspender ou dar livramento condicional, dentre outras funções que lhe forem exigidas.

> A divisão das esferas na execução diria respeito fundamentalmente à necessidade imperiosa, por parte da administração, de regular

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> disciplinarmente a 'massa carcerária', enquanto caberia ao judiciário conceder/restringir 'benesses legais. (CARVALHO, 2008, p. 165)

E a terceira corrente que é majoritária acredita que a execução penal, embora tenha alguma parcela administrativa, prevalece a atividade jurisdicional.

> Temos que a execução penal é de natureza jurisdicional, não obstante a intensa atividade administrativa que a envolve. (...). Embora não se possa negar tratar-se de atividade complexa, não é pelo fato de prescindir certo rol de atividades administrativas que sua natureza se transmuda: hoje prevalece a atividade jurisdicional, não só na solução dos incidentes da execução. (MARCAO, 2012, p.26)

Nota-se que na natureza administrativa o preso é o objeto da execução de sua pena, ou seja, o modo (quantidade, qualidade) com que ele irá cumprir a sua pena no sistema penitenciário.

Já se tratando da natureza jurisdicional vemos a relação jurídica que o condenado tem com o Estado, ou seja, os direitos (assistência a ser prestada) e deveres (possuir bom comportamento) ao longo do cumprimento da sua pena.

E a execução de natureza mista nós temos a função administrativa e a jurisdicional atuando em conjunto, porém cada uma exerce uma determinada função.

As penas aplicadas no Brasil possuem três finalidades: retribuitiva, preventiva e reeducativa, por isso a importância dos princípios na aplicação da lei, pois busca a proteção do indivíduo.

Rogério Sanches Cunha em sua obra Lei de Execução Penal para Concursos enfatiza cinco princípios que rege a lei de execução penal, a legalidade, igualdade, individualização da pena, a jurisdicionalidade e a dignidade da pessoa humana.

O princípio da legalidade é regido pelos artigos 2º e 3º da lei 7.210/84, onde determina quem irá exercer a função de executar o processo, além de assegurar ao preso os direitos que não são atingidos pela lei.

> Art. 2º A jurisdição penal dos Juízes ou Tribunais da Justiça ordinária, em todo o Território Nacional, será exercida, no processo de execução, na conformidade desta Lei e do Código de Processo Penal.
>
> Parágrafo único. Esta Lei aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei (BRASIL, 1984).

Assegurando ao sentenciado a execução de sua pena de acordo com o que a lei estabelece, seguindo o princípio do devido processo legal, não podendo negar ao preso uma liberdade provisória nos casos em que a lei autorize.

Sob a luz da Constituição Federal de 1988, no art. 5º, o princípio da igualdade traz o entendimento de que

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...) (BRASIL, 1988)

Logo o princípio da igualdade também está previsto no parágrafo único do art. 3º da LEP, conforme aduz a Constituição Federal.

Dessa forma, ninguém poderá sofrer nenhum tipo de discriminação ao decorrer do devido processo legal, todas as partes terão igual oportunidade de se manifestar fazendo valer suas razões, como podemos citar o princípio do contraditório e ampla defesa onde as partes usam de provas e argumentos para o convencimento do juiz.

O princípio da humanização da pena encontra-se previsto na Constituição Federal, que estabelece em seu art. 5º, inciso LXVII, que "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis." (BRASIL, 1988)

As penas mencionadas, foram abolidas do nosso ordenamento jurídico, seguindo os parâmetros da civilização moderna, mantendo a dignidade da pessoa humana.

Podemos citar também o princípio da individualização da pena que veio para proteger a integridade física e psicológica dos detentos como assegura o artigo 5º inciso XLVI da Constituição que diz:

> A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:
>
> a) privação ou restrição da liberdade;
>
> b) perda de bens;
>
> c) multa;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

d) prestação social alternativa;

e) suspensão ou interdição de direitos; (BRASIL, 1988)

Além do inciso XLVIII da Constituição que estabelece que "a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado; " (BRASIL, 1988).

Podemos concluir que a individualização da pena é constitucional e ela ocorre visando principalmente a segurança dos presos.

Já se tratando do princípio da dignidade da pessoa humana podemos dizer que é dele que se entende que o homem é feito de direito e deveres, e que através dele que a pena passou a evoluir, em razão dele compreendeu-se que a dignidade do homem tinha valor, estabelecendo limites na execução da pena, deixando para trás as penas cruéis onde atingia o corpo de quem era condenado.

Podemos citar o art. 1°, inciso III, da Constituição Federal onde afirma que: "A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: (...) III – a dignidade da pessoa humana". (BRASIL, 1998). Além do art. 5°, inciso LIV, da Constituição Federal, que diz: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal"

E a primeira regra da ONU (2016) aduz sobre os presos que:

> Todos os reclusos devem ser tratados com respeito inerente ao valor e dignidade do ser humano. Nenhum recluso deverá ser submetido a tortura ou outras penas ou tratamento cruéis, desumanos ou degradantes e deverá ser protegido de tais atos, não sendo justificáveis em qualquer circunstância. (REGRAS DE MANDELA – Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Presos)

Ou seja, ninguém será punido ou processado se não tiver uma lei que determine o tipo de conduta criminosa que tenha sido praticada.

2.4 DA ASSISTÊNCIA

O artigo 10 da Lei de Execução penal diz que "a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único: A assistência estende-se ao egresso" (BRASIL, 1984)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O objetivo é prevenir a discriminação e resguardar a dignidade da pessoa enquanto cumpre sua pena, o reeducando é aquela pessoa que se encontra recolhido em um estabelecimento prisional.

O objetivo da assistência é a ressocialização, orientando e prevenindo sua volta ao mundo do crime.

Assim, a assistência a ser prestada, conforme elenca o art. 11 da Lei de Execução Penal, será: material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

A assistência material está disposta no artigo 12 da LEP onde fala que "A assistência material ao preso e ao internado consistirá no fornecimento de alimentação, vestuário e instalações higiênicas" (BRASIL, 1984)

Podemos citar também regras da ONU (2016, p.24) que estabelecem o tratamento que deve ser feito aos presos, como a permissão para o uso de roupas próprias, desde que apropriadas, além de todo o vestuário, inclusive os das camas devem sempre estar limpos, sem contar a alimentação que deve possuir valor nutricional e o acesso a água potável para o mantimento a saúde do detento.

O estabelecimento prisional deve contar com instalações que vendam produtos, objetos, que não são fornecidos pela administração, mas que são permitidos como consta no artigo 13 da Lei "O estabelecimento disporá de instalações e serviços que atendam aos presos nas suas necessidades pessoais, além de locais destinados à venda de produtos e objetos permitidos e não fornecidos pela administração" (BRASIL, 1984)

O artigo 14 da Lei de Execução Penal dispõe sobre a assistência à saúde ao preso e ao internado "A assistência à saúde do preso e do internado, de caráter preventivo e curativo, compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico" (BRASIL, 1984)

Além do artigo 196 da Constituição Federal que estabelece que a saúde é um direito de todos e dever do Estado.

A assistência garante ao preso tratamento médico, odontológico e o recebimento de medicamentos no tratamento. O artigo 43, inciso VII da LEP estipula que o preso poderá se for da sua vontade contratar médico externo que seja de sua confiança para acompanhar o tratamento.

> É garantida a liberdade de contratar médico de confiança pessoal do internado ou do submetido a tratamento ambulatorial, por seus familiares ou dependentes, a fim de orientar e acompanhar o tratamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Parágrafo único. As divergências entre o médico oficial e o particular serão resolvidas pelo Juiz da execução. (BRASIL, 1984)

Outro ponto que podemos citar é que o detento pode fazer o tratamento em local distinto se comprovada a necessidade, ou se no local onde ele cumpre sua pena não tiver como ser realizado o tratamento, além de em alguns casos poder receber tratamento domiciliar.

Alexandre de Moraes e Gianpaolo Poggio Smanio apud Renato Marcão comenta a respeito:

> O art. 14 da LEP prevê assistência à saúde do sentenciado. O preso e o internado têm direito ao trata- mento odontológico, médico e ambulatorial. Se dentro do hospital não existirem instalações adequadas, o tratamento deverá ser feito em outro lugar, desde que o diretor do estabelecimento penitenciário autorize, ou que o juiz supra a negativa do diretor. Ainda, o art. 43 permite que o sentenciado possa contratar médico de sua responsabilidade (2017, p,73)

E de acordo com as regras da ONU, o Estado deve oferecer um atendimento nos mesmos padrões que oferta para a comunidade, não podendo haver nenhum tipo de discriminação no processo, além de ter que receber seus exames em prazo tão breve quanto possível.

A assistência jurídica está disposta no artigo 15 da Lei onde dispõe que "A assistência jurídica é destinada aos presos e aos internados sem recursos financeiros para constituir advogado" (BRASIL, 1984)

A assistência jurídica ao preso está atrelada a vários princípios, como o da dignidade da pessoa humana, da ampla defesa e do contraditório, da legalidade, do devido processo legal dentre outros princípios, a assistência jurídica e imprescritível para a validação na execução do processo.

A nossa constituição em seu artigo 5º, inciso LXXI diz que "O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos", (BRASIL, 1988) ou seja o detento que não possuir recursos para assistência jurídica o Estado através da defensoria nomeará um advogado que atuará de forma direta, fiscalizando e esclarecendo dúvidas concernentes aos direitos do preso.

A assistência educacional está prevista no artigo 17 da lei de execução penal que dispõe que " A assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado", (BRASIL, 1984) além do artigo 205 da Constituição

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Federal que versa sobre a educação "A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.''(BRASIL, 1988)

O Estado deverá fornecer, pois é um direito do preso ter o mínimo de instrução, ou seja, os graus elementares (ensino fundamental).

O direito a educação, vem com o aprimoramento cultural, cursos profissionalizantes, além de outros cursos que tragam seu enriquecimento pessoal ajudando a prepará-los para o seu retorno ao convivo com a sociedade.

Outro ponto importante que podemos destacar e a possibilidade da remissão da pena prevista no artigo 126 da LEP, que assegura ao detento do regime fechado e semiaberto, diminuir o tempo do cumprimento de sua pena através dos estudos. ''O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. '' (BRASIL, 1984)

"A assistência social tem por finalidade amparar o preso e o internado e prepará-lo para o retorno a sociedade" (BRASIL, 1984) é o que dispõe o artigo 22 da Lei de Execução penal.

O objetivo da assistência social é preparar esses indivíduos fora do ambiente prisional encontrando o melhor jeito para sua ressocialização. A regra 107 da ONU (2016, p.43) diz que:

> Desde o início do cumprimento da sentença de um preso, deve se considerar seu futuro após a liberação, e ele deve ser incentivado e auxiliado a manter ou estabelecer relações com indivíduos ou entidades fora da unidade prisional, da melhor forma possível, para promover sua própria reabilitação social e os seus interesses e de sua família.

Essa interação, essa assistência que o preso deveria receber desde o início do cumprimento da pena, o ajudaria ao ser reinserido de volta à sociedade.

O artigo 24 da LEP estabelece que

> Art.24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> § 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.
>
> § 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa. (BRAIL, 1984)

Ou seja, o detento, terá local apropriado para realização de culto, desobrigado de assumir uma religião, tendo total liberdade religiosa como prevê o artigo 5ª, inciso VI, da constituição que diz "é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias" (BRASIL, 1988)

O artigo 25 da Lei de Execução Penal diz

> Art.25. A assistência ao egresso consiste:
>
> I - na orientação e apoio para reintegrá-lo à vida em liberdade;
>
> II - na concessão, se necessário, de alojamento e alimentação, em estabelecimento adequado, pelo prazo de 2 (dois) meses.
>
> Parágrafo único. O prazo estabelecido no inciso II poderá ser prorrogado uma única vez, comprovado, por declaração do assistente social, o empenho na obtenção de emprego. (BRASIL, 1984)

Se vê uma grande dificuldade do detendo fora do ambiente carcerário, o qual estava acostumado, onde de certa forma possuía uma rotina, e essa nova realidade, a liberdade, a dificuldade de se readaptar a sociedade, traz a necessidade desse auxílio ao egresso fora do estabelecimento prisional.

E é através da assistência e o apoio estabelecido na LEP, que o detento irá reintegrar-se à sociedade. O princípio 8 ditado pela Assembleia geral das Nações Unidas sobre o tratamento dos reclusos diz o seguinte:

> Devem ser criadas condições que permitam aos reclusos ter um emprego útil e remunerado, o qual facilitará a sua integração no mercado de trabalho do país e lhes permitirá contribuir para sustentar as suas próprias necessidades financeiras e as das suas famílias (MARCÃO, ANO, 92)

Essa assistência ao egresso e o principal norte para que ele consiga se reintegrar, se autossustentar e não voltar a delinquir.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.5 FATORES QUE GERAM REINCIDÊNCIA

Há muitas divergências conceituais do que seria reincidência, então para entendermos os fatores da reincidência vamos primeiro entender o que seria reincidir para a corrente majoritária. Reincidente é todo aquele egresso do sistema prisional que após o cumprimento de sua pena volta a delinquir. O art. 63 do Código Penal também define o que seria reincidência "Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior." (BRASIL, 1940)

Nota-se que o principal objetivo da Lei de Execuções Penais é a ressocialização. Essa legislação visa garantir a humanidade e a dignidade da pessoa humana no cumprimento da pena, assegurando ao detento condições para que ele possa se reintegrar à sociedade, embora apresente obstáculos quanto a sua efetiva execução.

O Brasil é o quarto país que mais encarcera no mundo e os dados mostram que a prisão que tinha como função ressocializar o indivíduo encarcerado se torna ineficaz visto os números de reincidências (IHU ,2020). Nos países onde a taxa de aprisionamento é elevada, a prisão se torna apenas um meio de punir o indivíduo e não se atem a principal função que seria o de ressocializar. No sistema prisional brasileiro a porcentagem ultrapassa os 40%, (IPEA, 2015) comparado com outros países como a Noruega e a Holanda que a taxa de reincidência chega a 20%. (BLUME, 2017)

Percebe-se que a superlotação é um dos principais fatores que geram a reincidência, o sistema prisional brasileiro apresenta um déficit de vagas muito grande, o que nos leva a realidade de vários detentos em uma cela de 6 metros quadrados, suportando além da sua capacidade, onde os presos são amontoados, sem o mínimo de higiene, regidos por regras próprias, dominadas por facções.

> CUSTODIADO – INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL – SISTEMA PENITENCIÁRIO – ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL – ADEQUAÇÃO. Cabível é a arguição de descumprimento de preceito fundamental considerada a situação degradante das penitenciárias no Brasil. SISTEMA PENITENCIÁRIO NACIONAL – SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA – CONDIÇÕES DESUMANAS DE CUSTÓDIA – VIOLAÇÃO MASSIVA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS – FALHAS ESTRUTURAIS – ESTADO DE COISAS INCONSTITUCIONAL – CONFIGURAÇÃO. Presente quadro de violação massiva e persistente de direitos fundamentais, decorrente de falhas estruturais e falência de políticas públicas e cuja modificação depende de medidas abrangentes de natureza normativa, administrativa e orçamentária, deve o sistema

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

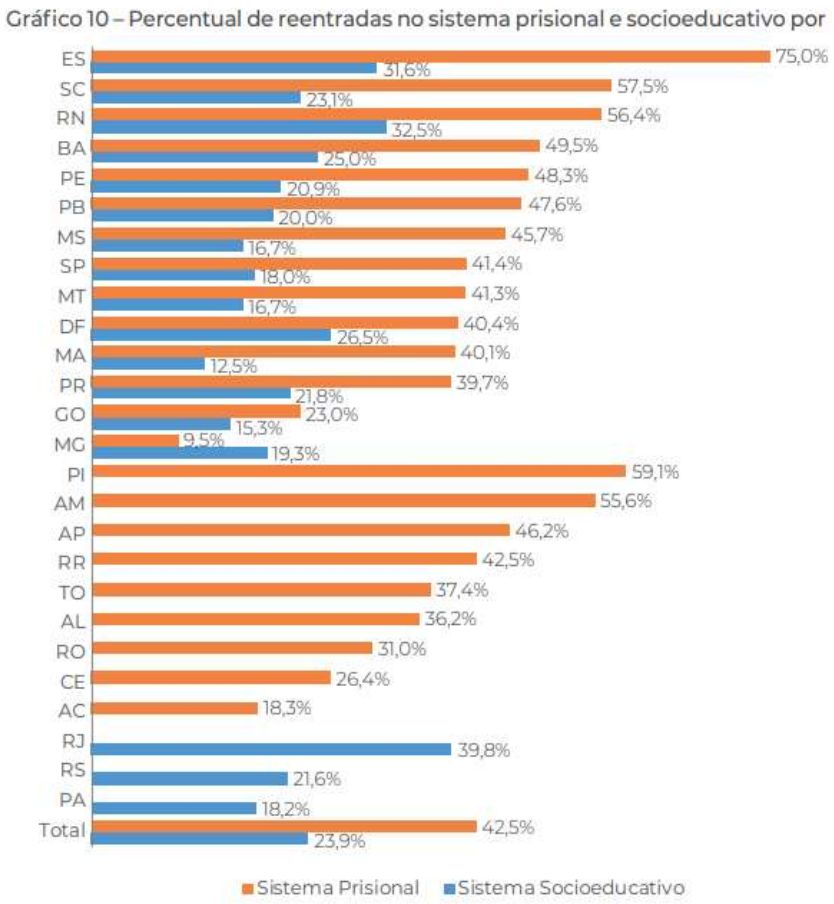
Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> penitenciário nacional ser caraterizado como "estado de coisas inconstitucional". (STF, 2016)

Outro fator que podemos citar é a falta de assistência adequada, gerada pela falta de estrutura. A minoria da população prisional tem algum grau de escolaridade, além de poucas exercerem alguma atividade desenvolvida dentro e fora do estabelecimento prisional, o que remete a falta de preparo do indivíduo ao término de sua ressocialização.

Podemos citar também o preconceito da população, o preso ao sair encontra muitas dificuldades, como a falta de apoio familiar, o fato de não ser aceito novamente na comunidade e no mercado de trabalho, gerando uma vulnerabilidade para o retorno ao mundo do crime.

Figura 1 - Reentradas e Reiterações Infracionais, Um Olhar Sobre o Sistema Socioeducativo e Prisional Brasileiros



Fonte: (CNJ, 2019)

O gráfico demonstra o percentual de reentradas no sistema prisional do Brasil, dados esses que se tornam elevados em virtude do déficit que o Estado possui em

reintegrar o reeducando, em decorrência da superlotação e da falta de assistência adequada.

2.6 EXECUÇÃO PENAL NO DIREITO COMPARADO

O direito comparado buscar evidenciar as diferenças dos países estudados, buscando uma comparação, trazendo também os métodos utilizados para que as taxas de reincidências sejam baixas.

Nesse estudo vamos entender as diferenças entre o Brasil e os países que conseguem manter a taxa de reincidência inferior a 20%, como é o caso da Noruega. (BLUME, 2017)

Em ambos os sistemas prisionais são ofertados ao detento o direito ao trabalho, estudo, a saúde, dentre outros, mas a principal diferença e a quantidade de encarcerados, bem como o tratamento proporcionado aos detentos dentro do estabelecimento prisional.

O principal objetivo da pena na Noruega e a reabilitação do sentenciado, onde eles trazem uma realidade não muito diferente do que seria fora do sistema penitenciário.

Outra diferença que podemos citar e que na Noruega eles buscam aplicar penas curtas, a pena máxima atribuída é de 21 anos e se o indivíduo não estiver totalmente reabilitado essa pena pode ser prorrogada até que ele esteja pronto para o retorno ao convívio em sociedade.

Já nos Estados Unidos o modelo adotado por eles não se distancia do modelo adotado no Brasil quando se trata de execução penal, ambos oferecem as mesmas condições ao sentenciado, como saúde, educação e trabalho.

Sendo o país que mais encarcera no mundo (BLUME, 2017) a situação no sistema prisional não seria muito diferente da que se nota no Brasil, muitas das penitenciarias americanas se veem lotadas e com grande descaso ao reeducando.

Entretanto a diferença que podemos citar entre os dois países são as prisões privadas que detêm total controle sobre a execução penal, onde a participação das empresas se dá desde o projeto dos presídios até a custódia dos presos, isso tanto em prisões federais como estaduais e no Brasil a execução das prisões, a cargo federal, é regida pela união e as demais de responsabilidade dos estados.

3. REINTEGRAÇÃO DE REEDUCANDOS

3.1 ASPECTOS SOCIAIS DA REINTEGRAÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O surgimento da lei de execução penal, se deu numa época em que o país estava em busca de uma democracia plena, onde o Brasil buscava se livrar da era da ditadura militar, o surgimento dessa lei revolucionária tinha o intuito de olhar para uma parcela da população que sofria nas mãos do governo militar, essa lei moderna surgiu dos moldes da criminologia, onde buscava reintegrar o indivíduo à sociedade, dando a ele um tratamento mais humano, e não somente com o intuito de punir.

Alvino Augusto de Sá (2015) traz em sua obra três gerações de criminologia clínica cujo modelo médico-psicológico se ajusta melhor nas demandas e práticas da execução penal, estudando o indivíduo condenado, trazendo fatores os quais o fizeram desenvolver a sua conduta criminosa.

A primeira geração traz autores que relatam que a conduta criminosa estaria efetivamente ligada à sua natureza, a sua conduta social, onde o indivíduo certamente já nascia criminoso, fazendo com que o delinquente passasse a ser um estranho para a sociedade, se tornando uma ameaça. A segunda geração é remetida a conduta do indivíduo onde os fatores sociais, familiares e ambientais estão relacionados a sua conduta criminosa e a terceira geração é onde o verdadeiro criminoso se faz dentro do sistema carcerário. (DE SÁ, 2015)

Neste cenário o autor faz duras críticas trazendo no modelo de terceira geração a criminologia clínica de inclusão social, não se subordinando apenas ao viés punitivo da pena privativa de liberdade e sim de uma ressocialização mais humana.

3.2 POLÍTICAS PÚBLICAS

O objetivo da lei de execução penal foi disposto em seu primeiro artigo, o qual o legislador buscava a harmonia social aquele que delinquiu para que o mesmo não se desvencilhasse e voltasse ao mundo do crime.

A lei assegura ao preso seus devidos diretos, como os direitos políticos, a saúde, educação, religião, alimentação, progressão de pena, dentre outros benefícios que a lei assegura ao sentenciado.

Porém dispomos de um sistema prisional em estado de falência, onde há prisões lotadas, sem muitos recursos para oferecer um acompanhamento adequado aqueles que possuem real interesse em ser ressocializados.

Nos países em que a taxa de reincidência é baixa, as políticas adotadas são penas alternativas, além de casas de apoio. O intuito desses países e proporcionar ao detento uma realidade não muito diferente do que ele irá enfrentar fora do sistema prisional, oferecendo um tratamento mais humano.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No Brasil o principal obstáculo a ser enfrentado é a superlotação, para isso precisaria do aumento da capacidade nos presídios e a construção de outros, para que ali haja condições melhores, além de salas para os devidos acompanhamentos (psicológicos, a saúde, educação), obrigatoriedade no comparecimento aos cursos e casas de reabilitação em vez da prisão dependendo do tipo de crime cometido.

Há várias políticas que podem ser adotadas quanto ao cumprimento da pena, mas o principal obstáculo a ser enfrentado ao término de sua ressocialização é o preconceito, por isso a necessidade de uma efetiva participação do detento com o mundo exterior.

3.3 MODELOS ADOTADOS

No Brasil o principal método adotado é o encarceramento, ou seja, o intuito da pena é somente a exclusiva privação da liberdade, onde não há preocupações quanto a ressocialização do condenado e sim de puni-lo pelo crime que cometeu.

Destarte com a situação do sistema prisional brasileiro, surgiu a Associação de proteção e Assistência aos Condenados (APAC), ela foi fundada em 1972, na cidade de São José dos Campos, São Paulo, por meio de um grupo, liderado pelo Dr. Mário Ottoboni. Era um trabalho na forma de uma Pastoral Penitenciária, que acabou se transformando em uma entidade civil de direito privado, surgindo assim como uma alternativa ao sistema prisional. (ANDRADE, 2014).

O objetivo da APAC é a humanização, onde é oferecido ao sentenciado meios alternativos para sua recuperação, visando a sua ressocialização, sem que seja perdido também a finalidade punitiva da pena.

As diferenças entre o sistema carcerário e o método APAC é que esse método está vinculado a valorização do recuperando, assim chamados, onde buscam a evangelização para recuperação, além do estabelecimento contar com poucos reeducandos, eles participam efetivamente da segurança e disciplina do local, além da assistência que é prestada pela comunidade sem contar que há a participação da família para a recuperação do sentenciado.

4. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL E A REINTEGRAÇÃO DOS REEDUCANDOS

A LEI 7.210/84 que dispõe sobre a execução penal, tem como principal objetivo, reinserir os condenados de volta a sociedade, dando o devido preparo para tal.

A LEP, como é conhecida, tem seu foco no primeiro artigo, onde fala sobre as condições a respeito do cumprimento da pena, condições que devem ser harmônicas para reinserção em sociedade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O artigo 1º da Lei 7.210/84 traz a seguinte redação: "A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado'' (Brasil, 1984). Além de outros artigos da referida Lei, como podemos citar o artigo 10 ''A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade'' (Brasil, 1984) e o artigo 11 ''A assistência será: I - material; II - à saúde; III -jurídica; IV - educacional; V - social; VI - religiosa.'' (Brasil, 1984), ambos falam sobre as orientações e assistência a serem prestadas a esses detentos.

Vale salientar que o artigo 41 da LEP dispõe em seu texto sobre os direitos do preso. In verbis:

> Constituem direitos do preso: I - alimentação suficiente e vestuário; II - atribuição de trabalho e sua remuneração; III - Previdência Social; IV - constituição de pecúlio; V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação; VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena; VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa; VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo; IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado; X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados; XI - chamamento nominal; XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena; XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento; XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito; XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes. XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente.
>
> Parágrafo único. Os direitos previstos nos incisos V, X e XV poderão ser suspensos ou restringidos mediante ato motivado do diretor do estabelecimento. (BRASIL, 1984)

O Estado através dessa Lei, além de punir, prevê condições para o cumprimento da pena, visando que o indivíduo condenado ao voltar ao seio da sociedade não volte a delinquir.

> A execução penal deve objetivar a integração social do condenado ou do internado, já que adotada a teoria mista ou eclética, segundo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> a qual a natureza retributiva da pena não busca apenas a prevenção, mas também a humanização. Objetiva-se, por meio da execução, punir e humanizar. MARCÃO, 2012, p.26)

Percebe-se que a humanização e a punição caminham juntas quando se trata dessa lei, visto que o intuito dessa ressocialização aduz ao princípio da dignidade humana, buscando restaurar o indivíduo antes mesmo de voltar à sociedade.

A LEP deveria ser o meio de ajuda para a ressocialização, porém os índices de reincidência indicam o enfrentamento de muitos obstáculos na aplicação dos seus artigos, principalmente quando comparado com outros índices, como os de países desenvolvidos. De acordo com o levantamento do Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça mais de 40% dentre as pessoas com mais de 18 anos que são presas voltam a delinquir retornando ao sistema prisional. (INFOPEN, 2014)

A LEP em seu artigo 10 cita que "a assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade. Parágrafo único: A assistência estende-se ao egresso." (BRASIL, 1984), ou seja, o Estado deveria procurar resolver os problemas e qualquer deficiência que possa aparecer no processo de ressocialização, não apenas exercer o controle jurídico sobre ele.

> [...] avaliar a idoneidade dos instrumentos de garantia estabelecidos pela LEP para efetivação dos direitos dos presos contra os poderes irracionais. Sobretudo porque existe um consenso no Brasil que entende que o problema da execução penal e meramente administrativo, isto e, se fossem cumpridos pelo Estado-administração os preceitos da LEP, estariam resguardados em sua plenitude os direitos ao apartado. (CARVALHO, 2008, p.154)

Vale ressaltar também que a falta de preparo desses indivíduos gera uma grande dificuldade de se insurgir no meio trabalhista, aumentando a cobrança do Estado, visto que é dever reinseri-los de volta à sociedade.

Destarte cabe ressaltar que se a LEP fosse bem executada, diante dos aspectos propostos, dificilmente teria condenados retornando ao mundo do crime, entretanto, as penitenciárias estão cada vez mais lotadas e com isso, não existem salas adequadas que possam servir para atendimentos à saúde, educação dentre outras salas que faltam nas penitenciarias, logo, afeta a sua forma de reintegração.

5. SITUAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Lei de Execução Penal ressalta os direitos dos apenados e como a pena deve ser cumprida, porém nota-se uma grande dificuldade que esses indivíduos possuem quanto a reintegração.

O julgado do Supremo Tribunal Federal apresenta a importância da inclusão e não a exclusão desses detentos, e como o ambiente interfere na sua postura ao sair, além de ferir o princípio da dignidade da pessoa humana. De acordo com o entendimento expresso no seguinte julgado:

> A Lei de Execução Penal – LEP é de ser interpretada com os olhos postos em seu art. 1º. Artigo que institui a lógica da prevalência de mecanismos de reinclusão social (e não de exclusão do sujeito apenado) no exame dos direitos e deveres dos sentenciados. Isso para favorecer, sempre que possível, a redução de distância entre a população intramuros penitenciários e a comunidade extramuros. Essa particular forma de parametrar a interpretação da lei (no caso, a LEP) é a que mais se aproxima da CF, que faz da cidadania e da dignidade da pessoa humana dois de seus fundamentos (incisos II e III do art. 1º). A reintegração social dos apenados é, justamente, pontual densificação de ambos os fundamentos constitucionais. (HC 99.652, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 3-11-2009, Primeira Turma, DJE de 4-12-2009).

Com a superlotação nas penitencias, há detentos de diferentes níveis, dividindo a mesma cela, o que vai contra o que diz o artigo 84 da LEP.

> § 3 Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios: (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)
>
> I - condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)
>
> II - reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)
>
> III - primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa; (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)
>
> IV - demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III. (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> § 4 O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio. (Incluído pela Lei nº 13.167, de 2015) (BRASIL, 1984)

Esse artigo prevê a separação de detentos por cela, resguardando sua integridade física, direito esse assegurado também pela Constituição Federal em seu artigo 5.

> 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:
>
> XLIX - é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral; (BRASIL, 1988)

Podemos destacar também, a falta de um bom atendimento (saúde, educação) e condições muitas vezes precárias das instalações prisionais, fazem com que os detentos não se sintam preparados para retornarem ao convívio social, afetando diretamente em como esses reeducandos irão agir fora do sistema prisional.

O intuito da reinserção desses indivíduos a sociedade é que seja de maneira eficaz, para que ambos voltem a conviverem entre si, essa convivência é muito importante na busca da diminuição do preconceito. Nas palavras de Romeu Falconi especialista em direto processual penal a reinserção social é:

> Um instituto do Direito Penal, que se insere no espaço próprio da Política Criminal (pós-cárcere), voltada para a reintrodução do ex-convicto no contexto social, visando a criar um *modus vivendi* entre este e a sociedade. Não é preciso que o reinserido se curve, apenas que aceite limitações mínimas, o mesmo se cobrando da sociedade em que ele reingressa. Daí em diante, espera-se a diminuição da reincidência e do preconceito, tanto de uma parte como de outra. (FALCONI, 1998, p.122).

Falconi aponta que a grande dificuldade quanto à reintegração social é o preconceito e a reinserção no meio trabalhista e como esses fatores ajudam ao retorno no mundo do crime. O autor destaca também a importância de um bom ambiente penitenciário e que a falta de uma educação influenciou esses indivíduos a entrar no mundo do crime.

Na mesma linha de pensamento de Falconi, o mestre e doutor em ciências criminais Cezar Roberto Bitencourt diz sobre o assunto ''que a maior dificuldade de ressocialização

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

do apenado se dá ao local onde ele cumpre sua pena, visto que, ele não obteve nenhuma educação e se deixou levar pelos instintos de sobrevivência''. (BITTENCOURT, 2001, p.162).

O respeitável doutrinador em seu livro faz duras críticas ao apontar que:

> Quando a prisão se converteu na principal resposta penológica, especialmente a partir do século XIX, acreditou-se que poderia ser um meio adequado para conseguir a reforma do delinquente. Durante muitos anos imperou um ambiente otimista, predominando a firme convicção de que a prisão poderia ser meio idôneo para realizar todas as finalidades da pena e que, dentro de certas condições, seria possível reabilitar o delinquente. (BITTENCOURT, 2001, p.162).

Mais uma vez, se vê em destaque a importância de um bom ambiente de convívio para esses detentos.

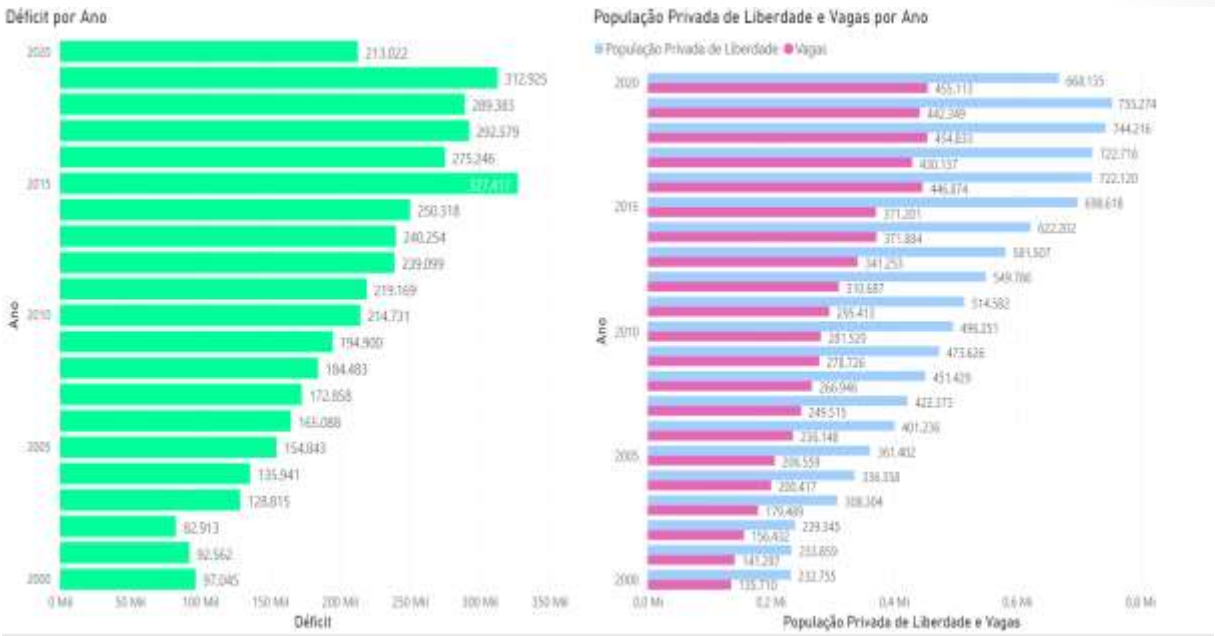
Neste interim, observa-se a importância de uma nova política a ser adotada, como penas alternativas para os crimes de menor potencial ofensivo, aplicando multas e realizando serviços sociais, visando uma interação maior com a sociedade a fim de diminuir o preconceito.

O Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN, 2020) mostra através de pesquisas que nosso sistema prisional possui 455.113 vagas, mas com uma população carcerária de 668.135, possuindo um déficit de 231.022 vagas, ainda de acordo com a pesquisa todas as unidades carcerárias brasileiras mostram porcentagem superior a 100% de sua ocupação, o que pode afetar o convívio dos detentos nas celas, causando até atritos.

Podemos citar também, o grau de escolaridade desses detentos que é extremamente baixo, mais da metade possui o ensino fundamental incompleto, além da falta de salas para um atendimento social, psicológico e educacional, o que dificulta a sua ressocialização ao sair, visto que é um dever do ESTADO fornecer esses atendimentos com o fim de prevenir o retorno a vida do crime e uma melhor inserção desses indivíduos ao meio social.

Figura 2 – População Prisional, Déficit e Vagas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454



Fonte: (DEPEN, 2020)

Figura 3 – População Prisional em Atividade Educacional

Fonte: (DEPEN, 2020)

Os graficos acima expostos demostram esse deficit de vagas, bem como o percentual de dententos que exercem atividade educacional dentro do sistema penitenciario.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Apartir desses numeros percebe-se a importancia de novas politicas publicas serem adotadas, para além de resguardar seus direitos sua ressocialização seja de forma efetiva.

6. CONCLUSÃO

A Lei de Execuções Penais como apresentado estabelece garantias ao indivíduo encarcerado durante o cumprimento da pena, as quais devem proporcionar condições harmônicas para sua reintegração.

Levando-se em consideração as garantias do indivíduo encarcerado, fica evidente a importância e a relevância dos dispositivos da lei, visto que o principal objetivo da lei de execução penal e a reintegração do reeducando, visando tão somente a diminuição das reincidências.

A LEP por sua vez não possui apenas o caráter ressocializador, mas também o punitivo, visando o cumprimento efetivo da pena.

Contudo, levando em consideração o desenvolvimento da execução penal, apesar da Lei ser capaz de solucionar os problemas penitenciários, o que ocorre realmente nos estabelecimentos prisionais, acabam com a funcionalidade e a aplicabilidade das normas jurídicas, por conseguinte vemos a funcionalidade da reintegração em outros países, bem como aspectos semelhantes ao que vemos no Brasil.

Dado o exposto percebe-se a ineficácia do Estado em dar total assistência aos detentos, como assistência à saúde, educação, a higiene, sem contar os estabelecimentos prisionais lotados, a carência de vagas dentre outros elementos são fatores para a não reabilitação, durante e depois do cumprimento de sua pena.

Tendo em vista os argumentos apresentados não há dúvidas da evolução que o sistema carcerário sofreu durante esses anos, mas ainda se percebe a carência de uma melhora.

Portanto a busca pela humanização na aplicação e no cumprimento das penas e o melhor caminho para a ressocialização, visto que o maior objetivo da Lei de Execução Penal é a ressocialização.

7. REFERÊNCIAS

ANDRADE, Carla Coelho. **O desafio da reintegração social do preso: uma pesquisa em estabelecimentos prisionais**, Brasília, maio de 2015. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/8181-td2095.pdf. Acesso em: 20 de mar.2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ANDRADE, Durval Ângelo. **APAC: a face humana da prisão**: 2. ed. Belo Horizonte: O lutador, 2014. Disponível em: https://docero.com.br/doc/e1scsse Acesso em: 06 de set.2021

BARROS, Raphael da Costa Estevam**. Progressão de Regime: Uma Análise da Inconstitucionalidade de sua Vedação.** Universidade Federal do Rio de Janeiro Centro de Ciências Jurídicas e Economicas Faculdade de Direito, 2008. Disponível em: https://pantheon.ufrj.br/bitstream/11422/9794/1/RCEBarros.pdf Acesso em: 01 de jul.2021

BITENCOURT, Cesar Roberto. **Falência da pena de prisão: causas e alternativas**, 2 Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2001. Disponível em: BITENCOURT, Cézar Roberto Falência da pena de prisão, causas e alternativas-1.pdf. Acesso em: 17 de fev.2021.

BLUME, Bruno André. **Sistemas Prisionais em Outros Países.** Politize, 2017. Disponível em: https://www.politize.com.br/sistemas-penitenciarios-outros-paises/ Acesso em: 07 de set.2021

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 07 de set.2021

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

BRASIL. **Lei de Execução penal.** Decreto-lei n 7.210 de 11 de julho de 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 10 de fev. 2021.

CARVALHO, Salo. **Pena e Garantias.** 3 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. Disponível em: https://docero.com.br/doc/x11v55s. Acesso em: 20 de jun.2021.

CNJ – Conselho Nacional de Justiça. **Reentradas E Reiterações Infracionais, Um Olhar Sobre O Sistema Socioeducativo E Prisional Brasileiros.** Brasília, 2019. Disponível em: https://www.conjur.com.br/dl/panorama-reentradas-sistema.pdf Acesso em: 18 de set.2021

CUNHA, Rogerio Sanches. **Lei de Execução Penal**, 6 ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2017. Disponível em: https://docero.com.br/doc/xve8vxn Acesso em: 01 de jul.2021

DEPEN – Departamento penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias INFOPEN.** Junho de 2014. Disponível em: https://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf. Acesso em: 03 de abr.2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

DEPEN – Departamento penitenciário Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciarias.** 2020. Disponível em: https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlLTllOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9 Acesso em: 19 de set.2020

FALCONI, Romeu. **Sistema presidial: Reinserção social?** São Paulo: Editora Ícone, 1998. Disponível em: https://monografias.brasilescola.uol.com.br/direito/anAlise-processo-ressocializacao-com-foco-a-reinsercao-individuo.htm. Acesso em: 17 de fev.2021.

FONTES, Giulia. **Como funciona a Gestão Privada de Presídios nos EUA e na França.** Revista Gazeta do Povo, 2019. Disponível em: https://www.gazetadopovo.com.br/parana/presidios-privados-modelos-internacionais/ Acesso em: 24 de set. 2021

FREITAS, F, A; GONÇALVES, L, F, T. Noruega, o pais humanizador: direito penal comprado entre Brasil e Noruega. Revista De Trabalhos Acadêmicos – Universo Belo Horizonte, VOL. 2, 2016. Disponível em: http://revista.universo.edu.br/index.php?journal=3universobelohorizonte3&page=article&op=view&path%5B%5D=3369 Acesso em 09 de set.2021

GOMES, Marcos Vinicius Manso, L. e Erick Figueiredo Maia**.** Coleção Defensoria Pública - Ponto a Ponto - Execução Penal Criminologia. Editora Saraiva, 2021. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555598476/epubcfi/6/2%5B%3Bvnd.vst.idref%3Dcover.xhtml%5D!/4/2%5Bcover%5D/2%4052:51 Acesso em: 03 de set.2021

IHU – Instituto Humanistas Unisinos. **Brasil se mantem como 3º pais com maior população carcerária do mundo**. 2020. Disponível em: http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/596466-brasil-se-mantem-como-3-pais-com-maior-populacao-carceraria-do-mundo Acesso em: 02 de set.2021

INSTITUTO DE PESQUISA ECONOMIA APLICADA. **Reincidência Criminal no Brasil**: **Relatório de pesquisa.** Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2011/02/716becd8421643340f61dfa8677e1538.pdf. Acesso em: 20 Marc.2021.

MARCÃO, Renato. **Curso de Execução Penal.** 10 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2012. Disponível em: https://docero.com.br/doc/n1ne05s. Acesso em: 21 de jun.2021

MARCÃO, Renato. **Lei de execução penal anotada,** 6 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2017. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9788547203870. Acesso em: 15 de fev. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

MELO, Joao Ozorio. **Grande Parte Das Prisões Dos EUA Tem Padrão De Terceiro Mundo.** Revista Consultor Jurídico, 2019. Disponível: https://www.conjur.com.br/2019-abr-07/grande-parte-prisoes-eua-padrao-terceiro-mundo Acesso em: 18 de set.2021

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal.** 11 ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2014. Disponível em: https://docero.com.br/doc/s5cn8e Acesso em: 05 de jul.2021

ONU – Organização das Nações Unidas**. Regras de Mandela – Regras Minimas das Naçoes Unidas para o Tratamento de Presos**. Conselho Nacional de Justiça-CNJ, 2016. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/a9426e51735a4d0d8501f06a4ba8b4de.pdf Acesso em: 26 de ago.2021

SÁ, A.A. D. Col. **Saberes Críticos - Criminologia clínica e execução penal: proposta de um modelo de terceira geração**, 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2014. 9788502230514. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788502230514/pageid/3 . Acesso em: 13 de set.2021

STF. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: ADPF 347 MC/DF.** Relator Min. Marco Aurélio. Julgado em 09/09/2015. Publicado em 19/02/2016. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665 Acesso em: 31 de mar.2021

www.conteudojuridico.com.br

REQUISITOS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

ERICK DE FIGUEIREDO MAIA: Defensor Público do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), pós graduado em direitos humanos pela Faculdade CERS, pós graduado em direito constitucional pela Faculdade Legale, pós graduado em direito do consumidor pela Faculdade Legale. Autor do livro Coleção Defensoria Pública - Ponto a Ponto - Execução Penal e Criminologia - 1ª Edição 2021

Resumo: A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº. 13.709/18, ou "LGPD") estabelece um regramento aplicável a toda forma de tratamento de dados pessoais no Brasil, dentro ou fora da Internet. Ao fazê-lo, a LGPD determina que todo controlador, isto é, o responsável pelo tratamento dos dados pessoais, deve atender, sempre que realizar um tratamento de dados pessoais, aos requisitos dispostos na legislação. O presente trabalho tem como objetivo tecer considerações iniciais sobre LGPD, bem como discorrer sobre as hipóteses autorizativas de tratamento de dados mais relevantes, apontando os desafios e seus requisitos.

Sumário: 1: Introdução - 2: A figura do encarregado - 3: Requisitos para o tratamento de dados pessoais - 3.1: Consentimento - 3.2: Cumprimento de obrigação legal ou regulatória - 3.3: Execução de Contrato ou de procedimentos preliminares ao contrato - 4: Conclusão

1. INTRODUÇÃO

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº. 13.709/18, ou "LGPD") estabelece um regramento aplicável a toda forma de tratamento de dados pessoais no Brasil, dentro ou fora da Internet, conforme se verifica do disposto em seu art. 1º[115]. Ao dispor sobre princípios, direitos, requisitos para tratamento e sanções pelo seu descumprimento, a LGPD procura criar um arcabouço regulatório que supere a insegurança gerada pela pluralidade de leis que buscavam, de modo setorial ou apenas superficialmente, dispor sobre dados pessoais. Apesar de ter entrado em vigor recentemente em 2020, a LGPD já vem demandando uma atuação daqueles que operam com tratamento de dados pessoais.

[115] Art. 1º Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais define a atividade de tratamento de dados pessoais como "toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração" (Art. 5º, X). Dessa forma, "tratamento" são todas as operações que envolvem dados pessoais, incluindo o mero armazenamento de dados pessoais.

Por sua vez, dados pessoais são qualquer "informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável" (art. 5º, I)[116]. Em seguida, o inciso II do art. 5º da LGPD define dado pessoal sensível como todo aquele "sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural". Entende o ordenamento jurídico que tais dados necessitam de uma maior proteção. Como veremos mais adiante, a natureza dos dados implica em requisitos diferentes para o controlador realizar o tratamento dos dados.

Ainda no campo conceitual, a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais define como controlador a "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais" e como operador a "pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador" (incisos VI e VII, do art. 5º, LGPD). Assim, será considerado "controlador" para os fins da LGPD aquele que "tomar" as decisões relativas ao tratamento de dados pessoais. Lembrando sempre que a definição de tratamento de dados trazida pela LGPD é bem ampla, contemplando toda operação realizada com dados pessoais.

Fato é, portanto, que todo controlador precisará de uma justificativa prevista na LGPD para realizar o tratamento de dados pessoais. O presente trabalho tem como objetivo tecer considerações sobre cada uma das hipóteses autorizativas para tratamento de dados pessoais não sensíveis, todas previstas no art. 7º da LGPD.

2. A FIGURA DO ENCARREGADO

[116] O *General Data Protection Regulation*, regulação do tema na Europa, caminha no mesmo sentido: "Artigo 4º Definições. Para efeitos do presente regulamento, entende-se por: «Dados pessoais», informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável («titular dos dados»); é considerada identificável uma pessoa singular que possa ser identificada, direta ou indiretamente, em especial por referência a um identificador, como por exemplo um nome, um número de identificação, dados de localização, identificadores por via eletrónica ou a um ou mais elementos específicos da identidade física, fisiológica, genética, mental, económica, cultural ou social dessa pessoa singular".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A LGPD define o Encarregado pelo tratamento de dados pessoais como "a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como **canal de comunicação** entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados" ("ANPD") (art. 5º, VIII). Além disso, a LGPD dispõe que cabe ao Encarregado orientar os colaboradores e os contratados da empresa a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais (art. 41). Em breve síntese, o art. 41, §2º, I a IV, da LGPD, impõe as seguintes atividades ao encarregado:

> Art. 41. O controlador deverá indicar encarregado pelo tratamento de dados pessoais.
>
> § 1º A identidade e as informações de contato do encarregado deverão ser divulgadas publicamente, de forma clara e objetiva, preferencialmente no sítio eletrônico do controlador.
>
> § 2º As atividades do encarregado consistem em:
>
> I - aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências;
>
> II - receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências;
>
> III - orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e
>
> IV - executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.

Ainda, a identidade e as informações de contato do Encarregado deverão ser **publicamente divulgadas**, de preferência no próprio site do controlador, de maneira clara e objetiva (art. 41, §1º).

3. REQUISITOS PARA O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS

A licitude do tratamento de cada um desses dados pessoais dependerá do preenchimento de pelo menos um dos requisitos previstos no art. 7º da LGPD. Todavia, independente de qual for a base legal utilizada, os agentes de tratamento deverão respeitar os princípios previstos na LGPD. Os princípios, previstos no art. 6º da LGPD, são os seguintes:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios:

I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades;

II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento;

III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados;

IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais;

V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento;

VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial;

VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão;

VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais;

IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos;

X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na mesma direção, em qualquer circunstância de tratamento de dados pessoais, os controladores deverão assegurar aos titulares os direitos previstos no art. 18 da LGPD:

> Art. 18. O titular dos dados pessoais tem direito a obter do controlador, em relação aos dados do titular por ele tratados, a qualquer momento e mediante requisição:
>
> I - confirmação da existência de tratamento;
>
> II - acesso aos dados;
>
> III - correção de dados incompletos, inexatos ou desatualizados;
>
> IV - anonimização, bloqueio ou eliminação de dados desnecessários, excessivos ou tratados em desconformidade com o disposto nesta Lei;
>
> V - portabilidade dos dados a outro fornecedor de serviço ou produto, mediante requisição expressa, de acordo com a regulamentação da autoridade nacional, observados os segredos comercial e industrial;
>
> VI - eliminação dos dados pessoais tratados com o consentimento do titular, exceto nas hipóteses previstas no art. 16 desta Lei;
>
> VII - informação das entidades públicas e privadas com as quais o controlador realizou uso compartilhado de dados;
>
> VIII - informação sobre a possibilidade de não fornecer consentimento e sobre as consequências da negativa;
>
> IX - revogação do consentimento, nos termos do § 5º do art. 8º desta Lei

Para tanto, recomenda-se que os agentes de tratamento elaborem um canal de interação com o titular de dados pessoais. Esse canal pode ter a forma de um endereço de e-mail próprio para questões relacionadas a proteção de dados, de um link ou seção específicos no site do agente de tratamento para atendimento a certas demandas, dentre outras modalidades adequadas, desde que ofereçam mecanismos para que o titular possa interagir e solicitar, quando necessário, o exercício de seus direitos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme mencionado, o tratamento de dados pessoais não sensíveis só será lícito quando pelo menos um dos requisitos previstos no art. 7º for preenchido[117]. Nesse sentido, Mário Viola e Chiara de Teffé afirmam:

> Portanto, não sendo uma hipótese de exclusão, deverá ocorrer o encaixe do tratamento realizado em pelo menos uma das hipóteses legais para que ele seja considerado legítimo e lícito, sendo possível inclusive cumular as mesmas, assim como no GDPR. Essas bases foram estipuladas de forma geral e variada, devendo detalhes e adequações serem realizados especialmente pela Autoridade nacional de proteção de dados (ANPD), pelo Legislativo e Judiciário. Entende-se que tanto o rol do Art. 7º quanto o do Art. 11 são taxativos,6apesar de dotados de hipóteses chamadas de "coringas", ou seja, hipóteses mais abertas e com certo grau de subjetividade (como, por exemplo, o legítimo interesse)[118].

Confira-se a redação do referido dispositivo:

> Art. 7º O tratamento de dados pessoais somente poderá ser realizado nas seguintes hipóteses:
>
> I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;
>
> II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;
>
> III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;
>
> IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

[117] MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. "Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil". Revista de Direito do Consumidor, v. 120, 2018.

[118] TEFFÉ, C. S. DE; VIOLA, M. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. civilistica.com, v. 9, n. 1, p. 1-38, 9 maio 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Ressalta-se: somente quando verificada pelo menos uma dessas dez situações é que o agente poderá realizar o tratamento de dados pessoais[119]. Ante ao exposto, passamos, nos capítulos abaixo a explorar os principais pontos de algumas dessas bases legais, tecendo considerações e críticas.

3.1. CONSENTIMENTO

[119] No ponto, cumpre destacar que os requisitos para o tratamento de dados pessoais sensíveis estão previstos no art. 11 da LGPD. Confira-se: Art. 11. O tratamento de dados pessoais sensíveis somente poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; f) tutela da saúde, em procedimento realizado por profissionais da área da saúde ou por entidades sanitárias; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Segundo a definição da LGPD, "consentimento" significa **manifestação livre, informada e inequívoca** pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada (art. 5º, XII). Para além desta definição, outros dispositivos da LGPD ajudam na compreensão do que o consentimento significa na prática. Por consentimento **livre**, entende-se que a sua aceitação implica uma escolha genuína por parte do titular dos dados pessoais[120]. Sendo assim, sempre que o consentimento for obrigatório, ele não poderá ser considerado livre. Esta questão tem particular relevância a depender da relação estabelecida entre as partes.

Assim, qualquer elemento que influencie ou pressione de maneira inapropriada o titular pode implicar consentimento não-livre. Ou seja, em desconformidade com a LGPD. A título exemplificativo, o consentimento para tratamento de dados pessoais no contexto de relações de trabalho: imagine-se, por exemplo, um contexto em que o empregador quer ter ciência se os seus empregados estão vacinados contra COVID-19. Caso o fornecimento dessa informação seja obrigatório, a base legal não poderá ser o consentimento dos empregados (titulares).

Por sua vez, para que o consentimento seja informado, o agente de tratamento deverá fornecer ao titular todas as informações exigidas pela LGPD. Nesse sentido, o art. 9º estabelece que:

> Art. 9º O titular tem direito ao acesso facilitado às informações sobre o tratamento de seus dados, que deverão ser disponibilizadas de forma clara, adequada e ostensiva acerca de, entre outras características previstas em regulamentação para o atendimento do princípio do livre acesso:
>
> I - finalidade específica do tratamento;
>
> II - forma e duração do tratamento, observados os segredos comercial e industrial;
>
> III - identificação do controlador;
>
> IV - informações de contato do controlador;
>
> V - informações acerca do uso compartilhado de dados pelo controlador e a finalidade;

[120] Cf. dentre tantos: TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: Ana Frazão, Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (Coord.).Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, 2019,p. 287-322.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> VI - responsabilidades dos agentes que realizarão o tratamento; e
>
> VII - direitos do titular, com menção explícita aos direitos contidos no art. 18 desta Lei.

As informações costumam estar disponíveis em documentos como a política de privacidade do controlador ou ainda nos contratos celebrados diretamente entre o controlador e os titulares. Nota-se que, caso o consentimento seja fornecido por escrito, este deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais (art. 8°, §1[121]). Por lógica, portanto, não há óbices para que esse consentimento seja obtido de forma oral, desde que adequado às devidas salvaguardas para a sua obtenção e passível de posterior comprovação. Cabe ainda ao controlador o ônus da prova de que o consentimento foi obtido em conformidade com o disposto na LGPD (art. 8°, §2°). Deverá, pois, manter registro do consentimento dos titulares. Tarefa que, muitas vezes, mostra-se de difícil implementação.

O consentimento também deverá se referir a finalidades determinadas. Autorizações genéricas, enganosas e/ou abusivas por parte dos titulares serão consideradas nulas (art. 8º, §4º). Por fim, como demonstrado acima, o titular tem direito, a qualquer momento, à revogação do consentimento anteriormente manifestado.

3.2. CUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO LEGAL OU REGULATÓRIA

Em algumas situações, o próprio ordenamento jurídico exige que os controladores realizem certos tratamentos de dados pessoais. Nessas hipóteses, o controlador não precisará obter o consentimento do titular, na medida em que, de acordo com o art. 7º, II, são lícitos os tratamentos "para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador".

A título exemplificativo, ressalta-se o art. 74 da Consolidação das Leis Trabalhistas, segundo o qual "horário de trabalho será anotado em registro de empregados". Dessa forma, surge para o controlador a obrigação de utilizar nomes e outros dados pessoais de seus empregados para cumprir com a exigência legal. No mesmo sentido, a CLT, em seu artigo 168 estabelece que:

> Art. 168 - Será obrigatório exame médico, por conta do empregador, nas condições estabelecidas neste artigo e nas instruções complementares a serem expedidas pelo Ministério do Trabalho:

[121] Art. 8º O consentimento previsto no inciso I do art. 7º desta Lei deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular. § 1º Caso o consentimento seja fornecido por escrito, esse deverá constar de cláusula destacada das demais cláusulas contratuais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

I - a admissão;

II - na demissão;

III - periodicamente

Isto é, por força de lei, o controlador deverá coletar e armazenar informações de saúde de seus funcionários nas hipóteses de admissão e demissão. Os chamados exames admissionais e demissionais. Como bem ressaltado pela melhor doutrina, "Outro exemplo são as empresas do setor de seguros ou do mercado financeiro, as quais estão submetidas a várias regras legais e regulatórias e devem cumprir obrigações que eventualmente poderão exigir o tratamento de dados pessoais de seus clientes"[122]. Deve-se ressaltar que, em qualquer circunstância, os princípios previstos na LGPD deverão ser respeitados.

3.3. EXECUÇÃO DE CONTRATO OU DE PROCEDIMENTOS PRELIMINARES AO CONTRATO

Ainda, a LGPD estabelece que o tratamento será lícito "quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados" (art. 7º, V, LGPD)[123]. Com efeito, para garantir o correto cumprimento de um contrato, o controlador precisará tratar dados pessoais de certos titulares, que, na maior parte dos casos, serão os contratantes. Nessas hipóteses, a LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais.

Imagine-se, por exemplo, o tratamento de dados para a execução de folha de pagamento de determinada empresa. Nesse documento, serão tratados dados pessoais como nome, conta bancária, salário, dentre outras informações. Nessas circunstâncias, os dados pessoais serão tratados justamente para dar cumprimento ao contrato assinado entre as partes.

---

[122] TEFFÉ, C. S. DE; VIOLA, M. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. civilistica.com, v. 9, n. 1, p. 1-38, 9 maio 2020.

[123] Sobre a diferença dessa base legal para o consentimento, melhor doutrina aponta: "Essa hipótese se assemelha em alguma medida ao tratamento de dados via consentimento. Todavia, como traço distintivo marcante, ressalta-se que o titular dos dados não poderá revogar o seu fornecimento a qualquer momento, uma vez que a outra parte estará resguardada pela LGPD para poder manter os dados fornecidos pelo titular enquanto durar a execução do contrato. No mesmo sentido, foi estabelecida base legal no Regulamento europeu de proteção de dados, em seu art. 6º: se o tratamento for necessário para a execuçãode um contrato do qual o titular dos dados seja parte ou para diligências pré-contratuais a pedido do titular dos dados. Nessa base legal fica clara a distinção entre "consentimento" para se tornar parte de um contrato e "consentimento" para fins de tratamento de seus dados pessoais." TEFFÉ, C. S. DE; VIOLA, M. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. civilistica.com, v. 9, n. 1, p. 1-38, 9 maio 2020. p. 25.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ainda no âmbito da empresa, o recebimento de currículos para vagas é comum. Os currículos em regra contêm dados pessoais dos candidatos, de modo que o recebimento desses documentos pelos controladores implica tratamento de dados pessoais. Este tratamento, por sua vez, também é autorizado pelo art. 7º, V da LGPD. Isso porque a avaliação de currículos de titulares interessados em determinada vaga de emprego constitui, em última medida, procedimento preliminar relacionado à execução do contrato de trabalho a ser eventualmente assinado entre as partes.

Por fim, em uma sociedade cada vez mais conectada, contratos pela internet são celebrados com mais frequência e constantemente envolvem uma série de dados pessoais. No ponto, o aplicativo de *delivery* de comida necessita, por exemplo, do endereço do usuário final para poder concretizar a entrega. Isto é, para entregar os produtos e/ou prestar os serviços, o responsável pelo aplicativo necessita tratar dados pessoais. Novamente, nessas hipóteses, o controlador estará resguardado pela hipótese autorizativa do art. 7º, V, da LGPD.

4. CONCLUSÃO

Com a entrada em vigor da LGPD, os agentes de tratamento estão sujeitos a diversas obrigações quando estiverem realizando o tratamento de dados pessoais. Nesse sentido, os controladores precisarão atender a pelo menos uma das bases legais previstas na LGPD para realizar qualquer operação que envolva dados pessoais. Dentre elas, destaca-se o consentimento, entendido como a "manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada". Além do consentimento, os controladores também poderão tratar dados nas hipóteses em que o ordenamento jurídico exigir o tratamento e quando este se mostrar necessário para o cumprimento de contrato (ou de procedimentos preliminares) do qual o titular é parte. Nota-se que enquadrar as atividades em uma das bases legais previstas no art. 7º é tarefa árdua e deverá ser realizada pelos controladores junto a um time jurídico, sob pena de eventualmente realizar o tratamento de forma indevida e em desconformidade com a legislação brasileira.

REFERÊNCIAS

MENDES, Laura Schertel; DONEDA, Danilo. "Comentário à nova Lei de Proteção de Dados (Lei 13.709/2018): o novo paradigma da proteção de dados no Brasil". Revista de Direito do Consumidor, v. 120, 2018.

TEFFÉ, C. S. DE; VIOLA, M. Tratamento de dados pessoais na LGPD: estudo sobre as bases legais. civilistica.com, v. 9, n. 1, p. 1-38, 9 maio 2020. p. 25.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

TEPEDINO, Gustavo; TEFFÉ, Chiara Spadaccini de. Consentimento e proteção de dados pessoais na LGPD. In: Ana Frazão, Gustavo Tepedino e Milena Donato Oliva (Coord.).Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no Direito Brasileiro. Editora Revista dos Tribunais, 2019,p. 287-322.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA E O PRINCÍPIO PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (ARTIGO 5°, LVII, DA CRFB/88).

IAGO CONDE NUNES: Graduando(a) do Curso de Direito do Centro Universitário FAMETRO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

RESUMO: Insculpido no artigo 5° da constituição da república federativa do Brasil, o princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade estabelece que o acusado da prática de fato definido como crime deve ser presumido inocente até que ocorra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Nesse aspecto, necessário analisar a decisão da Suprema Corte sobre o citado princípio, para tanto será utilizado todo aparato normativo acerca do tema, tais como legislação, constitucional, infraconstitucional e doutrina, verificando a oscilação jurisprudencial da Suprema Corte, com o objetivo de analisar a responsabilidade do Estado em face da problemática levantada. Tal princípio representa muito mais que uma garantia de ordem processual, consubstancia antes de tudo, uma garantia constitucional de natureza fundamental, sendo, portanto, cláusula pétrea (artigo 60, § 4°, da CRFB/88).

PALAVRAS-CHAVE: Constituição, princípio, presunção de inocência

INTRODUÇÃO

O Princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, da constituição da república Federativa do Brasil, e prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADS 44 45 54, de relatoria do Ministro Marcos Aurélio, modificou o entendimento até então vigente naquela Corte, fixando o entendimento onde necessidade de trânsito em julgado com a sentença condenatória para o início da execução da pena onde impede que o tribunal de origem mantenha ou mesmo decrete a prisão cautelar, presentes os pressupostos legais, vetou somente o início imediato do cumprimento da pena após o declínio da jurisdição de 2ª instância, mantendo, a possibilidade da supressão reserva de liberdade ou mesmo de aplicação de medidas cautelares diversas, por decisão fundamentada.

A partir da decisão do Supremo Tribunal Federal, surgiu grande controvérsia jurídica acerca do alcance da presunção de inocência. Para alguns, a constituição não condicionou o cumprimento da sentença ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, bastando que sua culpa tenha sido confirmada em segunda instância em ordem escrita e fundamentada emanada de autoridade competente, nos termos do que proclama o artigo 5º, inciso LXI, da CRFB.

Para outros, no entanto, o direito fundamental previsto no artigo 5º, LVII, da CRFB, sendo uma garantia do indivíduo em face de eventual abuso do estado não pode ser interpretado restritivamente, o que evidencia na necessidade de buscar tornar efetivos os direitos previstos constitucionalmente, tanto em relação à sociedade quanto ao acusado.

Nesse prisma é a doutrina de Nestor Távora e Rosimar Rodrigues Alencar, (2016, pg. 44) anotam que:"[...] O processo penal enquanto tal deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais sem perder de vista a efetividade da prestação jurisdicional". Vê-se, portanto, que estamos diante de uma situação problema, o qual deve ser cuidadosamente ponderado, uma vez que de um lado está o Estado, buscando a efetividade da persecução penal e do outro está o réu, detentor de direitos e garantias fundamentais que devem ser respeitados sob pena de violação à sua dignidade.

Afinal de contas, como assevera Aury Lopes Junior (2016, pg. 78) "O princípio da presunção de inocência está expressamente consagrado na constituição, art. 5º inciso LVII, sendo um princípio reitor do processo penal [...] podemos verificar a qualidade de um sistema processual através de seu nível de observância (eficácia). Nesse aspecto devemos questionar de quem é a responsabilidade pela efetividade dos direitos e garantias, sobretudo no que diz respeito à tutela jurisdicional dos bens jurídicos, sem olvidar, é claro, da presunção de inocência, é o que passaremos a fazer nas linhas posteriores.

Objetiva-se, a presente obra, analisar o posicionamento da Suprema Corte quanto a divergência jurisprudencial da Corte Constitucional de 1991, 2009, 2016 e 2020. Objetiva, ainda, analisar os argumentos apresentados pelo ministro relator Marcos Aurélio, nos autos do HC ADS 44,45,55 a luz da doutrina e do aparato normativo acerca do tema, constitucional e infraconstitucional acerca do tema. Desta forma, a presente pesquisa apresenta a seguinte estruturação além desta introdução, apresenta na seguinte seção a metodologia utilizada na pesquisa, bem como os objetivos desta, tanto o geral quanto os específicos.

1. DESENVOLVIMENTO

1.1 Base legal e doutrinária

No Brasil, o princípio da presunção de inocência, além de expressa previsão constitucional, artigo 5º, LVII, da CRFB/1988, inscrito no título II do texto maior, intitulado de direitos e garantias fundamentais, consistindo, portanto em núcleo intangível, ou seja, não pode ser alterado através de Emenda Constitucional, consoante dispões art. 60, § 4º, IV, da constituição, possui amparo na legislação infraconstitucional, artigo 283, do código de processo penal com redação determinada pela lei nº 12,403, de 2011**:**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 283. Ninguém pode ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou preventiva

Observe o leitor que o citado diploma descreve três tipos de prisão:

a) Prisão em flagrante delito;

b) Prisão em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado;

c) Prisão preventiva ou temporária, no curso da investigação ou do processo;

Veja que o legislador ordinário não previu cumprimento da prisão provisória após condenação por colegiado. Como pode então a Suprema Corte olvidar a anos de um dispositivo legal vigente? É necessário observar à vontade do Poder Constituinte Originário que estabeleceu proteção mais ampla.

A despeito do princípio da presunção de inocência ensina a doutrina que derivam duas regras de grande relevância ao sistema acusatório. Discorrendo sobre o tema Nestor Távora aduz o seguinte:

> Do princípio da presunção de inocência derivam duas regras fundamentais: A regra probatória, ou de juízo, segundo a qual a parte acusadora tem ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado – e não este de provar sua inocência – e a regra de tratamento, segundo a qual ninguém pode ser considerado culpado senão depois de sentença com trânsito em julgado, o que impede qualquer antecipação de juízo condenatório, ou de culpabilidade. (Távora e Alencar, 2016, pg. 45, grifo nosso).

Nesse mesmo prisma ensina a doutrina de Eugênio Pacelli:

> Afirma-se frequentemente em doutrina que o princípio da inocência, ou estado ou situação jurídica de inocência, impõe ao Poder Público a observância de duas regras específicas em relação ao acusado: uma de tratamento, segunda a qual o réu, em nenhum momento do iter persecutório, pode sofrer restrições pessoais fundadas exclusivamente na possibilidade de condenação, e outra de fundo probatório, a estabelecer que todos os ônus da prova relativa à existência do fato e à sua autoria devem recair sobre a acusação. [...] (Eugênio Pacelli, 2017, pg. 39, grifo nosso).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Perceba o leitor que a doutrina pátria interpretando o dispositivo constitucional é clara em afirmar que a execução provisória da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, Na ADS 43 44 55 se coaduna com a sistemática vigente em nosso ordenamento jurídico. Destaca-se, que o princípio da presunção de inocência dever ser interpretado de forma a se dar efetividade aos direitos e garantias fundamentais, aplicando-se o princípio da máxima efetividade, como anota Canotilho, apud Pedro lenza:

> [...] "é um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da atualidade das normas programáticas (THOMA), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais)". (J. J. G Canotilho, direito constitucional e teoria da constituição, 6, Ed, pg 227, apud, Pedro Lenza, 20, Ed, 2016, pg. 189**)**

Conclui-se, portanto, que ao se buscar a máxima efetividade de uma garantia prevista constitucionalmente não estamos apregoando o absolutismo do princípio da presunção de inocência, até porque este já cede diante da prisão preventiva, nos termos dos artigos 311 e 312 do código de processo penal, nem tão pouco apregoamos ser menos importante que as condutas violadoras de direitos humanos, a despeito dos que cometem crimes contra a vida, por exemplo, devam ser investigadas e punidas. Se houver abalo da ordem jurídica através da prática de crime, que haja investigação, e que, provada a autoria e materialidade, o réu seja condenado, passando-se à execução da pena, todavia, que tais medidas respeitem o direito de liberdade e a presunção de inocência enquanto não houver trânsito em julgado da sentença condenatória, afinal, é dever do Estado resguardar a segurança da sociedade e a presunção de inocência, ambos com respaldo constitucional.

1.2 Oscilação na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal nos anos de 1991, 2010, 2016, 2016 e 2020.

O Supremo Tribunal Federal, já na vigência da constituição de 1988, tem jurisprudência oscilante no que diz respeito ao alcance do princípio da presunção de não culpabilidade (art. 5º, inciso, LVII). Tendo enfrentado o tema pela primeira vez em 28/06/1991, nos autos do HC 68.726 (Rel. Min. Néri da Silveira), tendo aquela corte assentado entendimento de que o princípio da presunção de inocência não seria óbice ao início do cumprimento de pena após condenação em segunda instância, nos seguintes termos:

> Habeas corpus. Sentença condenatória mantida em segundo grau. Mandado de prisão do paciente. Invocação do art. 5º, inciso LVII, da Constituição. Código de Processo Penal, art. 669. A ordem de prisão,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> em decorrência de decreto de custódia preventiva, de sentença de pronúncia ou de decisão e órgão julgador de segundo grau, é de natureza processual e concernente aos interesses de garantia da aplicação da lei penal ou de execução da pena imposta, após o devido processo legal. Não conflita com o art. 5º, inciso LVII, da Constituição. De acordo com o § 2º do art. 27 da Lei nº 8.038/1990, os recursos extraordinário e especial são recebidos no efeito devolutivo. Mantida, por unanimidade, a sentença condenatória, contra a qual o réu apelara em liberdade, exauridas estão as instâncias ordinárias criminais, não sendo, assim, ilegal o mandado de prisão que órgão julgador de segundo grau determina se expeça contra o réu. Habeas corpus indeferido. (HC 68.726, Rel.Min. Néri da Silveira, Plenário, 28/06/1991).

Esse entendimento permaneceu em vigor na Suprema Corte por quase 12 (doze) anos, até que no dia 05/02/2009, quando pleno voltou a debater o tema, no julgamento do Habeas corpos 84.078/MG (Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, DJe de 26/2/2010), houve modificação no entendimento, passou o Supremo Tribunal Federal a dar interpretação no sentido de salvaguardar o princípio estabelecido no art. 5º, LVII, ou seja, firmando entendimento segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença condenatória em acórdão assim ementado:

> HABEAS CORPUS. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA "EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA". ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. Dignidade da pessoa humana. art. 1º, III, da constituição do brasil. 1. O art. 637 do CPP estabelece que "[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença". A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória". 2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei n. 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP. 3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar. 4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão. [...] 6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados --- não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subseqüentes agravos e embargos, além do que "ninguém mais será preso". Eis o que poderia ser apontado como incitação à "jurisprudência defensiva", que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF não pode ser lograda a esse preço. 7. [...]. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas. 8. Nas democracias mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade, para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual. Ordem concedida. (HC, 84.078/MG, Rel. Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, 05/02.2009).

Dia 17 de fevereiro de 2016, o plenário novamente voltou o debate, no julgamento do Habeas Corpus 126.292/SP, no entanto, mais uma vez houve modificação na jurisprudência, passando-se vigorar o entendimento assim ementado:

> EMENTA: CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado. (HC, 126.292/SP, Min. Relator, Teori Zavascki, Plenário, 17/02/2016)

Em 03.02.2020 o entendimento da suprema corte foi firmado no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, nas quais a Suprema Corte, em modificação de tese fixada em 2016, passou a considerar que deve prevalecer a presunção de inocência até o trânsito em julgado da ação penal, nos termos do artigo 283 do Código de Processo Penal e do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Nas ações submetidas ao STJ, os tribunais de origem determinavam que, após o encerramento do trâmite da ação em segunda instância, fossem expedidos os mandados de prisão para possibilitar a execução provisória da pena.

É possível perceber, fazendo análise cronológica desde o primeiro momento em que o tema foi enfrentado em 1991, até a última vez que o tema foi debatido, nas ADCs 43, 44 e 54, de Relatoria do Min. MARCO AURELIO, Plenário, em 03/04/20, no qual se modificou o entendimento firmado no HC 126.292/SP, que se passaram aproximadamente 30 anos, tendo a Suprema Corte tratado o direito previsto no art. 5º, da CRFB, como mera regra procedimental. Ementa**:**

> HABEAS CORPUS. INÍCIO DA EXECUÇÃO DA PENA. NECESSIDADE DO TRÂNSITO EM JULGADO. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO (AÇÕES DECLARATÓRIAS DE CONSTITUCIONALIDADE 43,44,45. A necessidade de trânsito em julgado da sentença condenatória para o início da execução da pena não impede que o tribunal de origem mantenha ou mesmo decrete a custódia cautelar, presentes os pressupostos legais; ou seja, vedou-se somente o início imediato e automático do cumprimento da pena após esgotamento da jurisdição de 2ª instância, mantendo-se, porém, a possibilidade da supressão cautelar de liberdade ou mesmo de aplicação de medidas cautelares diversas, por decisão fundamentada. 2. No presente caso, o Tribunal de origem não teve a oportunidade de analisar a necessidade da manutenção ou decretação de prisão preventiva ou medidas cautelares diversas após a alteração de posicionamento por esta CORTE. 3. Ordem concedida, tão somente para que o Tribunal local, observando a decisão tomada pela SUPREMA CORTE no julgamento das ADCs 43, 44 e 54, analise eventual necessidade da prisão preventiva ou aplicação de medidas cautelares diversas.
>
> Decisão

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> A Turma, por maioria, concedeu parcialmente a ordem, pra que o Tribunal local, observando a decisão tomada pela Suprema Corte no julgamento das ADC's 43, 44 e 54, analise se estão presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal ou para a fixação de medidas cautelares diversas, nos termos do voto do Ministro Alexandre de Moraes, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Relator, e Rosa Weber, Presidente, que a concediam em maior extensão. Primeira Turma, 14.04.2020.

1.3 Conflito de valores:

Existe conflito de valores entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdicional penal:

> O tema relacionado com a execução provisória de sentenças penais condenatórias envolve reflexão sobre (a) o alcance do princípio da presunção da inocência aliado à (b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intricado e complexo sistema de justiça criminal.

Sobre o argumento ventilado pelo Ministro Relator, Martins e Américo, (2016, pg. 212), dispõem: "Em que pese ser verdadeira a existência do conflito entre o princípio da presunção de inocência e da efetividade jurisdicional, não há necessidade de mitigar aquele direito fundamental". Com devido respeito, pensamos que dizer que há conflito entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da função jurisdição penal é confessar que o estado falhou em sua tarefa de efetivar os direitos previstos na constituição.

Em verdade, construiu-se pensamento segundo o qual há conflito entre o princípio da presunção de inocência e a efetividade da tutela jurisdicional penal, no entanto, deveríamos ter um Estado que ao invés de relativizar princípio constitucional a pretexto de resguardar a ordem social, fosse capaz de dar efetividade a ambos, resguardando-se a sociedade, punindo-se os criminosos, mas em respeito ao princípio da presunção de inocência, devendo o Estado possuir um aparato judicial apto a julgar recursos especial e extraordinário antes que ocorra a prescrição da pretensão punitiva.

O poder judiciário não pode, mesmo que amparado em justa convicção, que é garantir à segurança da sociedade em face da prática de crimes, mitigar um direito fundamental em detrimento de outro de igual importância. É possível a coexistência entre

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

efetividade da jurisdição penal e o princípio da presunção de inocência, como bem anota Guilherme de Souza Nucci, em sua obra intitulada Direitos humanos vs segurança pública:

> [...] o embate ideológico e político termina por evidenciar que a segurança pública parece ser inimiga dos direitos humanos e também estes não se coadunariam com o primeiro. Em primeira impressão, não se visualiza ponto de contato amoldável a tal conclusão. Somos pelo respeito aos direitos humanos, em primeiro plano, obstando abusos estatais de qualquer ordem. E cremos, enfaticamente, ser viável assegurar a ordem pública dentro desse cenário. (Guilherme de Souza Nucci, 2016, pg. 71).

Veja-se que a responsabilidade pela efetivação dos direitos é do Estado, não podemos estender o ônus da demora no processo penal ao réu, nem tão pouco à sociedade, sob pena de cometermos violações de direitos, como observa Nilo Batista, citado por Nucci: "Propensão para o crime tem é o Estado que permite a carência, a miséria, a subnutrição e a doença – em suma cria a favela e as condições sub-humanas de vida" (Punidos e mal pagos, pg. 158-159, apud Ricardo de Souza Nucci, Direitos Humanos vs Segurança Pública, 2016, pg. 71).

1.4 Possibilidade de coexistência entre efetividade da jurisdição penal, e o princípio da presunção de inocência.

O poder judiciário não pode, mesmo que amparado em justa convicção, que é garantir à segurança da sociedade em face da prática de crimes, mitigar um direito fundamental em detrimento de outro de igual importância. É possível a coexistência entre efetividade da jurisdição penal e o princípio da presunção de inocência, como bem anota Guilherme de Souza Nucci, em sua obra intitulada Direitos humanos vs segurança pública:

> [...] o embate ideológico e político termina por evidenciar que a segurança pública parece ser inimiga dos direitos humanos e também estes não se coadunariam com o primeiro. Em primeira impressão, não se visualiza ponto de contato amoldável a tal conclusão. Somos pelo respeito aos direitos humanos, em primeiro plano, obstando abusos estatais de qualquer ordem. E cremos, enfaticamente, ser viável assegurar a ordem pública dentro desse cenário. (Guilherme de Souza Nucci, 2016, pg. 71).

Veja-se que a responsabilidade pela efetivação dos direitos é do Estado, não podemos estender o ônus da demora no processo penal ao réu, nem tão pouco à sociedade, sob pena de cometermos violações de direitos, como observa Nilo Batista, citado por Nucci: "Propensão para o crime tem é o Estado que permite a carência, a miséria,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a subnutrição e a doença – em suma cria a favela e as condições sub-humanas de vida" (Punidos e mal pagos, pg. 158-159, apud Ricardo de Souza Nucci, Direitos Humanos vs Segurança Pública, 2016, pg. 71).

1.5 Aspecto terminológico da redação constitucional acerca do termo culpado

[...] a definição do que vem a se tratar como culpado depende de intermediação do legislador. Ou seja, a norma afirma que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da condenação, mas está longe de precisar o que vem a se considerar alguém culpado. O que se tem, é, por um lado, a importância de preservar o imputado contra juízos precipitados acerca de sua responsabilidade. Por outro, uma dificuldade de compatibilizar o respeito ao acusado com a progressiva demonstração de sua culpa. Disso se deflui que o espaço de conformação do legislador é lato. A cláusula não obsta que a lei regulamente os procedimentos, tratando o implicado de forma progressivamente mais gravosa, conforme a imputação evolui. Por exemplo, para impor a uma busca domiciliar, bastam 'fundadas razões' - art. 240, § 1º, do CPP. Para tornar implicado o réu, já são necessários a prova da materialidade e indícios da autoria (art. 395, III, do CPP). Para condená-lo é imperiosa a prova além de dúvida razoável. Como observado por Eduardo Espínola Filho, 'a presunção de inocência é vária, segundo os indivíduos sujeitos passivos do processo, as contingências da prova e o estado da causa'. Ou seja, é natural à presunção de não culpabilidade evoluir de acordo com o estágio do procedimento. Desde que não se atinja o núcleo fundamental, o tratamento progressivamente mais gravoso é aceitável. (...) Esgotadas as instâncias ordinárias com a condenação à pena privativa de liberdade não substituída, tem-se uma declaração, com considerável força de que o réu é culpado e a sua prisão necessária. Nesse estágio, é compatível com a presunção de não culpabilidade determinar o cumprimento das penas, ainda que pendentes recursos" (in: Marco Aurélio Mello. Ciência e Consciência, vol. 2, 2015.

CONCLUSÃO

Podemos concluir em face de todo o exposto que execução provisória da pena fere o artigo 5º, inciso LVII, da constituição federal, direito fundamental do réu, seja por conta dos tratados internacionais dos quais a República Federativa do Brasil é signatária, ainda que tenha disposição menos abrangente do que nossa constituição em relação ao estado de culpabilidade, uma vez que vedam a utilização de seus textos a fim de restringir direitos internamente positivados, seja porque o estado de inocência encontra amparo legal e doutrinário.

Vimos que o Supremo Tribunal Federal, desde a década de 1990 tem jurisprudência oscilante sobre o tema, mostrando que por vezes, as garantias fundamentais que limitam e legitimam o processo penal são consideradas como sendo simples regras

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

procedimentais, considerando-se de fácil relativização, o que é inadmissível em um Estado democrático de direito.

Analisamos alguns argumentos apresentados pelo Ministro Relator Teori Zavasck, nos autos do HC 126,292/SP, oportunidade que podemos verificar que, não obstante haja aceitação da existência de conflitos de valores entre o princípio da presunção de inocência e efetividade da jurisdição penal, chegamos ao entendimento de que, em verdade, trata-se objetivo perfeitamente possível, bastando que haja vontade política dos administradores do Estado.

Não se trata apenas de ser contra ou a favor da execução provisória da pena, trata-se de buscar fundamentar tal decisão não apenas em face da grave crise econômica e política que enfrenta nosso país, mas na técnica jurídica, o que impõe a garantia dos direitos fundamentais, o respeito ao princípio da tripartição dos poderes, não podendo (ressalvadas as hipóteses de competência atípica), qualquer dos poderes adentrar na competência típica uns dos outros.

É necessário compreender que não é esse ou aquele o culpado pela inefetividade da jurisdição penal, se há uma responsabilidade, esta deve ser atribuída ao Estado, pois é este o detentor dos meio necessários à consecução de sua finalidade que é garantir aos "[...] brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à segurança e a propriedade [...]", nos termos do artigo 5º, caput, da constituição, para que não sejam estas palavras apenas letras mortas num papel.

REFERÊNCIAS

Brasil, Constituição da República de 1998, Editora Saraiva, São Paulo: 2019

Brasil, Código de Processo Penal, Editora Saraiva. São Paulo: 2017

PACELLI, Eugênio. Curso de Processo Penal. 21ª Edição. Editora Atlas. São Paulo: 2017.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 20ª Edição. Editora Saraiva. São

Paulo: 2016.

TÁVORA, Nestor e ALENCAR, Rosmar Rodrigues. Curso de Direito Processual Penal. 11ª Edição. Editora Juspodivum. Salvador: 2016.

lOPES Jr., Aury. Direito Processual Penal. 13ª edição. Editora Saraiva. São Paulo: 2016.

Brasil, Supremo tribunal Federal. Habeas Corpus 68.726. Relator Ministro Neri da Silveira. Tribunal Pleno. Brasília, 28/061991. Disponível em http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1521108.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Brasil, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 84.078. Relator Originário Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Brasília, 05/02/2009. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2208796.

Brasil, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus 126.292. Relator Ministro Teori Zavasck. Tribunal Pleno. Brasília, 17/02/2016. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4697570.

MARTINS, Grazielle Mendes e AMÉRCO, Lucas Carvalho. A (IN) Constitucionalidade da Decisão do STF sobre a Execução Provisória da Pena. Artigo Científico apresentado ao XXV Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito (COMPENDI), realizado em Curitiba.

LIMA, Gabriel Pantaroto e BEZERRO, Eduardo Buzetti Eustachio. A Execução Provisória da Pena Privativa de Liberdade e sua Compatibilização com o Princípio da Presunção de inocência. Artigo científico apresentado à Universidade do Oeste Paulista. São Paulo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PERÍCIA MÉDICA COMO MEIO DE PROVA (IN)SUFICIENTE PARA A JUSTA AFERIÇÃO DA (IN)EXISTÊNCIA DE NEXO (CON)CAUSAL ENTRE A DOENÇA OCUPACIONAL E O TRABALHO NO ÂMBITO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR

MURILO ALVES DE OLIVEIRA: Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

VALDIVINO PASSOS SANTOS124

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho versa sobre a problemática da utilização da perícia médica na instrução probatória trabalhista como causa geradora de injustiça na aferição de nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho, no âmbito da responsabilidade civil subjetiva do empregador, quando utilizada desenfreada e isoladamente pelo órgão julgador. Dessa forma, o objeto da pesquisa é provar que a perícia médica, por si só, é insuficiente para formar o convencimento do magistrado sobre a existência ou não do nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho, devendo o juiz formar sua convicção a partir de outros meios de prova e elementos jungidos aos autos, sem ater-se exclusivamente à Teoria da Equivalência das Condições, de forma a não cercear a defesa do Reclamado. O método de abordagem teórica utilizado é o dedutivo, o método de pesquisa pauta-se na pesquisa jurídica exploratória bibliográfica e documental, e a análise de dados vale-se da técnica qualitativa, o que resulta na conclusão de que de fato há a insuficiência da perícia médica para atestar o nexo (con)causal na doença ocupacional, situação acentuada pela aplicabilidade excessiva da Teoria da Equivalência das Condições aos litígios que versam sobre a responsabilização civil do empregador.

Palavras-chave: Perícia médica; nexo (con)causal; doença ocupacional; trabalho; responsabilidade civil; relação de trabalho.

ABSTRACT: The present work deals with the problem of using expert medical report in labor evidentiary instruction as a cause of injustice in the assessment of a causal link between occupational disease and work by the judging body. Thus, the object of the research is to prove that medical expertise, by itself, is insufficient to convince the magistrate about the existence or not of the causal nexus between occupational disease and work, and the judge should form its conviction from other means of evidence and elements attached to the records, without then exclusively to the Theory of Equivalence of

124 Titulação. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

E-mail: valdivino.santos@unest.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conditions, in order not to curtail the Defendant's defense. The theoretical approach method used is the deductive one, the research method is based on exploratory legal bibliographical and documentary research, and the data analysis uses the qualitative technique, which results in the conclusion that there is in fact an insufficiency of medical expertise to attest the causal link (con) in the occupational disease, a situation accentuated by the excessive applicability of the Theory of Equivalence of Conditions to litigations that deal with the civil liability of the employer.

Keywords: Medical expertise; causal (con)nexus; occupational disease; work; civil responsability; Work relationship.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa acerca da perícia médica como meio de prova insuficiente para a justa aferição do nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho, no âmbito da responsabilidade civil do empregador, quando visualizada individualmente na instrução das lides trabalhistas, de forma a tentar afastar a incidência da aplicação desenfreada da Teoria da Equivalência das Condições.

A prova médica-pericial no âmbito do Direito do Trabalho é uma das mais usuais, por muitas vezes envolver doenças ocupacionais ou acidentes de trabalho no exercício do labor.

A modalidade vem disposta no art. 464 do Código de Processo Civil, e sobre ela, no âmbito do Direito do Trabalho é atribuído grande peso, levando-se em conta que a maioria das decisões no âmbito da Justiça do Trabalho se pautam nos laudos emitidos nas perícias médicas, em que pese muitas vezes tal laudo não tenha caráter conclusivo.

O argumento que embasa tal admissão vem sido crescentemente firmado na Teoria da Equivalência das Condições, onde "qualquer das condições é causa de todas as consequências, na medida em que eliminada uma das condições, o resultado não existiria." (AMORIM, 2012, não paginado)

Nesse sentido, os Tribunais Regionais do Trabalho têm entendido que a concausa equivale à causa principal, de forma que, por si só, é capaz de gerar a responsabilização do empregador, pois concorre para a geração da doença do empregado.

Aí entra o papel da perícia médica: atestar o chamado nexo concausal. A problemática gira em torno da interpretação e consequentemente da ponderação do laudo inconclusivo pelo Juiz ou Tribunal, que muitas vezes é entendido com base na Teoria da Equivalência das Condições e gera a responsabilidade excessiva e desordenada do Reclamado, considerando que o órgão julgador não tem conhecimentos técnicos para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

averiguação da extensão ou até mesmo existência do nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho.

Nesse contexto, o problema vislumbrado é o seguinte: a perícia médica, por si só, é capaz de fornecer elementos aptos a indicar a existência ou não de nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho, com a consequente responsabilização do empregador?

O presente trabalho se pauta na necessidade de se verificar se a prova pericial é o meio de prova idôneo suficiente, quando considerado isoladamente, para a aferição do nexo de causalidade entre a concausa e o agravamento da doença ocupacional, no âmbito da responsabilização civil do empregador caso reste evidenciado.

Sua contribuição se verifica na necessidade de se afirmar que a Teoria da Equivalência das Condições no âmbito do Direito do Trabalho não deve ser absoluta, em observância aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório que não devem limitar os direitos processuais do Reclamado no processo do trabalho.

Dessa forma, estudar a referida teoria torna-se importante para que se analise o atual contexto do processo do trabalho e verificar se, de alguma forma, há a supressão de defesa aos Reclamados, visto que vários Juízes e Tribunais têm aplicado a teoria de maneira desenfreada.

Como objetivo geral, pode-se destacar que o presente trabalho visará provar que a perícia médica, por si só, é insuficiente para formar o convencimento do magistrado sobre a existência ou não do nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho, devendo o juiz formar sua convicção a partir de outros elementos ou fatos provados nos autos, sem ater-se exclusivamente à Teoria da Equivalência das Condições, de forma a não cercear a defesa do Reclamado.

Entre os objetivos específicos, estão: (i) efetuar o estudo das concausas e das doenças ocupacionais no âmbito do Direito do Trabalho; (ii) verificar os critérios legais, doutrinários e jurisprudenciais para a caracterização do nexo (con)causal entre doença ocupacional e a atividade laborativa; (iii) analisar, com base nos elementos legais, doutrinários e jurisprudenciais, como se dá a responsabilidade do empregador caso verificado o nexo de causalidade entre as concausas preexistentes ou supervenientes e o agravamento da patologia; (iv) realizar estudo acerca da Teoria da Equivalência das Condições e sua aplicabilidade no âmbito da Justiça do Trabalho e; (v) provar que a Teoria da Equivalência das Condições não deve ser considerada absoluta, sob pena de cerceamento de defesa do Reclamado no processo trabalhista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para que tais objetivos sejam alcançados, o método de abordagem teórica a ser utilizado será o dedutivo, a fim de que se defenda pela (in)suficiência da prova pericial para o fim de subsidiar um julgamento correto pelo magistrado pela (in)existência do nexo (con)causal entre a doença e o trabalho.

O método de pesquisa a ser utilizado será o de pesquisa jurídica exploratória bibliográfica e documental, para que por meio de conceitos doutrinários, lei e jurisprudência possa-se afirmar que o magistrado deve levar em consideração também outros elementos de prova contidos nos autos, senão o laudo pericial médico, para a aferição da existência do nexo (con)causal e responsabilização do empregador.

Para a análise dos dados, aplicar-se-á a técnica qualitativa, colhendo informações sobre o nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho e a perícia médica como instrumento para sua aferição na responsabilidade civil do empregador, para que o problema seja esclarecido da melhor forma possível.

A pesquisa está estruturada em capítulos, onde o primeiro versará acerca da responsabilidade civil do empregador de acordo com o ordenamento jurídico pátrio, realizando análise pormenorizada dos dispositivos que tratam sobre o tema, sob o respaldo doutrinário.

Em seguida, no segundo capítulo, será estudado o nexo (con)causal entre a doença ocupacional e a atividade laborativa, no âmbito da Justiça Trabalhista, buscando-se analisar como se dá a aferição do referido nexo, onde será iniciada a discussão jurisprudencial.

Após, será tratada a perícia médica como meio de prova isolado insuficiente para a aferição do nexo concausal na doença ocupacional, de forma a observar a fragilidade do laudo médico pericial quando analisado isoladamente pelo magistrado, sem a observância de outros elementos de prova.

Por fim, será estudada a problemática da aplicação desenfreada da Teoria da Equivalência das Condições no reconhecimento do nexo (con)causal na doença ocupacional, onde levar-se em consideração apenas a perícia médica para a aferição do referido nexo, pautando-se nessa teoria, gera o cerceamento de defesa do Reclamado e a violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório.

2 A RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR DE ACORDO COM O ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Abordada no Título IX, Capítulo I, dos arts. 927 a 954 do Código Civil de 2002, a responsabilidade civil é o tema abordado no ramo do Direito Civil que se atém a atribuir a alguém, mediante a violação de alguma regra contratual ou jurídica, a obrigação de indenizar devido a geração de um ato lesivo. Nas palavras de Gonçalves (2021, p. 63):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O instituto da responsabilidade civil é parte integrante do direito obrigacional, pois a principal consequência de um ato ilícito é a obrigação que acarreta, para o seu autor, de reparar o dano, obrigação esta de natureza pessoal, que se resolve em perdas e danos.

No entanto, para que haja a obrigação de indenizar no âmbito da responsabilidade civil, é necessária a presença cumulativa dos chamados "pressupostos da responsabilidade civil", quais sejam: a conduta humana, o dano e o nexo de causalidade. Presentes os três, há que se falar em indenização por um ato ilícito (art. 186, CC) (BRASIL, 2002 não paginado).

A ordem civilista adotou como regra a responsabilidade civil subjetiva ao longo dos textos legais dispostos na norma, mediante a qual será necessária a comprovação de culpa *lato sensu,* ou seja, aquela advinda ou de "dolo" ou de "culpa", bastando que o agente tenha provocado o dano suscetível de indenização (DOELLE, 2019, não paginado).

A referida afirmação pode ser observada a partir da leitura dos arts. 186 e 187 do CC, na hipótese de cometimento de ato ilícito à conduta realizada por quem, mediante ação ou omissão, de forma negligente ou imprudente, venha a violar direito ou cause dano a terceiro, mesmo que meramente moral. Além disso, o artigo subsequente equipara tal consequência ao abuso de direito (BRASIL, 2002, não paginado).

No entanto, a legislação civilista também contemplou a chamada responsabilidade civil objetiva, observada na Teoria do Risco, prevista no art. 927, que diz que estará obrigado a reparar o dano, mesmo que não comprovada culpa, quem for o seu autor, quando de sua atividade resultar risco ao direito de outra pessoa (BRASIL, 2002, não paginado).

Essa modalidade de responsabilidade civil é observada também nas outras searas do direito material brasileiro (DOELLE, 2019, não paginado), inclusive no Direito do Trabalho.

Contextualizando para o ramo do direito objeto de estudo, a responsabilidade civil é verificada na relação existente entre empregador e empregado, nas situações que envolvam condutas (omissivas ou comissivas) que gerem algum tipo de prejuízo ao empregado no exercício de suas funções (MANUS, 2021, não paginado).

A responsabilidade, nesse caso, na maioria das vezes é objetiva por decisão judicial, e dependerá muito da natureza da atividade desenvolvida pelo empregador, em consonância com a Teoria do Risco, conforme se observa do seguinte julgado:

> AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO COM ÓBITO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM O USO DE MOTOCICLETA. COLISÃO COM CAMINHÃO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA AFASTADA. CONDENAÇÃO DEVIDA. Ante as razões apresentadas pela agravante, afasta-se o óbice oposto na decisão agravada. Agravo conhecido e provido. RECURSO DE REVISTA. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ACIDENTE DE TRABALHO COM ÓBITO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS COM O USO DE MOTOCICLETA. COLISÃO COM CAMINHÃO. ATIVIDADE DE RISCO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA AFASTADA. CONDENAÇÃO DEVIDA. [...] 2. Consideradas tais premissas fáticas, forçoso concluir pela aplicação da responsabilidade objetiva, pois o acidente de que foi vítima o trabalhador ocorreu no exercício da atividade desempenhada em benefício da empregadora, notadamente considerada de risco. Com efeito, o empregado que pilota motocicleta no exercício das atividades laborais está exposto a um risco maior de ser vítima de acidente de trânsito, se comparado aos demais membros da coletividade. 3 . Reconhecida, pois, a incidência da responsabilidade objetiva, cabe enfrentar a questão relativa à culpa exclusiva da vítima, que rompera, no entender do Tribunal Regional, o nexo causal, pressuposto da responsabilidade civil da empregadora. 4 . E, nesse mister, registra-se que a culpa exclusiva da vítima ocorre quando o acidente do trabalho tem como única causa à conduta do empregado, sem qualquer relação com o risco inerente às atividades laborais por ele exercidas. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, 2021, não paginado).

O que se verifica a partir do julgado supra colacionado, é que, embora em tese o motorista empregado tivesse agido ilegalmente, a responsabilidade civil da empregadora diante ao seu acidente com morte não foi afastada, por entenderem os julgadores que o referido exercia atividade de risco (MANUS, 2021, não paginado).

Segundo Manus (2021, não paginado), os julgadores assim decidiram devido ao empregador estar submetido a atividade de risco, o que gera a responsabilidade objetiva, isto é, sem que seja necessária a comprovação dos elementos da culpa (imperícia, imprudência ou negligência), bastando que esteja presente o nexo de causalidade entre a atividade e o prejuízo sofrido, a fim de que o empregador seja obrigado a reparar o dano.

Sob a esfera do acidente de trabalho, a doutrina e a jurisprudência divergem sobre a natureza da responsabilidade civil, se objetiva ou se subjetiva. O que tem ocorrido é que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tem sido adotada a objetiva com relação à indenização paga pelo Seguro Acidente do Trabalho (SAT), e a subjetiva quando o intuito do trabalhador é a reparação do dano sofrido em virtude de acidente de trabalho contra o empregador, na justiça comum (CAIRO JÚNIOR, 2014; SILVA, 2014 *apud* MARINHO, 2020, não paginado).

Passando para a análise sob o contexto da doença ocupacional, objeto principal do estudo *in casu,* a jurisprudência tem caminhado no sentido de se reconhecer a responsabilidade civil subjetiva do empregador, ou seja, levando-se em consideração além da comprovação da conduta, do nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho, e do dano efetivo, a comprovação de culpa. Nesse contexto, junta-se jurisprudência recente:

> AGRAVO. RECURSO DE REVISTA. ACÓRDÃO PUBLICADO NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.467/2017. ASSALTOS. MOTORISTA DE ÔNIBUS. DOENÇA PSIQUIÁTRICA INCAPACITANTE. NEXO CONCAUSAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. TRANSCENDÊNCIA POLÍTICA. Agravo a que se dá provimento para examinar o recurso de revista. Agravo provido. [...] O Regional concluiu pela ausência de nexo causal entre a doença psiquiátrica da reclamante e a atividade desempenhada na reclamada (motorista de ônibus), em que pese o laudo pericial, transcrito no acórdão recorrido, dê conta da existência de elementos que apontem para a concausalidade entre o agravamento do distúrbio psiquiátrico da reclamante e o relato da ocorrência de ações violentas (assaltos) no curso da relação laboral. A tais elementos se somam a constatação da classificação previdenciária do benefício concedido à trabalhadora (código B-91 - auxílio doença acidentário) e a existência de nexo técnico-epidemiológico entre a função exercida, fatores ambientais do trabalho (episódios de violência) e a doença psiquiátrica desenvolvida pela trabalhadora. Nessas circunstâncias, a conclusão do Regional acerca da ausência de responsabilidade civil do empregador, por ausência de nexo causal entre a doença da trabalhadora e o ambiente de trabalho, ofende diretamente o comando insculpido no art. 21, I, da Lei nº 8.213/1991, na medida em que, estabelecidas as premissas fáticas para o alcance do liame concausal entre a doença psiquiátrica da reclamante e o trabalho desempenhado na reclamada, bem como emergindo a presunção de culpa patronal a partir da constatação do nexo técnico-epidemiológico, surge como consequência a responsabilidade civil do empregador pelo agravamento dos distúrbios psiquiátricos da reclamante e a consequente perda de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> sua capacidade laboral. Recurso de revista conhecido e provido (BRASIL, 2021, não paginado).

A problemática da abordagem em tela é que os Tribunais, ao apreciarem demandas dessa natureza, em que pese a responsabilidade do empregador seja, em regra, subjetiva, reconhecem sua responsabilização com base na Teoria da Equivalência das Condições, equivalendo à principal a concausa, no caso, a atividade laborativa.

É sedimentada a aplicação da referida teoria no âmbito do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª região, na medida em que os ministros pugnam por sua aplicação, considerando o valor dessa equivalente ao da causa principal, de forma a concorrer para o adoecimento do empregado. O entendimento também se estende a parte dos demais Tribunais Regionais do Trabalho de todo o país. Veja-se jurisprudência que ilustra a narração *retro:*

> INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DOENÇA RELACIONADA AO TRABALHO. CONCAUSALIDADE. O fato da doença que acometeu a trabalhadora ser fundada em mais de uma causa, não afasta a sua caracterização como patologia ocupacional, se ao menos uma delas tiver relação direta com o trabalho para sua eclosão ou agravamento (art. 21, I, da Lei n. 8.213/91). Para a verificação da concausa, aplica-se a teoria da equivalência das condições, segundo a qual se considera causa, com valoração equivalente, tudo o que concorre para o adoecimento. No caso dos autos, demonstrada a realização de atividades laborais, pela reclamante, que contribuíram diretamente para o agravamento da doença diagnosticada, fica caracterizada a concausa, a justificar a responsabilização civil do réu pelos danos decorrentes (BRASIL, 2020, não paginado).

Esse quadro tem resultado no acúmulo de decisões no sentido de responsabilizar o empregador mesmo que a doença ocupacional tenha sido gerada por outras causas efetivamente mais diretas, circunstância na qual a perícia médica tem especial relevância e, conforme se verá, ao contrário do que se pensa, é insuficiente para a justa aferição da responsabilidade civil do empregador.

3 NEXO (CON)CAUSAL ENTRE A DOENÇA OCUPACIONAL E A ATIVIDADE LABORATIVA

O nexo causal é considerado, no estudo da responsabilidade civil, como o liame entre a conduta do agente e o resultado (dano). Ou seja, é o elemento necessário para que haja a responsabilização de um indivíduo pela produção de um dano, seja ela objetiva ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

subjetiva, de forma que, sem a conduta do agente, tal resultado jamais seria constatado (PONTES, 2018, não paginado).

Enquanto no nexo causal há uma relação direta entre a conduta e o efetivo dano, no nexo (con)causal há a contribuição indireta de uma conduta para o evento danoso, de forma que essa se configurava como condição agravadora ou aceleradora do resultado (GOMES et al., BORDIN, 2013, não paginado).

De forma a sintetizar o que são as chamadas concausas, portanto, são consideradas "[...] aquelas ocorridas quando as doenças ocupacionais são provenientes de mais de uma causa. Assim, pode ocorrer quando reunido mais de um fator, relacionado ao exercício do trabalho e outras causas extralaborais." (SILVA; DIAS, 2017, p. 35)

No âmbito do Direito do Trabalho, muito tem se falado acerca do nexo (con)causal entre a doença ocupacional e a atividade laborativa, o que vem sendo palco para discussão acerca da responsabilização do empregador. No entanto, para a verificação da concausalidade, é imprescindível que se faça a análise conjunta de alguns critérios.

Para que se possa cogitar sua caracterização, é necessária a observância do grupo etário, do histórico profissional do empregado antes da contratação, a probabilidade do desenvolvimento ou a própria existência de doenças degenerativas preexistentes, estilo de vida, hábitos, se é ou não dependente químico, dentre outros fatores. Ao se levantar tais informações, passar-se-á a aliá-los com a história clínica e ocupacional durante a vigência do contrato (GOMES et al., 2013, não paginado).

Quanto ao local de trabalho, esse também deve ser avaliado, com o intuito de coletar dados epidemiológicos à época do surgimento da patologia, bem como analisar os riscos aos quais os empregados estão submetidos, de natureza física, química, biológica e mecânica. Ao final da análise, ainda restará saber se, de alguma forma, o empregado concorreu culposamente para a geração do evento danoso (GOMES et al., 2013, não paginado).

Importante salientar que a doença ocupacional se equipara ao acidente de trabalho para a Justiça do Trabalho, em analogia ao disposto na Lei n. 8.213/91, desde que as condições ofertadas no trabalho sejam suficientes para agravar ou antecipar a patologia, ou seja, sob a condição de que haja a comprovação de que as atividades executadas no labor tenham contribuído para a geração da doença ocupacional (GURFINKEL, 2018, não paginado).

O que tem sido verificado é o crescente número de decisões na Justiça do Trabalho que condenam o empregador ao pagamento de indenização sustentando haver a chamada concausa, embora muitas vezes seja mínima a contribuição do trabalho para a geração da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

doença ocupacional, o que acaba representando um desafio tanto para os médicos peritos ao realizarem as perícias médicas para a constatação do nexo (con)causal, quanto para os Juízes e Tribunais ao resolverem o mérito com base nessa prova (GURFINKEL, 2018, não paginado).

Ilustrando a situação retro, observe-se a seguinte jurisprudência:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DOENÇA OCUPACIONAL. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. Segundo o Tribunal de origem, evidenciou a existência de nexo concausal entre a moléstia e o trabalho, bem como a ausência de adoção pela empregadora de medidas preventivas cabíveis e aptas a afastar os riscos inerentes ao labor. Assim, diante desse contexto fático e probatório insuscetível de reapreciação nessa instância extraordinária, e que atestou a existência de nexo concausal entre a doença e o trabalho por culpa patronal, e dano decorrente do próprio fato, não há cogitar em violação dos dispositivos legais indicados. Incidência da Súmula nº 126 do TST. Agravo de instrumento conhecido e não provido (BRASIL, 2020, não paginado).

Neste ínterim, a verificação do chamado nexo (con)causal fica, na grande maioria das vezes, à cargo da perícia médica, que tem especial carga probatória nas lides trabalhistas, o que evidencia um problema, seja por sua insuficiência, seja pela emissão de pareceres inconclusivos, devido aos poucos elementos probatórios ou porque a medicina não é uma ciência exata (DE MELO, 2018, não paginado), o que acarreta no desenfreado número de condenações em face dos empregadores, de forma exorbitante e injusta, eis que verificado "pouco rigor técnico-científico pericial na complexa determinação e, principalmente, na comprovação justificada do nexo de concausa no âmbito trabalhista." (GURFINKEL, 2018, não paginado)

4 A PRODUÇÃO DE PROVA PERICIAL NOS PROCESSOS QUE ENVOLVEM DOENÇA OCUPACIONAL

4.1 A PERÍCIA MÉDICA COMO MEIO DE PROVA ISOLADO INSUFICIENTE PARA A AFERIÇÃO DO NEXO CONCAUSAL NA DOENÇA OCUPACIONAL

A perícia médica, como dito alhures, é muito usual na esfera do processo trabalhista, e vem sido abundantemente usada para verificar a existência de nexo concausal entre a doença ocupacional e o trabalho (DE MELO, 2018, não paginado).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao submeter um caso à apreciação de um perito médico, esse deverá levar em consideração o teor da Resolução do Conselho Federal de Medicina 1.488/98, que elenca quais fatores deverão ser considerados para uma justa aferição do nexo concausal, dentre os quais

> o histórico clínico-ocupacional do trabalhador, o exame do local e a organização do trabalho, a identificação de riscos físicos, químicos, biológicos, mecânicos e estressantes, o depoimento e a experiência dos demais trabalhadores em condições semelhantes e a literatura atualizada sobre o assunto (BRASIL, 1998 *apud* DE MELO, 2018, não paginado).

Nessa perspectiva, a problemática que tem sido apurada é a inidoneidade da perícia médica como instrumento para, por si só, atestar o nexo concausal entre a doença ocupacional e o labor, tendo em vista que os laudos emitidos muitas vezes não são conclusivos, permitindo à inconclusão exata sobre a origem da doença (DE MELO, 2018, não paginado).

Sobre o tema, de Melo (2018, não paginado) dispõe sobre a inconclusão de grande parte dos pareceres emitidos nas perícias médicas, pois as próprias provas, nesse caso, são inconclusivas com relação à origem da patologia, o que torna a conclusão pelo nexo concausal imprecisa e duvidosa.

Diante a esses casos, deverá o Juiz, valendo-se do sistema do livre convencimento motivado, aliar esse meio de prova aos demais constantes da demanda trabalhista, a fim de analisar o contexto e concluir se há ou não o nexo (con)causal, isto é, se há ou não o dever de reparar o dano pelo empregado e efetivar uma justa prestação jurisdicional.

Para que isso seja possível, a análise das provas não deve ser realizada de maneira mecânica e dotada de frieza tal como é em um instrumento de precisão. É imprescindível, todavia, que o julgador dote de racionalidade e interprete os elementos dos autos conjuntamente, sem deixar de se ater ao que geralmente acontece em casos similares, a fim de formar o seu convencimento, de forma justa e equilibrada (DE OLIVEIRA, 2006, p. 132 *apud* DE MELO, 2018, não paginado).

A necessidade de uma verificação minuciosa sobre a real causa da doença ocupacional torna-se acentuada ao observar o progressivo número de doenças degenerativas que tem acometido a população brasileira nos últimos anos, principalmente as do sistema osteomuscular (PANTALEÃO, 2020, não paginado).

> Apenas para ilustrar, quando se trata de enfermidades da coluna vertebral (CID-10 mais comum o grupo entre M40 e M54), a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> estimativa recente de acometimento e de fatores de risco é o seguinte (BERNAL, 2017):
>
> RESULTADOS: 18,5% da população brasileira referiram dor crônica na coluna, sendo 15,5% em homens e 21,1% em mulheres. As características que se mantiveram associadas após o ajuste e estatisticamente significativas em homens foram: aumento com a faixa etária, sendo maior entre aqueles com 65 anos ou mais; baixa escolaridade; morar em área rural; histórico de tabagismo, consumo elevado de sal, aumento do tempo de prática de atividade física pesada no trabalho e atividade pesada no domicílio; ter sobrepeso ou obesidade; diagnóstico de hipertensão, colesterol elevado e pior avaliação do estado de saúde. Entre mulheres: aumento com a faixa etária, sendo maior entre as mulheres com 55-64 anos; menor escolaridade; histórico de tabagismo, consumo de doces regularmente, consumo elevado de sal, atividade e aumento do tempo de prática de atividade física pesada no trabalho e atividade pesada no domicílio; ter sobrepeso ou obesidade; diagnóstico de hipertensão, colesterol elevado; e piora da avaliação do estado de saúde (BERNAL, 2017, p. 51 *apud* PANTALEÃO, 2020, não paginado).

À vista disso, ao se verificar a presença de doença multifatorial, ou seja, incerta a causa principal que levou ao seu surgimento, portanto impossível desvincular as diversas causas entre si, deverá haver cuidado redobrado pelo médico perito para que não alie essa ao desenvolvimento da atividade laboral (PANTALEÃO, 2020, não paginado).

> Claro está que trata-se de um conjunto de enfermidades, de cunho degenerativo e com componente genético já identificado de maior predisposição que levam a doenças crônicas na coluna, com frequência incapacitantes para o trabalho; portanto sendo uma doença multifatorial com características degenerativas, a priori não estariam enquadradas como doenças relacionadas ao trabalho (PANTALEÃO, 2020, não paginado).

De todo modo, a perícia médica a ser realizada nesses casos não pode ser superficial, porquanto indispensável a vistoria do local de trabalho, com o cunho de atestar sob quais condições o empregado tem trabalhado, se há peso excessivo ou movimentação de tronco ou pescoço constante, altura dos móveis onde desenvolvidos o labor, jornada trabalhada, equipamentos inadequados, utilização de EPI's e EPC's, dentre outros (PANTALEÃO, 2020, não paginado).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No julgado a seguir, embora tenha havido a constatação de doença multifatorial, o empregador foi responsabilizado por acreditar o Julgador, com base no laudo pericial, que o trabalho ajudou de certa forma a agravar a situação, sendo, dessa forma, evidenciado o chamado nexo concausal na responsabilidade subjetiva:

> AGRAVO EM RECURSO DE REVISTA COM AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI Nº 13.015/2014. CPC/1973. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. [...] RESPONSABILIDADE CIVIL DO EMPREGADOR. DANOS MORAIS CAUSADOS AO EMPREGADO. CARACTERIZAÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. DOENÇA OCUPACIONAL. A responsabilidade civil do empregador pela reparação decorrente de danos morais causados ao empregado pressupõe a existência de três requisitos, quais sejam: a conduta (culposa, em regra), o dano propriamente dito (violação aos atributos da personalidade) e o nexo causal entre esses dois elementos. [...] No caso, o quadro fático registrado pelo Tribunal Regional revela que o "perito afirmou que as alterações encontradas na coluna do autor são multicausais, concluindo, com segurança, que a atividade desenvolvida em favor da ré é uma das causas do agravamento da doença, configurando o nexo causal positivo entre a enfermidade e a atividade laborativa, por concausa" , "há redução da capacidade laborativa estimada em 30% , conforme tabela de discapacidade de Vanrell" , o "caso em análise é justamente de mesopatia, ou seja, de nexo causal não presumido, pois não se trata de doença cuja ocorrência verifica-se nesta ou naquela determinada profissão" , "os atestados de saúde ocupacional [...] informam a ocorrência de atividade ergonomicamente prejudicial ao empregado" , ao "exame físico o sr. perito médico constatou limitação da flexão de coluna lombar, inclinação lateral e rotação à esquerda limitadas por dor [. .]. O expert classificou a redução da capacidade laborativa do Reclamante como parcial, permanente e multiprofissional". Ademais, o acórdão regional consignou que há" culpa da Reclamada em razão da negligência, evidenciada pela falta de prevenção e pelo tratamento inadequado que não evitou o surgimento da doença do Reclamante. A doença foi ocasionada em função essencial ao desenvolvimento da atividade econômica da Reclamada. De outro giro, não houve prova de incapacidade laboral ou males de coluna em período anterior ao contrato com a Reclamada. Há, portanto, nexo causal entre doença e trabalho". Evidenciado o dano, assim como a conduta culposa do empregador e o nexo causal entre ambos, deve ser mantido o acórdão regional que condenou a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> reclamada a indenizá-lo. [...] Agravo conhecido e não provido (BRASIL, 2019b, não paginado).

Valendo-se da equiparação entre o acidente de trabalho e a doença ocupacional nesses casos, destaca-se que o maior sustentáculo para os veredictos judiciais sobre os casos de indenização quando verificada o nexo concausal na doença ocupacional é, de fato, a perícia médica. Observa-se a afirmação esposada na seguinte jurisprudência:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. 1. PRESCRIÇÃO. DOENÇA OCUPACIONAL. TERMO INICIAL. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DA LESÃO. [...] 2. DOENÇA OCUPACIONAL. INCAPACIDADE LABORATIVA. O Tribunal Regional, com fundamento no laudo pericial produzido, assentou que as moléstias apresentadas pelo reclamante no ombro guardaram nexo concausal com as atividades desenvolvidas na reclamada, moléstias essas que o incapacitaram de forma parcial e permanente e o impediram de exercer as funções anteriormente desempenhadas na reclamada, razão pela qual aquela Corte manteve a responsabilidade da parte ré pelos danos culposamente causados. [...] Agravo de instrumento conhecido e não provido (BRASIL, 2021, não paginado).

A problemática verificada, portanto, é a valoração da perícia médica como sendo absoluta no arcabouço probatório trabalhista, embora muitas vezes o laudo emitido não seja conclusivo para atestar o nexo concausal, o que leva muitas vezes à condenação desarrazoada do empregador, ante à imputação de dano oriundo de sua responsabilidade subjetiva.

Por esse motivo, é notória a importância de uma perícia médica realizada adequadamente, conforme sustentam Monteiro e Bertagni (2019, p. 194 *apud* RABELO, 2020, p. 49), que equiparam sua relevância ao processo acidentário à relevância verificada na confissão para o processo penal. Segundo os autores, "ela é indispensável não só à confirmação do nexo com o trabalho, mas sobretudo quanto à constatação ou não da incapacidade laborativa e seu grau." (MONTEIRO; BERTAGNI, 2019, p. 194 *apud* RABELO, 2020, p. 49).

Diante ao exposto, há de se considerar, nessa conjectura, que uma possível solução seria, conforme dito anteriormente, a análise também de outros meios de prova como a prova testemunhal ou até mesmo a contestação do laudo pericial, a fim de corroborar a perícia médica outrora realizada (RABELO, 2020, p. 50), resultando em maior segurança jurídica no âmbito da responsabilidade civil subjetiva do empregador, evitando-se, conforme se verá, responsabilidade excessiva e descabida desse.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4.2 A PROBLEMÁTICA DA APLICAÇÃO DESENFREADA DA TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES NO RECONHECIMENTO DO NEXO CONCAUSAL NA DOENÇA OCUPACIONAL

O aludido cenário tem sido ainda mais agravado pela aplicação desenfreada da Teoria da *conditio sine qua non* ou equivalência das condições, criada pelo autor penalista alemão Maximiliano von Buri, segundo a qual a concausa equivale à causa principal (AMORIM, 2012, p. 3).

Nesse raciocínio, Amorim (2012, p. 3) ensina que para a referida Teoria, todas as condições que de alguma forma geraram um dano têm o mesmo valor. Isto é, torna-se impossível que apenas uma seja a que resultou no prejuízo. Caso uma delas fosse eliminada, o dano não poderia existir.

Nos processos trabalhistas, a equivalência das condições tem sido aplicada com o intuito de igualar o valor da concausa ao da causa principal, sem que seja estabelecida qualquer distinção entre a causa principal e eventual concausa:

> Importante destacar que, embora as decisões garantam ao trabalhador o direito a reparação pelas concausas, sejam elas preexistentes, concomitantes ou supervenientes, na maioria dos casos o inteiro teor da decisão não faz qualquer distinção, apenas cita a causa concorrente como condição equivalente para o acidente ou doença do trabalho (NAZÁRIO, 2010, p. 78).

A aplicação da referida teoria já está sedimentada em parte dos Tribunais Regionais do Trabalho do país, que consideram que a concausa detém o mesmo valor que causa principal, de forma a concorrer para o adoecimento do empregado. Veja-se jurisprudência do TRT da 3ª região que ilustra a narração *retro:*

> INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. DOENÇA RELACIONADA AO TRABALHO. CONCAUSALIDADE. O fato da doença que acometeu a trabalhadora ser fundada em mais de uma causa, não afasta a sua caracterização como patologia ocupacional, se ao menos uma delas tiver relação direta com o trabalho para sua eclosão ou agravamento (art. 21, I, da Lei n. 8.213/91). Para a verificação da concausa, aplica-se a teoria da equivalência das condições, segundo a qual se considera causa, com valoração equivalente, tudo o que concorre para o adoecimento. No caso dos autos, demonstrada a realização de atividades laborais, pela reclamante, que contribuíram diretamente para o agravamento da doença diagnosticada, fica caracterizada a concausa, a justificar a responsabilização civil do réu pelos danos decorrentes (BRASIL, 2019a, não paginado).

O entendimento supramencionado se estende também perante o TRT da 12ª região:

> DOENÇA OCUPACIONAL. NEXO CONCAUSAL. TEORIA DA EQUIVALÊNCIA DAS CONDIÇÕES. Ainda que a doença seja derivada de múltiplos fatores não deixa de ser enquadrada como patologia ocupacional se o exercício da atividade laborativa houver contribuído direta, embora não decisivamente, para o seu surgimento ou exacerbamento, nos termos do art. 21, I, da Lei nº 8.213/91. Aplica-se, para a verificação da concausa, a teoria da equivalência das condições, segundo a qual se considera causa, com valoração equivalente, tudo o que concorre para o adoecimento (BRASIL, 2020, não paginado).

A teoria abordada até aqui é considerada pelos estudiosos como extremista, considerando que se leva em consideração toda uma cadeia de "causas" na produção de um evento danoso, tendo pouca utilidade no que diz respeito aos ramos do Direito Privado no ordenamento jurídico brasileiro (RABELO, 2020, p. 30-31).

Nas palavras de Sérgio Cavalieri Filho (2019, p. 66 *apud* RABELO, 2020, p. 30-31), a teoria não distingue a causa e condição; se várias condições concorreram para a produção de um resultado, não há qualquer diferença entre elas quanto à participação, dotando do mesmo valor, em que pese uma delas tenha sido, na prática, mais eficaz.

Na prática, a aplicação da referida teoria acaba cerceando o âmbito da defesa do empregador nas reclamações trabalhistas, pois o Juiz, valendo-se dos laudos periciais muitas vezes inconclusivos, sustenta a existência de nexo (con)causal com a doença ocupacional, atribuindo, consequentemente, a culpa ao empregador, tendo em vista que, embora o trabalho não tenha sido a causa direta para o surgimento da patologia, pode ser que tenha agravado ou antecipado seus efeitos.

Provar o contrário, na maioria das vezes, torna-se oneroso e exaustivo ao empregador após a juntada de laudo pericial, o que exige análise pelo Juiz das provas produzidas nos autos de maneira integrada, e relativizando o valor da prova pericial médica, devido à sua falibilidade, consoante tudo o que foi explanado.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo é que o trabalhador é a parte hipossuficiente da relação de trabalho, cuja tutela é nítida pelo Direito Trabalhista. As normas e princípios atinentes à matéria foram construídos pautados no princípio da proteção do trabalhador.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A presente pesquisa ofereceu resposta à problemática evidenciada, qual seja, que de fato a perícia médica é insuficiente para atestar o nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho, diante à emissão de laudos inconclusivos e porque a medicina não é uma ciência exata.

Observou-se que para que uma perícia médica seja hábil para atestar o chamado nexo concausal, deve ser dotada de procedimento específicos que envolvem desde a análise do paciente, ora empregado, até o estudo do local de trabalho, a fim de constatar se de fato o trabalho funcionou como concausa para o surgimento da patologia, ou seja, se de alguma forma contribuiu, agravou ou antecipou seus efeitos.

Nessa perspectiva, nasce a necessidade de um procedimento pericial dotado de maior técnica e cautela, a fim de verificar se há ou não o discutido nexo (con)causal entre a doença ocupacional e a atividade desempenhada pelo empregado, mediante o uso de critérios mais específicos.

Por derradeiro, em que pese ainda sejam empregadas tais técnicas, a perícia médica é altamente suscetível de erros, mormente quando emitido laudo inconclusivo, ocasião em que caberá ao juiz analisar todos os meios de prova utilizados, a fim de realizar uma análise integrada de seus elementos, buscando-se, por consequência, um julgamento mais justo no âmbito da reparação civil pelo empregador.

Foi constatado também que a aplicação desenfreada da Teoria da Equivalência das Condições constitui um óbice para uma justa prestação jurisdicional nos litígios trabalhistas que envolvem a responsabilização civil subjetiva do empregador com base no nexo (con)causal aferido por perícia médica, o que demanda análise pormenorizada do Julgador no caso concreto para decidir se cabível ou não a reparação civil.

A hipótese levantada, qual seja, a de que a perícia médica pode ser insuficiente para formar o convencimento do juiz sobre a existência de nexo (con)causal entre a doença ocupacional e o trabalho, foi confirmada.

Indiscutivelmente, ao empregador cabe o dever de propiciar adequado local de trabalho aos seus empregados, a fim de se evitar a geração de acidentes bem como prejuízos a longo prazo, como é o caso das doenças ocupacionais, porque, caso ocorra os referidos infortúnios, poderá ser responsabilizado civilmente na medida de sua culpa.

No entanto, caso mesmo assim ocorra a geração de uma doença ao empregado, em sede de reclamação trabalhista o empregador, parte reclamada, não deve ter seus direitos suprimidos, devendo o Juiz viabilizar todos as garantias para o exercício do contraditório, o que não é constatado quando da valoração absoluta do laudo pericial médico, com base na aplicação da Teoria da Equivalência das Condições.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diante ao que foi analisado até aqui, conclui-se que de fato a perícia médica tem notória influência na decisão do Julgador, que por não ter conhecimentos técnicos acerca da Medicina, vinculam-se demasiadamente aos laudos médicos, esses altamente suscetíveis de falha quanto suas conclusões, o que demanda, como dito anteriormente, análise dos demais elementos probatórios produzidos, tais como a prova testemunhal, dentre outros.

Além do mais, restou evidenciado que a Teoria da Equivalência das Condições deve ser relativizada para que não haja acúmulo de decisões no sentido de condenar os empregadores ao pagamento de indenização indevidamente, pois para a referida, a concausa equivale à causa principal.

Os objetivos gerais e específicos foram plenamente alcançados no presente artigo científico, considerando que se buscou provar a referida insuficiência da prova pericial médica, bem como sua fragilidade no tocante à aferição do nexo (con)causal na doença ocupacional, efetuando o estudo das concausas e das doenças ocupacionais no âmbito do Direito do Trabalho, verificando os critérios legais, doutrinários e jurisprudenciais para a caracterização do nexo (con)causal entre doença ocupacional e a atividade laborativa, bem como analisando-se como se configura a responsabilização civil do empregador nesses casos, além de realizar estudo acerca da Teoria da Equivalência das Condições e sua aplicabilidade no âmbito da Justiça do Trabalho.

O assunto em tela é deveras de grande valia, pois permite que se direcione à atenção ao outro lado do litígio trabalhista, agora sob o viés dos direitos do empregador, realizando-se um aparato geral sobre a sua responsabilidade civil em casos de concausa com a doença ocupacional.

REFERÊNCIAS

AMORIM, Verônica Vieira. As teorias da causalidade no direito brasileiro comparadas com o common law. **Publica Direito**, [*s. l.*], 2012. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=539fd53b59e3bb12#:~:text=Qualquer%20das%20condi%C3%A7%C3%B5es%20%C3%A9%20causa,condi%C3%A7%C3%B5es%2C%20o%20resultado%20n%C3%A3o%20existiria.&text=A%20Teoria%20da%20Equival%C3%AAncia%20das,ad%20infinito%2C%20engendrando%20muitas%20cr%C3%ADticas. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília/DF, 10 jan. 2002. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista 0010832-80.2014.5.03.0103.** Relator: Convocado Jesse Claudio Franco de Alencar. Belo Horizonte/MG, 2019a, Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: https://trt-3.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754898192/recurso-ordinario-trabalhista-ro-108328020145030103-0010832-8020145030103. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região. **Recurso Ordinário Trabalhista 00009604420185120008.** Relatora: Ligia Maria Teixeira Gouveia. Santa Catarina, 15/09/2020; Órgão Julgador: Quinta Câmara. Disponível em: https://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/928151542/recurso-ordinario-trabalhista-ro-9604420185120008-sc. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de instrumento no recurso de revista 10013298120175020445.** Relator: Breno Medeiros. Jusbrasil, Brasília/DF, DEJT 28/05/2021. Órgão Julgador: Quinta Turma. Disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1220081688/ag-10013298120175020445. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de instrumento no recurso de revista 101268720175030040.** Relator: Dora Maria da Costa. Jusbrasil, Brasília/DF, DEJT 01/06/2020. Órgão Julgador: Oitava Turma. Disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/853943147/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-101268720175030040. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de instrumento no recurso de revista 109128820185150032.** Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Brasília/DF, DEJT 15/10/2021. Órgão Julgador: Oitava Turma. Disponível em: https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/49f5a4b75d6d71e5562b1d6ffe3e5823. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Agravo de instrumento no recurso de revista 5496520115090093.** Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão. Jusbrasil, Brasília/DF, DEJT 2019b. Órgão Julgador: Sétima Turma. Disponível em: https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/786776699/ag-arr-5496520115090093?ref=serp. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de revista 10051720145030080.** Relator: Hugo Carlos Scheuermann. Jusbrasil, Brasília/DF, DEJT 28/04/2021. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em:

https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1212624394/recurso-de-revista-rr-10051720145030080/inteiro-teor-1212624488. Acesso em: 18 out. 2021.

DE MELO, Raimundo Simão. **Nexo causal ou concausal entre a doença e o trabalho. Conjur**, [*s. l.],* 7 dez. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-dez-07/reflexoes-trabalhistas-nexo-causal-ou-concausal-entre-doenca-trabalho. Acesso em: 18 out. 2021.

DOELLE, Caroline. **A responsabilidade civil no direito brasileiro**. [*S. l.*], 22 jul. 2019. Disponível em: https://www.aurum.com.br/blog/responsabilidade-civil/. Acesso em: 18 out. 2021.

GOMES, L. A. G *et al*. **A CONCAUSA E AS DOENÇAS DO TRABALHO**. [*S. l.*], 13 dez. 2013. Disponível em: http://gcb.adv.br/a-concausa-e-as-doencas-do-trabalho/. Acesso em: 18 out. 2021.

GONÇALVES, C. R. **Responsabilidade Civil.** 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book. Disponível em: https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/epub/752860?title=Responsabilidade%20civil. Acesso em: 18 out. 2021.

GURFINKEL, Valter. **A concausa nas perícias médicas trabalhistas**. [*S. l.*], 5 jul. 2018. Disponível em: https://www.medicosperitos.com.br/artigos/41/A-concausa-nas-pericias-medicas-trabalhistas. Acesso em: 18 out. 2021.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **A responsabilidade civil do empregador**. **Conjur**, [*s. l.*], 2021. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-jun-25/reflexoes-trabalhistas-responsabilidade-civil-empregador#author Acesso em: 18 out. 2021.

MARINHO, Dayvison das Neves. Acidentes de Trabalho: A Responsabilidade Civil do Empregador em Atividade de Risco. **Âmbito Jurídico**, [*s. l.*], 1 nov. 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-do-trabalho/acidentes-de-trabalho-a-responsabilidade-civil-do-empregador-em-atividade-de-risco/#:~:text=O%20entendimento%20jurisprudencial%20predominante%20atualmente,trabalho%20em%20face%20do%20empregador%2C. Acesso em: 18 out. 2021.

NAZÁRIO, LIZIANE GOMES. **Acidente do trabalho por concausa: responsabilidade concorrente entre empregador e empregado**. Monografia (Pós-graduação em Direito do Trabalho) - UNIVERSIDADE DO EXTREMO SUL CATARINENSE – UNESC, Criciúma, 2010. Disponível em: http://repositorio.unesc.net/bitstream/1/924/1/Liziane%20Gomes%20Naz%C3%A1rio.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

PANTALEÃO, A. L. P. **Nexo concausal em doenças relacionadas ao trabalho na prática pericial. Jusbrasil**, [*s. l.*], 2020. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/336179/nexo-concausal-em-doencas-relacionadas-ao-trabalho-na-pratica-pericial. Acesso em: 18 out. 2021.

PONTES, Sérgio. **O Nexo de Causalidade**. **Jusbrasil,** [*s. l.*], 2018. Disponível em: https://sergiopontes.jusbrasil.com.br/artigos/608749366/o-nexo-de-causalidade. Acesso em: 18 out. 2021.

RABELO, Guilherme Montrezor. **Nexo causal ou concausal na doença ocupacional como pressuposto da responsabilidade civil do empregador**. Monografia (Direito) - UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA, Tubarão, 2020. Disponível em: https://repositorio.animaeducacao.com.br/bitstream/ANIMA/15493/1/Monografia%20-%20Guilherme%20Montrezor%20Rabelo.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

SILVA, Mateus Henrique; DIAS, Fernando Ramos Bernardes. A Doença ocupacional e a Responsabilidade Civil do Empregador. **Revista Rumos da Pesquisa em Ciências Empresariais, Ciências do Estado e da Tecnologia**, Patrocínio, 2017. Disponível em: https://www.unicerp.edu.br/revistas/rumos/2017-v2/ART-03-RUMOS-2017-2.pdf. Acesso em: 18 out. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PROCEDIMENTOS PROCESSUAIS NO PROCESSO DO TRABALHO E A LIQUIDAÇÃO DOS PEDIDOS NA PETIÇÃO INICIAL

AGNI MIRANDA FERREIRA: Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Universitário Una

BRAINNER FELICIANO DA MATTA[125]

(coautor)

RESUMO: O presente estudo visa a análise dos procedimentos processuais no processo do trabalho e sua relação com a liquidação do valor dos pedidos na petição inicial, exigida após a Reforma Trabalhista - Lei 13.467/17. A pesquisa realizou-se por meio de um estudo doutrinário, bibliográfico e jurisprudencial, sendo constatado que o processo do trabalho possui três principais procedimentos processuais, quais sejam, sumário, sumaríssimo e ordinário, cuja forma de classificação é o valor determinado para a causa. O valor da causa corresponde ao valor economicamente auferível da causa judicial, embora nem todas as causas tenham conteúdo econômico. Ele é encontrado por meio da liquidação dos pedidos na petição inicial, que tornou-se regra obrigatória após a Lei 13.467/17, que alterou o §1º do art. 840 da CLT, determinando que a reclamação trabalhista deverá apresentar o pedido certo, determinado e com a indicação de seu valor. Neste sentido, entende a doutrina e a jurisprudência pela mera estimativa dos valores. Outrossim, descumprida a regra, nas causas do procedimento sumaríssimo, haverá a extinção do processo com o arquivamento do feito e condenação ao pagamento das custas processuais. Por sua vez, feitos sob o procedimento sumário e ordinário haverá extinção sem resolução do mérito dos pedidos que não seja indicado valor. Não há previsão legal oportunizando a parte autora a emenda da inicial, sendo a doutrina e jurisprudência favorável ao entendimento que o Magistrado deve determinar a intimação da parte para sanar o vício, sob pena de extinguir o feito sem o julgamento do mérito.

Palavras-chave: Procedimentos processuais. Processo do Trabalho. Valor da Causa. Liquidação de pedidos. Reclamação Trabalhista. Petição Inicial.

1 INTRODUÇÃO

---

125 Graduando em Direito pelo Centro Universitário UNA. E-mail:guimfrr@gmail.com. **Professor orientador:** Marco Antônio Kumaira.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A legislação trabalhista encontra-se, em sua maioria, regulamentada pela Consolidação das Leis do Trabalho, no Decreto-Lei Nº 5.452 de 1943, havendo previsões também na Constituição Federal de 1988 e na legislação esparsa.

Em razão das modificações do panorama social ao longo dos anos, bem como das relações de emprego, as normas trabalhistas e processuais trabalhistas também demandam alterações ao longo do tempo.

A mais recente alteração significativa ocorreu em 2017, com a denominada "Reforma Trabalhista", por meio da Lei nº 13.467, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

Nessa quadra, o presente estudo visa analisar os procedimentos do processo do trabalho, notadamente quanto à necessidade de liquidação dos pedidos na petição inicial, dada a alteração legislativa perpetrada pela lei 13.467/2017.

Assim, o objetivo do estudo é estudar o que são os procedimentos processuais previstos no processo do trabalho, bem como a importância do valor da causa no momento de definição do referido procedimento processual, além da exigência da liquidação dos pedidos no momento da propositura da reclamação trabalhista e sua vinculação ao valor da causa.

O estudo do tema é de grande relevância, uma vez que o valor da causa é o responsável por definir o procedimento processual que uma ação trabalhista deverá tramitar.

Por sua vez, a liquidação dos pedidos na petição inicial da reclamação trabalhista, foi alterado pela novel legislação, notadamente o §1º do art. 840 da CLT, que passou a exigir pedido líquido para todos os procedimentos processuais, exigindo ao autor a indicação do valor correto de seu pedido, vedando a indicação de valores aleatórios, inferiores ou extremamente relevantes, de forma injustificada e visando apenas a alteração do procedimento.

Outrossim, além de interferir na definição do procedimento, o valor da causa possui relevância na fixação das custas processuais, honorários advocatícios, multas por litigância de má-fé, entre outros.

Assim, a primeira sessão do trabalho é dedicada ao estudo dos procedimentos processuais do processo do trabalho. A segunda sessão cuida da relação dos procedimentos processuais trabalhistas e o valor da causa. E, por fim, a terceira sessão é responsável por analisar a relação existente entre o valor da causa e a exigência de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

liquidação dos pedidos na petição inicial, que se tornou obrigatório por meio da Reforma Trabalhista instituída pela Lei Nº 13.467/17, exigindo que os pedidos deverão ser apresentados de forma certa, determinada e com a indicação de seu valor.

2 DOS PROCEDIMENTOS PROCESSUAIS NO PROCESSO TRABALHISTA

Primeiramente, é de grande importância destacar que processo e procedimento são institutos diversos, que não podem ser confundidos, conforme palavras de Carlos Henrique:

> Não se confundem, pelo menos do ponto de vista conceitual, processo e procedimento. O processo, como já foi dito, constitui-se de um conjunto de atos processuais que vão se sucedendo de forma coordenada dentro da relação processual, até atingir a coisa julgada. Já o procedimento, ou rito, é a forma, o modo, a maneira como os atos processuais vão se projetando e se desenvolvendo dentro da relação jurídica processual. Procedimento, pois, é o *modus faciendi* do processo. É o aspecto exterior do processo. (LEITE, 2019, p.411)

Ou seja, o procedimento é uma parte do processo, que sem ele não existe. É possível haver um procedimento sem que exista necessariamente um processo, contudo não é possível haver um processo sem um procedimento.

Logo, o procedimento é elemento indispensável para a existência de um processo, pois é o responsável por ditar os atos e as formas pelos quais o processo deve seguir.

No direito processual trabalhista não é diferente, sendo o procedimento processual trabalhista caracterizado como o modo da parte atuar em juízo, seguindo a lei, caracterizando-se como o rito que o legislador estabelece para promover a defesa de seus direitos no âmbito do poder judiciário (FILHO; SOUZA, 2020, p. 562).

No Brasil, a Constituição da República de 1988 determina em seu art. 22, inc. I, que compete privativamente à União legislar sobre direito processual[126]. Estabelece também

[126] Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

(...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que é de competência da União, Estados e Distrito Federal legislar concorrentemente sobre procedimentos em matéria processual[127].

Contudo, tendo em vista ser a Justiça do Trabalho integrante do Poder Judiciário da União, tornou-se a União o ente responsável por legislar sobre o processo do trabalho e os procedimentos trabalhistas, conforme explica Carlos Henrique:

> Contudo, tendo em vista que a Justiça do Trabalho integra o Poder Judiciário da União, parece-nos que não haverá conflito entre a União, os Estados e o Distrito Federal para legislar sobre procedimento, pois somente a União tem competência para editar lei sobre processo do trabalho e procedimento em matéria de processo laboral. Dito de outro modo, não haverá tal conflito porque os Estados e o Distrito Federal não têm competência para legislar sobre procedimento em matéria de processo trabalhista. (LEITE, 2019, p.411)

A predeterminação dos procedimentos no Processo do Trabalho visa permitir aos indivíduos o conhecimento prévio sobre qual será o percurso necessário da tramitação do processo. Além disso, o caminho para acesso ao Judiciário se torna uniforme, aplicando-se um procedimento comum a todos os indivíduos.

No âmbito do processo do trabalho, é possível falar em 03 (três) principais espécies de procedimentos processuais comuns, sendo eles, o procedimento ordinário, com previsão no art. 837 e seguintes da CLT; o procedimento sumaríssimo, previsto no art. 852-A da CLT; e, por fim, o procedimento sumário, que encontra previsão legal na Lei 5.584/70, em seu art. 2º e seguintes.

2.1 Do Procedimento Ordinário no Processo do Trabalho

O procedimento ordinário encontra previsão na CLT, a partir do art. 837 ao art. 852. Ele é aplicado para os dissídios individuais cujo valor da causa seja superior a 40 (quarenta) salários-mínimos, bem como aos dissídios coletivos e as causas em que for parte a

---

127 Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

(...)

XI – procedimentos em matéria processual.

(...)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

administração direta, autárquica e fundacional. É o procedimento mais demorado em comparação aos demais, e também é o aplicado, via de regra, as causas mais complexas.

A partir da reforma trabalhista, realizada pela lei nº 13.467/17, a reclamação trabalhista escrita deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, breve exposição dos fatos, e o pedido, que deverá ser certo, determinado e com a indicação de seu valor, a data e assinatura do reclamante ou seu representante.

Anteriormente, a indicação certa e determinada do valor dos pedidos não era requisito obrigatório.

Atualmente, a inobservância dos requisitos da inicial, incluindo a necessidade da liquidação dos pedidos, importa em extinção do processo sem resolução do mérito, conforme art. 840, §3º, da CLT.

No procedimento ordinário, objeto deste tópico, a parte Autora indicará o endereço da parte contrária, que será notificada no prazo de 48 (quarenta e oito) horas após recebida e protocolada a reclamação. Outrossim, sendo impossível localizar a parte para citação, este procedimento admite a citação por edital.

Inicialmente, este procedimento era caracterizado por uma única audiência, contudo, com o passar do tempo, a manutenção de audiência única para resolver o litígio demonstrou ser impossível, razão pela qual hoje o procedimento é caracterizado pelo fracionamento da audiência.

Sobre o assunto, segue palavras de Carlos Henrique:

> Corrobora tal afirmação o art. 843 da CLT, segundo o qual as ações individuais trabalhistas devem ser solucionadas numa única audiência. A prática revelou, no entanto, que essa norma, em função de seu desuso, deixou de ter eficácia. Isso se deu tanto em razão da elevação substancial do número de processos quanto pela complexidade dos novos conflitos submetidos à prestação jurisdicional desse ramo especializado do Poder Judiciário pátrio.(LEITE, 2019, p.413)

Atualmente, pode-se dizer que o procedimento possui 03 (três) audiências distintas, sendo a primeira uma audiência inicial conciliatória, posteriormente há uma audiência para instrução, e, por fim, é designada audiência para julgamento do processo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na audiência inicial conciliatória, como o próprio nome indica, as partes comparecem para tentativa de composição amigável sobre a demanda. O juiz propõe as partes a realização de acordo, e, havendo acordo, o mesmo será homologado pelo Magistrado na audiência. Contudo, sendo impossível a realização de acordo, o Reclamado deverá apresentar defesa, e, em própria audiência, será designada data e hora para a audiência de instrução.

A audiência de instrução visa a produção de provas no processo. Nela, partes e testemunhas deverão comparecer para prestar seus depoimentos, se solicitados.

O número de testemunhas é de, no máximo, 03 (três) para cada parte, que deverão comparecer independente de intimação pelo Juízo. Somente será permitida a intimação da testemunha que, comprovadamente convidada para audiência, não compareceu. Nesta audiência, a parte interessada em prova pericial, deverá fazer seu requerimento, ficando o processo suspenso para realização da perícia. Contudo, inexistindo prova pericial a ser produzida, as partes deverão apresentar razões finais orais, em prazo não superior a 10 minutos. Ao final, deverá o juiz novamente ofertar as partes a realização de acordo, e, não havendo, designará data e hora para julgamento.

E, ao final, a lei prevê a audiência de julgamento. Por fim, a audiência de julgamento corresponde a data e hora fixada para julgamento do processo e, via de regra, não há comparecimento das partes. Carlos Henrique destaca que "esta audiência jamais ocorre, uma vez que nela, raramente, as partes estarão presentes. Na prática, trata-se de um prazo fixado pelo juiz para a publicação da sentença, da qual as partes ficam, desde logo, intimadas." (LEITE, 2019, p.411). Logo, ela corresponde a data e hora fixadas para o julgamento do processo e, via de regra, não há comparecimento das partes.

2.2 Do Procedimento Sumaríssimo no Processo do Trabalho

Por sua vez, a previsão do Procedimento Sumaríssimo também se encontra na CLT, do art. 852-A ao art. 852-I. Sua inserção a Consolidação das Leis do Trabalho ocorreu através da Lei 9.957 de 13 de janeiro de 2000, que cuidou de inserir os respectivos artigos ora citados na lei trabalhista.

Renato Saraiva e Aryanna Linhares comentam o procedimento, vejamos:

> O procedimento sumaríssimo foi instituído pela Lei 9.957/2000 (que acrescentou os arts. 852-A a 852-I à CLT), objetivando tornar o Processo do Trabalho mais célere, sendo aplicado aos dissídios individuais, cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário-mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação (art. 852-A da CLT). (SARAIVA, RENATO. 2018. p 262)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Logo, o procedimento sumaríssimo foi introduzido no ordenamento jurídico para os dissídios individuais cujo valor seja superior a 02 (dois) salários-mínimos até 40 (quarenta) salários-mínimos, visando acelerar a tramitação das reclamações trabalhistas. Seus objetivos podem ser resumidos na busca pela celeridade do processo, na efetividade processual, na simplificação do procedimento e na diminuição da dilação probatória (PEREIRA, 2019).

Por este motivo, a CLT dispõe no art. 852-B, inc. III que a apreciação da reclamação deverá ocorrer no prazo máximo de quinze dias de seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial, se necessário.

É vedada aplicação do procedimento sumaríssimo nas causas em que for parte a Administração Direta, autárquica e fundacional. Contudo, é possível sua aplicação quando forem partes empresas públicas e sociedades de economia mista.

A CLT exige, em seu art. 852-B, inc. I, que nas reclamações sob o procedimento sumaríssimo o pedido seja certo ou determinado, sendo indicado o valor correspondente. Ou seja, é uma característica do procedimento a necessidade de liquidez dos pedidos.

Contudo, o que antes era exceção, tornou-se regra com a Reforma Trabalhista, uma vez que a necessidade de liquidez dos pedidos na petição inicial tornou-se regra aplicada a todos os procedimentos.

Outrossim, o procedimento não admite a citação por edital, justamente para garantir a celeridade visada. Neste caso, será de responsabilidade da parte Autora indicar corretamente o nome e endereço da parte Reclamada. Na impossibilidade de indicação do endereço, o Magistrado procederá com o arquivamento da reclamação, com a consequente condenação do Autor ao pagamento das custas sobre o valor da causa.

O procedimento prevê, via de regra, a realização de única audiência para tentativa conciliatória, instrução e julgamento. A solução conciliatória poderá ser incentivada em qualquer fase da audiência, devendo o Magistrado esclarecer as partes sobre suas vantagens. Além disso, serão decididos de planos todos os incidentes e exceções que possam interferir no prosseguimento da audiência e do processo, sendo as demais questões decididas somente em sentença.

Outrossim, toda prova será produzida na audiência de instrução e julgamento, mesmo que não requerida previamente. As testemunhas serão de, no máximo, duas para cada parte, que deverão comparecer independente de intimação do Juízo. Somente é admitida a intimação da testemunha quando este for comprovadamente convidada e deixar de comparecer, sendo neste caso designada nova audiência.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em caso de prova pericial, o procedimento sumaríssimo somente a admite para situações em que a prova do fato exigir ou for legalmente imposta. Neste caso, deverá o Juiz fixar o prazo, objeto da perícia e realizar a nomeação do perito. Realizada perícia, as partes deverão manifestar sobre o laudo no prazo comum de 05 dias.

E, por fim, o juiz proferirá sentença, mencionando seus elementos de convicção, com resumo dos fatos ocorridos em audiência, sendo dispensado o relatório, podendo conter apenas a fundamentação e o dispositivo.

2.3 Do procedimento Sumário no Processo do Trabalho

Diferente dos procedimentos já expostos, o procedimento sumário não possui previsão na CLT. Foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei 5.584/70, art. 2º, §3º e 4º. Também denominado de "Procedimento de Alçada", o procedimento sumário foi criado com o objetivo de conferir maior celeridade aos processos trabalhistas cujo valor da causa não exceda 02 (dois) salários-mínimos.

Leone Pereira comenta o instituto nos seguintes termos:

> O procedimento sumário, também conhecido como dissídio de alçada, foi o primeiro rito trabalhista célere, buscando a efetividade do processo e a solução da demora na entrega da prestação jurisdicional. Portanto, à época da instituição do procedimento sumário foram firmados os seguintes objetivos: celeridade processual; efetividade do processo; simplificação do procedimento; diminuição de recursos. (PEREIRA, 2019, p. 843)

Conforme previsto em lei, o procedimento sumário é cabível nas reclamações trabalhistas cujo valor fixado para a causa não exceder 2 (duas) vezes o salário-mínimo vigente na sede do Juízo. Também restou determinado que deverá ser considerado, para tal, o valor do salário-mínimo da data do ajuizamento da ação.

Considerando que, atualmente, o valor do salário-mínimo no país é R$ 1.100,00 (hum mil e cem reais), o procedimento sumário se aplicará nas causas trabalhistas ajuizadas em que o valor da causa não exceder o montante de R$ 2.200,00 (dois mil e duzentos reais).

A legislação também determina que, nestes casos, realizada audiência, poderá ser dispensado o resumo dos depoimentos das partes, devendo constar na ata da audiência apenas a conclusão em relação a matéria de fato.

E, por fim, está previsto que, salvo se versarem sobre matéria constitucional, nenhum recurso caberá das sentenças proferidas nos dissídios de alçada. Ou seja, via de regra, as

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

decisões proferidas nos processos sob o procedimento sumário são de única instância, não sendo admitida a interposição recurso sobre elas.

Contudo, a regra não é absoluta, sendo prevista uma exceção nos casos em que o recurso versar sobre matéria constitucional, sendo possível a interposição de recurso.

A questão da irrecorribilidade das decisões no procedimento sumário gera discussões acerca da recepção do dispositivo pela Constituição Federal promulgada em 1988, uma vez que a carta magna estabeleceu, em seu art. 5º, inc. LV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, estabelecendo, assim, o princípio do duplo grau de jurisdição.

Sobre o assunto, comenta Carlos Henrique:

> Há, inclusive, dúvida sobre a constitucionalidade do art. 2º, §2º, da Lei n. 5.584/70, por suposta violação ao princípio do duplo grau de jurisdição. A nosso ver, no entanto, este princípio comporta exceções, entre as quais se encaixa a prevista no preceptivo em causa. A rigor, o nosso ordenamento permite a existência de causas decididas em única instância. Aliás, a própria Constituição Federal assim estabelece no seu art. 102, III, ao dispor que compete ao STF julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância. (LEITE, 2019, p. 415)

Outra questão que gerou controvérsias diz respeito a utilização do salário-mínimo como fator para definição da alçada para aplicação do procedimento sumário. Isto porque a Constituição da República de 1988, no art. 7º, inc. IV, definiu ser vedada a vinculação do salário-mínimo para qualquer fim.

Contudo, a questão foi resolvida pelo TST, através da edição da súmula nº 356, cujo teor dispõe "O art. 2º, §4º, da Lei nº 5.584, de 26.06.1970, foi recepcionado pela CF/1988, sendo lícita a fixação do valor da alçada com base no salário-mínimo".

3 A IMPORTÂNCIA DO VALOR DA CAUSA NA DEFINICAÇÃO DO PROCEDIMENTO PROCESSUAL NO PROCESSO TRABALHISTA

O valor dado a causa judicial é responsável por refletir o direto interesse do Estado no conteúdo econômico do litígio (FILHO, 2020).

O nome demonstra ser autoexplicativo, uma vez que, basicamente, valor da causa corresponde ao valor economicamente auferível que a causa judicial pode conter, embora nem todas as causas tenham conteúdo econômico.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Humberto Theodoro Jr. define o instituto nos seguintes termos:

> O valor da causa não corresponde necessariamente ao valor do objeto imediato material ou imaterial, em jogo no processo, ou sobre o qual versa a pretensão do autor perante o réu. É o valor que se pode atribuir à relação jurídica que se afirma existir sobre tal objeto. (JÚNIOR, 2019, p. 886)

O Código de Processo Civil determina, em seu art. 291, que a toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente auferível.

Outrossim, o art. 292 do mesmo dispositivo legal dispõe:

> Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:
>
> I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;
>
> II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a resilição ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;
>
> III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;
>
> IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;
>
> V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;
>
> VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;
>
> VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;
>
> VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.
>
> § 1º Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> § 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.
>
> § 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

Diferente do processo civil, a CLT não possui previsão expressa sobre o tratamento do valor da causa.

Por esta razão, no processo do trabalho aplicam-se as normas previstas no Código de Processo Civil, por força do art. 769[128], que determina que, nos casos omissos, o direito processual civil comum será a fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível.

O valor indicado para a causa é de grande relevância, uma vez que ele impacta diretamente em várias repercussões passíveis de incidência ao longo do processo.

Ele é importante, conforme a CLT, para fixação de custas e taxas judiciárias, para fixação de honorários de sucumbência, para indicação de transcendência da matéria para fins de admissibilidade do recurso de revista, em caso de fixação de multas por litigância de má-fé, e por fim e de extrema relevância, para a fixação do procedimento a ser seguido pela reclamação trabalhista, qual seja, procedimento sumário, sumaríssimo e ordinário.

Inclusive, sobre a importância do valor da causa na definição dos procedimentos trabalhista, comentam Rodolfo Pamplona e Tércio Souza:

> O valor da causa gera, como uma de suas maiores repercussões no processo do trabalho, justamente a fixação do rito, em razão da alçada. Com efeito, no processo do trabalho, quanto menor o valor da causa, mais simplificado o rito, em razão da alçada correspondente. Para as demandas de valor da causa acima de quarenta salários mínimos, processar-se-a a demanda sob o rito ordinário; para aquelas cujo valor não exceda os quarenta salários mínimos, processar-se-a sob o rito sumaríssimo (art. 852-A); e, para as demandas sujeitas a até dois salários mínimos, devem ser

[128] Art. 769 – Nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> processadas sob o rito sumário (art. 2º da Lei n. 5.584/70). (FILHO; SOUZA. 2020, p. 785)

Ainda sobre o assunto, o Tribunal Superior do Trabalho editou a súmula 71, esclarecendo a relação da alçada com o valor da causa, cujo conteúdo dispõe: "A alçada é fixada pelo valor dado a causa na data de seu ajuizamento, desde que não impugnado, sendo inalterável no curso do processo."

Logo, o valor determinado para a causa é de extrema importância para os procedimentos processuais trabalhistas, uma vez ser ele o principal critério escolhido pelo legislador para determinação do procedimento a ser seguido. Ele deverá constar na reclamação trabalhista, como requisito obrigatório da petição inicial, que indicará o valor dos pedidos, conforme art. 840 §1º da CLT, sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito.

Outrossim, o valor da causa no processo trabalhista deverá ser estimado, observando-se, no que couber, os arts. 291 a 293 do CPC[129], conforme determinado no art. 12, §2º da instrução normativa TST Nº 41, de 2018[130].

4 A LIQUIDAÇÃO DOS PEDIDOS NA PETIÇÃO INICIAL E O VALOR DA CAUSA NO PROCESSO DO TRABALHO APÓS A REFORMA TRABALHISTA

Como dito outrora no presente trabalho, a legislação trabalhista encontra-se, em sua maioria, regulamentada pela Consolidação das Leis do Trabalho, no Decreto-Lei Nº 5.452 de 1943, havendo previsões também na Constituição Federal de 1988 e na legislação esparsa.

Em conjunto, todo aparato legislativo é responsável por regulamentar as relações de emprego e o processo trabalhista, conforme comenta Carlos Bezerra Leite:

> Não se pode deixar de reconhecer que a CLT é o texto legislativo

---

[129] Art. 291. A toda causa será atribuído valor certo, ainda que não tenha conteúdo econômico imediatamente aferível.

(...)

Art. 293. O réu poderá impugnar, em preliminar da contestação, o valor atribuído à causa pelo autor, sob pena de preclusão, e o juiz decidirá a respeito, impondo, se for o caso, a complementação das custas.

[130] Os arts. 840 e 844, §§2º, 3º e 5º, da CLT, com as redações dadas pela Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, não retroagirão, aplicando-se, exclusivamente, às ações ajuizadas a partir de 11 de novembro de 2017.

(...)

§2º Para fim do que dispõe o art. 840, §§1º e 2º, da CLT, o valor da causa será estimado, observando-se, no que couber, o disposto no arts. 291 a 293 do Código de Processo Civil

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> básico do direito do trabalho brasileiro, enriquecido pela legislação complementar e pela Constituição Federal. É claro que há disposições da CLT que devem ser atualizadas para se adequarem à realidade contemporânea, em consonância com o fenômeno da constitucionalização do direito. (LEITE, 2019, p. 38)

De igual forma, já foi dito que a mais recente alteração significativa na legislação trabalhista ocorreu em 2017, com a denominada "Reforma Trabalhista", por meio da Lei Nº 13.467, que alterou a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

A reforma foi responsável por alterar 97 (noventa e sete) da CLT e 07 (sete) artigos das demais legislações, conforme comenta Pimenta:

> O Projeto de Lei n. 6.787/2016 que originou a Reforma Trabalhista foi apresentado pelo Poder Executivo em 23 de dezembro de 2016. O projeto inicial apresentado abrangia a alteração de 7 (sete) artigos da CLT. Foi apresentado um projeto substitutivo em 12 de abril de 2017, que foi aprovado pela Câmara dos Deputados, com mais de 100 alterações. No Senado, o projeto de lei ganhou novo número, 38/2017, sendo aprovado pelo Senado Federal em 12 de julho, sem alterações ou aperfeiçoamentos, vindo a ser sancionada, pelo presidente da República, a Lei n. 13.467 no dia 13 de julho de 2017.(PIMENTA, 2019, p. 21).

Uma importante alteração realizada na CLT diz respeito a modificação do §1º do art. 840 da CLT, cuja redação atual determina:

> Art. 840 – A reclamação poderá ser escrita ou verbal.
>
> §1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.
>
> §2º Se verbal, a reclamação será reduzida a termo, em duas vias datadas e assinadas pelo escrivão ou secretário, observado, no que couber, o disposto no §1º deste artigo.
>
> §3º Os pedidos que não atendam ao disposto no §1ºdeste artigo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

serão julgados extintos sem resolução do mérito.

Com a modificação realizada, as reclamações trabalhistas, independente do procedimento a ser seguido, deverão indicar em petição inicial o pedido certo, determinado e com a indicação de seu valor.

Anteriormente a modificação realizada, tal indicação não era exigência em todas as reclamações, cuja antiga previsão do art. 840, §1º, da CLT, anteriormente a reforma trabalhista, era a seguinte:

> Art. 840. (...)
>
> §1º Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do Presidente da Junta, ou do juiz de direito a quem for dirigida, a qualificação do reclamante e do reclamado, uma breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante.

A exigência de indicação do pedido de maneira certa, determinada e com a indicação de valor se limitava aos processos em trâmite sob o procedimento sumaríssimo, por força do art. 852-B, inc. I., cuja redação dispõe:

> Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo:
>
> I – o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente;
>
> (...)

Logo, após a reforma trabalhista, em todos os procedimentos do processo do trabalho, seja ele ordinário, sumário ou sumaríssimo, a petição inicial da reclamatória trabalhista deverá conter de maneira precisa qual é o pedido e o valor correspondente a ele, ou seja, deverá ser realizada uma espécie de liquidação dos pedidos.

Rodolfo Pamplona e Tércio Souza conceituam o instituto, nos seguintes termos:

> "Etimologicamente, podemos dizer que liquidação (de liqueo, liquere) significa estar claro, ser fluido, ser filtrado, tornar manifesto, evidente. Aplicada a terminologia jurídica, a liquidação consiste no conjunto de atos que visam à quantificação dos valores devidos, por força do comando sentencial exequendo".(FILHO; SOUZA. 2020, p.1095)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por sua vez, Carlos Henrique afirma que o "pedido líquido é aquele que já especifica o *quantum debeatur*, ou seja, o autor já delimita, na petição inicial, de forma qualitativa e quantitativa, os valores que julgar ser credor do réu."(LEITE, 2019, p. 590).

Neste caso, não se trata de liquidação de sentença, uma vez que, por óbvio, sequer existe sentença nesta fase processual, razão pela qual não há que se falar na aplicabilidade do art. 879 da CLT.

Se trata, na realidade, de uma forma de liquidação dos pedidos, sendo esclarecido o conteúdo econômico de cada um deles, de forma a quantificar de maneira clara e objetiva o valor pretendido com a demanda.

Assim, conforme visto, o pedido deverá ser certo, determinado e com a indicação de seu valor.

Sobre a certeza e determinação do pedido, Carlos Henrique comenta:

> Assim, o pedido na petição inicial da ação trabalhista deve ser certo, isto é, expresso, exteriorizado, inconfundível. Por isso que o autor, na inicial, não deve deixar transparecer pedido tácito.
>
> Também é requisito imprescindível do pedido a sua determinação, isto é, ele deve ser definido e delimitado, em sua qualidade e quantidade. É preciso pois, que o pedido seja expresso, exteriorizado, inconfundível, definido e delimitado para que o Juiz possa se pronunciar com eficiência e presteza sobre se o pedido é ou não procedente, quando da prolação da sentença.(LEITE, 2019, p. 581)

Por sua vez, a exigência de indicação do valor dos pedidos encontra discussões, uma vez que se questiona se o pedido deve ser liquidado em seu valor exato ou pode ser realizado apenas uma estimativa aproximada.

Outrossim, também se questiona se eventual condenação superior aos valores indicados seria configurado uma sentença *ultra petita*, ou seja, se o juiz concederia um pedido além do requerido pelo autor.

Para Mauro Schiavi, não é necessário haver a apresentação de cálculos detalhados, mas deve haver a justificação do valor, sendo admitida a apresentação de apenas uma estimativa do valor dos pedidos. Veja-se:

> A lei não exige que o pedido esteja devidamente liquidado, com a apresentação de cálculos detalhados, mas que indique o valor. De nossa parte, não há necessidade de apresentação de cálculos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> detalhados, mas que o valor seja justificado, ainda que por estimativa. Isso se justifica, pois o empregado dificilmente, tem documentos para cálculos de horas extras, diferenças salariais, etc. Além disso, cálculos demandam análise da documentação a ser apresentada pela própria reclamada.(SCHIAVI, 2017, p. 94)

Sobre o assunto, comenta Enoque Ribeiro e Ricardo Antônio, defendendo a possibilidade do órgão julgador ir além do valor indicado na inicial:

> Contudo, há posicionamentos que entendem que a indicação do valor (§1º do art. 840 da CLT) não corresponde ao valor liquidado, sendo somente um valor estimativo, o qual não vincularia o julgamento. Logo, o magistrado poderia julgar além deste valor, pois este seria somente uma estimativa, não se caracterizando uma decisão ultra petita (além do pedido). (SANTOS, FILHO, 2020, p. 605)

Ainda neste entendimento, Carlos Henrique também defende a inexistência da obrigação em indicar o valor exato do pedido, podendo haver apenas a apresentação de um valor estimado, nos seguintes termos:

> Por outro lado, é factível interpretar a expressão "com indicação de seu valor", contida no novel §1º do art. 840 da CLT, não por meio do método literal ou gramatical, e sim com base no método teleológico. De tal arte, não seria obrigatória a indicação precisa ou exata do valor do pedido, bastando que o autor apresente um valor estimado ao pedido. (LEITE, 2019,p. 592)

Neste mesmo sentido a jurisprudência vem se posicionando, como se depreende da decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que possui recentes entendimentos cuja tese é a de que a legislação não exige que a petição apresente uma prévia liquidação exata, podendo haver a indicação do valor por simples estimativa. Veja-se:

> PRELIMINAR DE INÉPCIA. INDICAÇÃO DO VALOR DOS PEDIDOS. MERA ESTIMATIVA. Nos termos do art. 840, §1º, da CLT, "Sendo escrita, a reclamação deverá conter a designação do juízo, a qualificação das partes, a breve exposição dos fatos de que resulte o dissídio, o pedido, que deverá ser certo, determinado e com indicação de seu valor, a data e a assinatura do reclamante ou de seu representante." O referido dispositivo não exige que a parte proceda à prévia liquidação dos pedidos, demonstrando os valores com cálculos detalhados, mas apenas que apresente uma indicação do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

valor, por simples estimativa, valores estes que guardam consonância com o valor da causa. Cumprido tal requisito pela parte, não há que se falar em inépcia da inicial. (TRT da 3.ª Região; Pje: 0010366-49.2020.5.03.0015 (RO); Disponibilização: 05/04/2021; Órgão Julgador: Sexta Turma; Relator: Lucilde D'Ajuda Lyra de Almeida)

PETIÇÃO INICIAL - RITO ORDINÁRIO - VALOR ATRIBUÍDO AOS PEDIDOS. A atribuição de valor aos pedidos na inicial não equivale à sua liquidação - mesmo porque existe fase própria para tanto na esfera trabalhista - mas à aferição da sua estimativa econômica, conforme a natureza e a perspectiva da parte, nos termos do arts. 291 a 293 do CPC. O TST já se pronunciou nesse sentido, por meio Instrução Normativa 41/2018 (art. 12, §2º), aplicando-se, ainda, por analogia, a Tese Jurídica Prevalecente n. 16 deste Regional. Assim, tendo o autor atribuído valores às suas pretensões, declara-se nula a r. decisão recorrida, que declarou a inépcia da inicial, e determina-se o retorno dos autos à Vara de origem para exame do mérito. (TRT da 3.ª Região; Pje: 0010374-11.2020.5.03.0020 (RO); Disponibilização: 04/11/2020, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 1323; Órgão Julgador: Décima Primeira Turma; Redator: Des.Antonio Gomes de Vasconcelos)

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI N.º13.015/2014. JULGAMENTO ULTRA PETITA. PEDIDO LÍQUIDO E CERTO. LIMITAÇÃO DOS VALORES DA PETIÇÃO INICIAL. Embora tenha indicado na inicial o valor em relação a cada uma das verbas, a reclamante fez ressalva expressa à fl.17 pje no sentido de que a discriminação dos valores visa apenas à fixação do rito procedimental. Desse modo, verifica-se que os valores indicados na inicial representam mera estimativa, a fim de fixar o rito processual, conforme art. 852-B, I, da CLT, não estando o juiz limitado aos valores indicados na inicial. Precedentes. Recurso de revista não conhecido." (RR-10756-61.2015.5.15.0079, Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Julgamento: 05/12/2017, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 15/12/2017) (TRT da 3.ª Região; Pje: 0010683-83.2019.5.03.0176 (ROPS); Disponibilização: 15/07/2020; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Antonio Carlos R.Filho)

O legislador cuidou ainda de estabelecer uma consequência para as petições que não apresentem pedido certo, determinado e com a indicação de seu valor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O §3º, do art. 840, da CLT, passou a estabelecer que os pedidos que não atendam ao disposto na lei (art. 840, §1º, da CLT) serão julgados extintos sem resolução do mérito. Ou seja, neste caso, não será o processo extinto, havendo a extinção sem julgamento de mérito apenas dos pedidos que não atendam ao requisito legal, prosseguindo o feito quanto aos demais pedidos que sejam certos, determinados e que indiquem o seu valor.

Contudo, caso se trate de processo com pedido único ou que nenhum dos pedidos atendam ao disposto em lei, o processo será extinto integralmente, sem o julgamento do mérito.

Cumpre observar que esta consequência se aplica para os processos sob o rito sumário e ordinário, uma vez que a legislação possui previsão específica nos processos sob o rito sumaríssimo. Neste caso, o §1º, do art. 852-B, da CLT, determina que o não atendimento importará no arquivamento da reclamação e na condenação ao pagamento de custas sobre o valor da causa.

Ou seja, no procedimento sumaríssimo a consequência é distinta, uma vez que a lei determina o arquivamento da reclamação, não importando se apenas um, alguns ou todos os pedidos não cumpram a determinação legal. Neste caso, haverá a extinção direta do feito sem o julgamento do mérito, com o consequente arquivamento da reclamação, sendo acrescida ainda a condenação ao pagamento das custas processuais.

Outrossim, em ambos os casos, a legislação trabalhista não oportuniza ao autor o direito de realizar a emenda da inicial, não havendo nenhuma determinação para que o Magistrado intime a parte para adequar a inicial de acordo com lei.

Logo, ficaria a opção do próprio Magistrado em intimar a parte para suprir a irregularidade ou extinguir o feito diretamente, uma vez que não há óbice legal para este último.

Nestes casos, a doutrina vem se posicionando no entendimento de que deve haver a intimação da parte para emendar a petição inicial, defendendo a ideia de que a extinção do feito somente poderia ser realizada se o vício não fosse sanado. Conforme Enoque Ribeiro e Ricardo Antônio (2020, p. 605), o juiz do trabalho pode oportunizar ao autor a correção do erro (ausência de liquidez), com fundamento no art. 6º – princípio da cooperação e art. 321[131] do CPC.

---

[131] Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Neste mesmo sentido, segue posicionamento de Mauro Schiavi:

> Não se trata de alteração negativa, mas deve ser vista com sensibilidade pelo Judiciário Trabalhista. Antes de extinguir o pedido que não esteja de acordo com o §1º do art. 840 da CLT, pensamos ser possível a correção, com atribuição de prazo para emenda (art. 321 do CPC e súmula n. 263 do TST[132]). (SCHIAVI, 2017, p.94)

Outrossim, Carlos Henrique (2019, p. 593) afirma que "diante do pedido sem indicação do valor o juízo não deverá extinguir de logo o pedido sem resolução do mérito, e sim oportunizar o autor a corrigir a "falha" identificada pelo órgão julgador (TST, Súmula 263)". Conforme se pode observar, a doutrina entende pela necessidade de oportunizar ao autor a emenda inicial, principalmente com fulcro na súmula 263 do TST, cujo conteúdo dispõe:

> SÚMULA Nº 263 – PETIÇÃO INICIAL – INDEFERIMENTO – INSTRUÇÃO OBRIGATÓRIA DEFICIENTE
>
> Salvo nas hipóteses do art. 295 do CPC, o indeferimento da petição inicial, por encontrar-se desacompanhada de documento indispensável à propositura da ação ou não preencher outro requisito legal, somente é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade em 10 (dez) dias, a parte não o fizer.

Por sua vez, analisando a jurisprudência, observa-se que o TRT – 3ª Região segue o mesmo posicionamento apresentado pela doutrina. Em recente julgado de Recurso Ordinário, no dia 05/04/21, a quinta turma do Tribunal entendeu pela necessidade de intimar a parte para emendar a inicial, sendo a extinção do processo cabível apenas se a parte não o fizer. Veja-se:

> PETIÇÃO INICIAL. IRREGULARIDADE. ART. 321 DO CPC. EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. INTIMAÇÃO DA PARTE PARA EMENDÁ-LA. NECESSIDADE. Constatada irregularidade da petição inicial, tal como a ausência de indicação de valor de pedido (art. 840, §1º, da CLT), a extinção do processo, sem resolução do mérito, somente é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade, a parte não o fizer, conforme art. 321, §1º, do CPC e

[132] SÚMULA Nº 263 – PETIÇÃO INICIAL – INDEFERIMENTO – INSTRUÇÃO OBRIGATÓRIA DEFICIENTE

Salvo nas hipóteses do art. 295 do CPC, o indeferimento da petição inicial, por encontrar-se desacompanhada de documento indispensável à propositura da ação ou não preencher outro requisito legal, somente é cabível se, após intimada para suprir a irregularidade em 10 (dez) dias, a parte não o fizer.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> entendimento resumido na Súmula 263 do TST. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0010996-85.2020.5.03.0151 (RO); Disponibilização: 05/04/2021; Órgão Julgador: Quinta Turma; Relator: Manoel Barbosa da Silva)

Logo, não pairam dúvidas quanto a importância da indicação do valor dos pedidos na petição inicial, conforme exigência do art. 840, §1º e art. 852-B, inc. I da CLT, não havendo a necessidade da realização de uma liquidação exata do valor, podendo haver apenas uma estimativa, conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Nessa quadra, a liquidação do valor dos pedidos, mesmo que por estimativa, permitirá ao autor indicar o valor da causa de forma precisa e fundamentada, uma vez que "o valor da causa deve refletir o conteúdo econômico do pedido, externando o montante desejado pelo reclamante" (SANTOS; FILHO, 2020, p. 605).

Ademais, é importante ressaltar que, definido o valor da causa, não haverá que se falar em limitação da condenação de acordo com o valor indicado, conforme decidiu o TRT da 3ª Região:

> VALOR DA CAUSA - RESTRIÇÃO - VALOR - CONDENAÇÃO LIMITAÇÃO DA CONDENAÇÃO AOS VALORES DECLINADOS NA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. O valor atribuído à causa tem a função de fixar o procedimento a ser seguido - seja de alçada, sumaríssimo ou ordinário. O valor da causa não se confunde com o montante da condenação e, por esta razão, não pode promover limitação ao direito eventualmente reconhecido em sentença. Nesse sentido dispõe a Tese Jurídica Prevalecente nº 16, deste Tribunal Regional do Trabalho. (TRT da 3.ª Região; PJe: 0011613-05.2017.5.03.0069 (RO); Disponibilização: 25/03/2021, DEJT/TRT3/Cad.Jud, Página 1556; Órgão Julgador: Setima Turma; Relator: Convocado Vitor Salino de Moura Eca)

Assim, a indicação do valor dos pedidos, logo no início do processo, permitirá a apresentação de um valor para a causa próximo a realidade dos fatos, dificultando a indicação de valores inferiores ou superiores ao realmente devido, principalmente nos casos em que ocorre a alteração injustificada do real valor da causa visando somente a modificação do rito processual a ser seguido.

4.1 A utilização do valor da causa como base de cálculo para atos processuais no processo trabalhista

A liquidação dos pedidos, como acima mencionado, é de suma importância na prática jus trabalhistas, pois está diretamente ligado ao valor da causa.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desta feita, o valor da causa, como consectário lógico, também é fator de extrema relevância para o processo trabalhista, uma vez que, além do procedimento processual a ser seguido - sumário, sumaríssimo e ordinário -, ele impacta diretamente em outras questões processuais.

Por esta razão, a indicação de um valor correto para a causa é de extrema relevância, conforme comenta Enoque Ribeiro e Ricardo Antônio:

> O valor da causa deve refletir o conteúdo econômico do pedido, externando o montante desejado pelo reclamante. A sua menção serve como parâmetro para os cálculo das custas e para indicar o procedimento que será utilizado para o desenvolvimento do processo (sumário, sumaríssimo ou ordinário). Ademais, o valor da causa serve como parâmetro para que o juízo comine a pena ao litigante de má-fé ou seja, a litigância de má-fé deve ser calculada sobre o valor corrigido da causa (art. 793-C, CLT). (SANTOS; FILHO, 2020, p. 605)

Conforme comentado, o valor da causa é importante para fixação de diversas questões que decorrem de um processo trabalhista, como a fixação do valor das custas processuais.

O art. 789, incs. II e III, da CLT, determina que, quando houver a extinção do processo, sem julgamento do mérito, ou julgado totalmente improcedente o pedido, ou no caso de procedência do pedido formulado em ação declaratória e em ação constitutiva, as custas relativas ao processo de conhecimento deverão ser calculadas à base de 2% (dois por cento) sobre o valor da causa, observando-se o mínimo de R$ 10,64 e o máximo de quatro vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Por sua vez, o art. 793-C, da CLT, também utiliza o valor da causa como parâmetro em caso de condenação ao pagamento de multa por litigância de má-fé.

É determinado que, de ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa.

Outrossim, também é utilizado como parâmetro para fixação de honorários de sucumbência, que deverão ser fixados entre o mínimo de 5% (cinco por cento) e o máximo de 15% (quinze por cento) sobre o valor atualizado da causa, quando não for possível mensurar o proveito econômico obtido com o processo.

Por fim, há previsão expressa de utilização do valor da causa nas ações rescisórias, sendo admitida sua propositura na justiça do trabalho somente mediante o depósito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

prévio de 20% (vinte por cento) do valor da causa, salvo prova de miserabilidade jurídico do autor.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente estudo foi possível depreender que o procedimento processual é o caminho a ser seguido pelo processo, ditando os atos e formas pelas quais ele deve seguir.

No processo do trabalho é possível falar na existência de três principais ritos processuais, quais sejam, sumário, sumaríssimo e ordinário.

O procedimento sumário é aplicado para as reclamações trabalhistas cujo valor da causa seja inferior a dois salários-mínimos. Por sua vez, o procedimento sumaríssimo aplica-se as causas acima de dois salários-mínimos e abaixo de quarenta salários-mínimos. Outrossim, tem-se o procedimento ordinário, responsável pelas ações trabalhistas de maior complexidade, cujo valor da causa seja superior a quarenta salários-mínimos.

Conforme visto, o valor da causa é o principal fator responsável por definir o rito processual a ser seguido pela reclamação trabalhista. Ele corresponde ao valor economicamente auferível que a causa judicial possa conter, embora nem todas as causas tenham conteúdo econômico, devendo ser indicado no momento da propositura da ação judicial.

Outrossim, a liquidação do valor dos pedidos na petição inicial tornou-se um fator de extrema importância, uma vez que permite ao autor indicar um valor justificado para a causa e de acordo com a realidade dos fatos.

Através da Reforma Trabalhista, ocorrida por meio da lei 13.467/17, foi realizada a alteração do art. 840 da CLT e seus parágrafos. O §1º do referido dispositivo legal determinou que a reclamação trabalhista deverá apresentar o pedido de maneira certa, determinada e com a indicação de seu valor.

Com esta alteração, a indicação do valor dos pedidos passou a ser exigida para todos os ritos processuais, regra que se aplicava anteriormente somente para o rito sumaríssimo.

Entretanto, a legislação não determinou se a indicação do valor deve ocorrer de maneira exata ou por mera estimativa, tendo a doutrina e a jurisprudência adotando o posicionamento de que a indicação dos valores pode ocorrer por mera estimativa, não havendo a obrigação da sentença judicial se limitar aos valores indicados, logo, não se caracterizando sentença *ultra petita.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ainda, não sendo indicado os pedidos de forma certa, determinada e com seu valor, a legislação determina, para o caso dos ritos sumário e ordinário, que ocorra a extinção sem julgamento do mérito daqueles pedidos que não obedecem a regra.

Por sua vez, no caso do procedimento sumaríssimo, deverá ocorrer a extinção do processo com o consequente arquivamento, bem como a condenação do autor ao pagamento das custas processuais. Importante observar que a lei não oportuniza ao autor a possibilidade de realizar a emenda da inicial, podendo ocorrer a extinção do feito de maneira direta.

Contudo, doutrina e jurisprudência entendem que cabe ao Magistrado intimar a parte para sanar o vício, oportunizando a realização da emenda a inicial, e, somente se não realizada poderia ocorrer a extinção dos pedidos ou do feito, de acordo com o procedimento.

Assim, a liquidação do valor dos pedidos na fase inicial do processo, mesmo que ocorra por mera estimativa, permite ao autor indicar o valor da causa de maneira precisa e justificada, definindo assim de maneira correto qual rito processual aplicado ao caso.

Ademais, além do procedimento processual, o valor da causa também influência na definição das custas processuais, honorários de sucumbência, multa por litigância de má-fé, entre outros, sendo um importante requisito do processo trabalhista.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho.** Diário Oficial da União. Rio de Janeiro. 09 de agosto de 1943.

BRASIL. Lei nº 9.957, de 12 de janeiro de 2000. **Acrescenta dispositivos à Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1o de maio de 1943, instituindo o procedimento sumaríssimo no processo trabalhista.** Diário Oficial da União. Brasília. 13 de agosto de 2000.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Diário Oficial da União. Brasília. 17 de março de 2015.

BRASIL. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Diário Oficial da União. Brasília. 14 de julho de 2017.

FILHO, Rodolfo Pamplona; SOUZA, Tercio Roberto Peixoto. **Curso de direito processual do trabalho.** 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JUNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil – vol. I: teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento, procedimento comum.** 60. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito processual do trabalho.** 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

LINHARES, Aryanna; SARAIVA, Renato. **Processo do trabalho**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MAIDL, Daniel. **Diferença entre os Ritos do Processo Trabalhista.** Disponível em <https://danielmaidl.jusbrasil.com.br/artigos/414570112/diferenca-entre-os-ritos-do-processo-trabalhista > Acesso em 25 de março de 2021.

PEREIRA, Leone. **Direito processual do trabalho.** 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PIMENTA, Adriana Calvo. Manual de direito do trabalho**. 4. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.**

SANTOS, Enoque Ribeiro dos; FILHO, Ricardo Antônio Bittar Hajel Filho. Curso de direito processual do trabalho. **4. ed. São Paulo: Atlas, 2020.**

SCHIAVI, Mauro. A reforma trabalhista e o processo do trabalho: aspectos processuais da Lei n. 13.467/17. **1.ed. São Paulo: Ltr Editora, 2017.**

SZCZYPIOR, Ana Paula. Como liquidar uma petição inicial após a reforma trabalhista**.** Disponível em <https://calculojuridico.com.br/como-liquidar-uma-peticao-inicial-apos-reforma/ > Acesso em 25 de março de 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Índices de Súmulas do TST.** Disponível em <https://www.tst.jus.br/sumulas) Acesso em 07 de abril de 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Instrução Normativa TST Nº 41, de 21.06.2018.** Disponível em <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/intst41_2018.htm> Acesso em 07 de abril de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PERFIL ESPECÍFICO NA SELETIVIDADE DOS ADOTANTES NO PROCESSO ADOTIVO: AFRONTA A DIGNIDADE HUMANA DO ADOTANDO

MARINA FRANCIELLY BARBOSA ARAÚJO: Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

ISA OMENA MACHADO DE FREITAS[133]

(orientadora)

RESUMO: Este artigo tem seu tema delimitado como questão central o processo de adoção, a seletividade dos adotantes em busca de um perfil especifico, e o princípio da dignidade da pessoa humana. O objetivo geral e também um dos objetivos específicos foi identificar se a seletividade dos adotantes no processo adotivo em busca de um perfil específico, afronta a dignidade humana do adotando e se afrontar, o que pode ser mudado. Outros objetivos específicos deste trabalho foram definir o que é adoção, conceituar o princípio da dignidade da pessoa humana, e verificar qual é o perfil específico dos adotantes. A relevância deste tema para a área de conhecimento situa-se na exploração dos conceitos que alicerçam, de modo geral, o ordenamento jurídico brasileiro. Foi desenvolvida uma pesquisa exploratória com abordagem qualitativa, cuja vertente metodológica é de procedimento bibliográfico, utilizando-se de fontes secundárias, especificamente, doutrina jurídica, Constituição Federal de 1988, e trabalhos acadêmicos/artigos científicos. Conclui-se que é interessante bater nessa tecla sobre o perfil desejado do pretendente, pois, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) demonstra, através de números que a seletividade dos adotantes afronta a dignidade das crianças que se encontram em filas de espera para serem adotados, a realidade brasileira, atualmente, permite ao pretendente escolher o perfil do adotado, trazendo diversas consequências, como sociais, emocionais e psicológicas, tornando cada vez mais o processo de adoção lento. Para tanto, devem ser adotadas políticas, como campanhas, para mudar essa forma de como é feita a adoção no Brasil.

Palavras-chave: Adoção; Perfil Específico; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

ABSTRACT: This article has its main theme delimited as the adoption process, the selectivity of adopters in search of a specific profile, and the principle of human dignity. The general objective and also one of the specific objectives was to identify whether the selectivity of adopters in the adoption process in search of a specific profile, affronts the human dignity of the adopter and confronts, which can be changed. Other specific objectives of this work were to define what adoption is, conceptualize the principle of

133 Titulação. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

human dignity, and verify the specific profile of adopters. The relevance of this theme for the field of knowledge lies in the exploration of the concepts that underpin, in general, the Brazilian legal system. Exploratory research with a qualitative approach was developed, whose methodological approach is bibliographic procedure, using secondary sources, specifically, legal doctrine, Federal Constitution of 1988, and academic works/scientific articles. It is concluded that it is interesting to hit this key on the desired profile of the applicant, as the National Council of Justice (CNJ) demonstrates, through numbers, that the selectivity of adopters affronts the dignity of children who are in queues to be currently adopted, the Brazilian reality allows the applicant to choose the adoptee's profile, bringing several consequences, such as social, emotional and psychological, making the adoption process increasingly slow. For that, policies must be adopted, such as campaigns, to change the way adoption is done in Brazil.

Keyword: Adoption; Specific Profile; Principle of the Dignity of the Human Person.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho versa sobre o perfil especifico na seletividade dos adotantes no processo adotivo: afronta a dignidade humana do adotando. O Brasil apresenta atualmente 29.361 crianças acolhidas, e uma média de 4.262 crianças e adolescentes disponíveis para adoção e cerca de 32.883 pretendentes disponíveis numa "equação" sem solução. Sendo assim, no intuito de resolver tal situação, foram realizadas modificações na legislação referente à adoção visando agilizar tal processo e assim buscar garantir o direito ao convívio familiar previsto no Estatuto da Criança e do adolescente - ECA.

A Lei n° 12.010, sancionada pelo Presidente Luiz Inácio Lula da Silva no dia 03 de agosto de 2009, a Lei Nacional de Adoção, altera o ECA sobre esta instituição. No entanto, as alterações mantêm alguns métodos praticados durante o processo de qualificação do candidato, como o direito de escolher as características dos filhos.

Diante disso, o principal questionamento que se pretende responder no decorrer da pesquisa é se a seletividade dos adotantes no processo adotivo em busca de um perfil específico, afronta a dignidade humana do adotando? Se afrontar o que pode ser mudado?

O objetivo geral do trabalho é certificar-se que a adoção tem como finalidade de amparar a criança ou o adolescente que já foi uma vez privado de ter uma convivência familiar, independentemente de sua raça, idade, condição física ou até mesmo aparência.

Os objetivos específicos serão em seu primeiro capítulo conceituar adoção, no segundo capítulo, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana será apresentado conceitos de diversos doutrinadores, mostrando este princípio como elemento essencial e comum a toda pessoa destacando a igualdade da pessoa humana como princípio do respeito às

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

diferenças, como também será apresentado sobre o perfil especifico na seletividade dos adotantes viola a dignidade das crianças na fila de adoção.

Outro dos objetivos específicos desta pesquisa será conhecer o perfil especifico dos adotantes, os aspectos de enfrentamento dos problemas que surgem durante a adequação oriunda do processo de adoção e as consequências sociais, entre outras, que essa seleção do perfil da criança durante o processo adotivo pode gerar. Tendo como base, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) dados estatísticos da adoção no Brasil que mostram diversas pessoas que estão aguardando na fila de espera para efetivar uma adoção, consequentemente, se tratando do perfil desejado o processo se torna lento.

E o último objetivo específico a ser alcançado foi o de relacionar/sugerir medidas para mudar essa forma de como é feita a adoção no Brasil garantindo a construção dos vínculos afetivos na família.

Para sustentar a hipótese, no decorrer do trabalho serão abordados conceitos de doutrinadores a respeito do tema delimitado, o funcionamento do processo de adoção com foco no direito de escolha do pretendente a respeito do perfil desejado, visando identificar a sua relação com o princípio da dignidade humana.

Assim, o primeiro capítulo do presente trabalho será voltado para adoção, que, segundo o entendimento de Silva Filho (2011 apud MACIEL, 2013, não paginado),

> No direito positivo nacional, a adoção é regulamentada pela Lei nº 8.069/90 que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, pela Lei nº 10.406/2002 que instituiu o Código Civil e pela Lei nº 12.010/2009 que dispões sobre adoção. Apesar de o Código Civil 2002 ter sistematizado o instituto da adoção de forma bastante semelhante e estampada na legislação complementar (Lei 8.069/90), não houve nele uma total inclusão dos dispositivos constantes do ECA. Silva Filho (2011) complementa que com advento da Lei nº 12.010/2009 que dispõe sobre a adoção, unificou-se a legislação em matéria adicional no país, com substancial alteração dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Visto que é de suma importância citar os aspectos históricos, legais e conceitos sobre adoção, como também é essencial o passo a passo da adoção para todo o processo adotivo.

O segundo capítulo cuidará do princípio da dignidade da pessoa humana, onde será exposto conceitos de vários doutrinadores sobre esse princípio. Veremos tal princípio

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

na Constituição Federal de 1988 que se torna princípio basilar do Estado Democrático onde seja respeitado e protegido a todo custo para que podermos caminhar para uma sociedade mais justa e igualitária.

O terceiro capítulo será dedicado à tentativa de demonstrar dados estatísticos sobre a escolha do perfil desejado pelos pretendentes e a situação dessas crianças e adolescentes adequados a serem adotados, pois, no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) há 29.361 crianças ou adolescentes acolhidas, e 32.883 pretendentes disponíveis para adotar, ou seja, esses números são relevantes para o processo no qual nos levam a questionar, qual seria o problema da adoção no Brasil.

Por fim e não menos importante, o último capítulo será verificado o tema como opções, sugestões, medidas para mudar a forma de como é feita a adoção no Brasil.

Para alcançar esse fim, a presente pesquisa utiliza a metodologia jurídica, cuja finalidade é analisar o instituto da adoção conforme o nosso ordenamento jurídico, tendo como foco a seletividade do perfil desejado no processo adotivo, e como isso pode afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, o método utilizado é o dedutivo, que segundo Bittar (2016, p. 34), corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. Para a coleta de dados foi utilizada a abordagem exploratória e qualitativa, que Gerhardt e Silveira (2009, p. 31) caracterizam como um método que ''não se preocupa com a representatividade numérica, mas, sim, com o aprofundamento da compreensão de um grupo social [...]'', na qual foram analisados dados que se tratam de números de crianças e adolescentes aptas à adoção e dos adotantes cadastrados no Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

O resultado a ser apresentado na presente pesquisa decorrerá através da utilização de obras bibliográficas, utilizando-se de fontes secundárias, especificamente, doutrina jurídica, trabalhos acadêmicos e Constituição Federal mostrando todas as informações coletadas pela mídia sobre o assunto.

2 DA ADOÇÃO

Maciel (2021, p. 746) ensina que:

> O instituto da adoção é encontrado nos sistemas jurídicos dos povos mais antigos, tendo expressiva evolução, desde os seus primórdios, no direito ancião, até os dias de hoje. Existindo desde as civilizações mais remotas, a adoção foi instituída com a finalidade de dar filhos a quem não podia tê-los, a fim de que a religião da família fosse perpetuada.

Explica também que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Com o passar dos tempos, seu sentido se alterou, passando, nos dias de hoje, a significar o dar uma família a quem não o possui. Podemos efetivamente afirmar que a adoção evoluiu de um caráter potestativo para um caráter assistencialista. [...] Existia nas Ordenações do Reino, que vigeram em nossa terra após a Independência. (MACIEL, 2021, p. 748 – 750).

A Constituição Federal de 1988 introduziu novos aspectos no direito de família e, consequentemente, nas adoções. Como resultado dessa nova disciplina sobre o assunto, a Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, traz uma nova sistematização para a adoção de crianças e adolescentes.

Maciel (2021, p. 757) delibera o seguinte:

> Com o advento do Código Civil de 2002 passamos a ter um regime jurídico único para a adoção: o judicial. O art. 1.623 do Código Civil dispõe que, qualquer que seja a idade do adotando, será judicial o processo para adoção.

Mas também explica que:

> Todo o capítulo do CC que cuidava da adoção foi revogado pela Lei n. 12.010/2009, restando apenas dois artigos – 1.618 e 1.619. o primeiro deles dispõe que a adoção de crianças e adolescentes será regida pelas normas constantes do Estatuto da Criança e do Adolescente. O segundo artigo cuida da adoção de pessoas maiores de 18 anos, determinando que sua constituição se dê por meio de processo judicial e que serão aplicadas, no que couber, as regras do ECA.'' (MACIEL, 2021, p. 757).

Segundo Maria Berenice Dias (2016, p. 437), a adoção é uma "modalidade de filiação constituída no amor, gerando vínculo de parentesco por opção". No Brasil, esse instituto é normatizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), pelo Código Civil e pelas Leis nº 12.010/2009 e 13.509/2017.

No conceito de outro autor:

> A adoção é o ato do adotante pelo qual traz ele, para sua família e na condição de filho, pessoa que lhe é estranha. Ou ainda a adoção sendo o meio no qual atribui a condição de filho ao adotado, ocorrendo total e completo desligamento do adotado com o seu vínculo familiar anterior, salvo no caso de impedimentos matrimoniais. (CURY, 2010, p.190).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Neste âmbito da adoção, deve-se destacar que a vida em convivência familiar é fundamental para o desenvolvimento do ser humano, já que a maior parte da identidade é construída socialmente e esse espaço participa efetivamente desse processo. Segundo Diniz (2006):

> Adoção é o ato jurídico solene pelo qual, observados os requisitos legais, alguém estabelece, independentemente de qualquer relação de parentesco consanguíneo ou afim, um vínculo fictício de filiação, trazendo para sua família, na condição de filho, pessoa que, geralmente, lhe é estranha. (DINIZ, 2006, p. 1323)

Em relação a sua natureza jurídica, FRANÇA (2014) informa que a adoção é uma ação de estado, de caráter constitutivo, onde o Estado mostra que tem uma participação necessária e ativa no processo de adoção, que não ocorre apenas por vontade de ambas as partes interessadas.

Maciel (2021, p. 767) ensina ainda:

> Todos os conceitos, porém, por mais diversos, confluem para um ponto comum: a criação de vínculo jurídico de filiação. Ninguém discorda, portanto, de que a adoção confere a alguém o estado de filho. A esta modalidade de filiação dá-se o nome de parentesco civil, pois desvinculado do laço de consanguinidade, sendo parentesco constituído pela lei, que cria uma nova situação jurídica, uma nova relação de filiação.

Brevemente, informa-se que o processo de adoção é gratuito e deve ser iniciado na Vara de Infância e Juventude próximo de sua residência, onde é possível fazer o pré-cadastro com titulação completa, dados da família e o perfil da criança ou adolescente desejado. A idade mínima para optar pela adoção é de 18 anos de idade, independentemente do estado civil da pessoa, na condição de que seja respeitada a diferença de 16 anos entre a pessoa que deseja adotar e o filho a ser acolhido.

3 DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana é um fundamento constitucional que alicerça todo o ordenamento jurídico, e é considerado um meta-princípio, pois ela possui uma natureza multifacetada, portanto, pode ser analisada a partir de diferentes visões, primas.

Baez (2014) completa dizendo que o núcleo dos direitos humanos é a própria dignidade humana a qual deve ser analisada pelas duas dimensões citadas, tanto a básica como a cultural. E explica que a dimensão básica seriam os direitos humanos fundamentais,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

os quais todos os indivíduos possuem, independente do contexto a ser analisado e a dimensão cultural e seriam os direitos humanos que dependem da análise cultural e são o resultado de cada povo. Mesmo dividindo os direitos humanos em dimensões, isso não retira o caráter indivisível da categoria. Isso porque as normas são independentes.

Plácido e Silva (2017) consigna que:

> Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico.

Assim, ensina Giacomolli (2014, p. 12),

> Uma leitura convencional e constitucional do processo penal, a partir da constitucionalização dos direitos humanos, é um dos pilares a sustentar o processo penal humanitário. [...] Por isso, há que se falar em processo penal constitucional, convencional e humanitário, ou seja, o do devido processo.

Para Ingo Wolfgang Sarlet (2018), o princípio da dignidade da pessoa humana é:

> [...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo ato e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Na mesma linha, Edilsom Pereira (2018) preleciona que o valor da pessoa humana é traduzido juridicamente pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, sendo este a proposição jurídica do valor em questão. Aduz ainda que a pessoa humana é

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

hoje considerada como o mais eminente de todos os valores porque constitui a fonte e a raiz de todos os demais valores.

Neste caso, segundo Lôbo (2009 apud FRANÇA, 2014, p.5), esta se situa como elemento constitutivo do direito positivo:

> A dignidade da pessoa humana é o núcleo existencial essencialmente comum a todas as pessoas humanas, como membros iguais do gênero humano, impondo-se um dever geral de respeito, tutela e intocabilidade. A dignidade nos faz únicos e ao mesmo tempo iguais. Há um mínimo comum que identifica todos os seres humanos como iguais, independentemente da origem, do sexo, da idade, da etnia, da aparência, da sanidade física ou mental e das condições sócio-econômicas. Viola o princípio da dignidade da pessoa humana todo ato, conduta ou atitude que coisifique a pessoa, ou seja, que a equipare a uma coisa disponível ou a um objeto.

O autor expõe este princípio como uma base essencial e comum a todas as pessoas, destacando a igualdade da pessoa humana como um princípio de respeito às diferenças, aproximando-se de uma perspectiva jurídico-filosófica.

Considerando que tal conceito pode ser abordado a partir de diversas perspectivas, por fazer parte das diferentes esferas da vida, uma abordagem mais voltada para a prática jurídica é apresentada por Diniz (2005):

> A pessoa humana e sua dignidade constituem o fundamento e fim da sociedade e do Estado, sendo o valor que prevalecerá na aplicação do direito e sobre qualquer tipo de avanço cientifico e tecnológico. Onde há uma imposição de limites ao legislador e ao operador de direito, reconhecendo-se que o respeito ao ser humano em todas as suas fases evolutivas só é alcançado se estiver atento à sua dignidade. (DINIZ, 2005 p. 852)

A autora analisa o princípio, como parte do ordenamento jurídico do Estado Democrático de direito e sua aplicação no seio do ordenamento jurídico. Sublinha a sua importância para a sociedade, bem como para o desenvolvimento e crescimento do Estado de direito.

Se tratando sobre outro princípio, na atual Constituição de Portugal, o artigo 13º dispõe sobre o princípio da igualdade:

> 1. Todos os cidadãos têm a mesma dignidade social e são iguais perante a lei; 2. Ninguém pode ser privilegiado, beneficiado,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> prejudicado, privado de qualquer direito ou isento de qualquer dever em razão de ascendência, sexo, raça, língua, território de origem, religião, convicções políticas ou ideológicas, instrução, situação económica, condição social ou orientação sexual. (PORTUGAL, [2005], não paginado)

Na Constituição Federal de 1988, a igualdade consta já como objetivo da República (artigo 3º, III e IV), além da reiteração verificada no artigo 5º (*caput* e inciso I), e é neste ambiente jurídico que se deve perscruta-la, ciente da advertência de que a noção de igualdade é fluida e variável, e cada Estado, cada credo, cada ideologia acaba externando-a de forma diversa (BRASIL. [2021]).

A CF considera a dignidade da pessoa humana como um dos pilares do ordenamento jurídico vigente, dada a importância da pessoa física para a própria existência do direito. Portanto, é da maior importância que este princípio seja respeitado e protegido a todo custo para que possamos caminhar em direção a uma sociedade mais equitativa.

Discorre sobre o princípio da proteção integral da criança e do adolescente, similarmente, conhecido como não discriminação dos filhos, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, possui a seguinte redação:

> É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, [2021a], não paginado).

O Estatuto da Criança e do Adolescente também vem assegurar este direito da seguinte forma:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária (BRASIL, [2021b], não paginado).

O Estatuto acima mencionado também prevê a garantia dos interesses dos menores dessa maneira:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade (BRASIL, [2021b], não paginado).

> Art. 43. A adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos (BRASIL, [2021b], não paginado).

Nesse aspecto está o princípio da igualdade, que pressupõe tratamento igualitário das pessoas sem distinção. Esta é uma clara violação do referido princípio, uma vez que os adotantes atuam com violação dos direitos de propriedade intelectual na escolha do perfil da criança adotada.

Tal seletividade afronta a dignidade das crianças na fila de adoção, bem como o princípio da isonomia, já que existe um claro tratamento diferenciado por parte dos adotantes.

4 PERFIL ESPECIFICO DOS ADOTANTES

A seleção do perfil da criança durante o processo adotivo pode gerar consequências sociais, emocionais e psicológicas à criança que está na fila de espera para ser adotada, porque nas situações em que há um processo adotivo, os adotantes fazem uma seleção daquele perfil de criança desejado em relação à raça, etnia, cor, etc.

Essa situação fere um direito constitucional, o convívio familiar e comunitário, estabelecido como direito fundamental pela Constituição Federal em seu artigo 227 no que se refere a crianças e adolescentes. Segundo Orselli (2011, p. 5 apud MACIEL, 2013, não paginado) ainda acrescenta que:

> Além de atentar contra a dignidade humana do adotando, a possibilidade de selecionar suas características físicas implica a segunda causa de demora no trâmite da adoção. Consequência que se reflete drasticamente na vida da criança e do adolescente, porquanto os obriga a permanecer muito tempo, ou até mesmo toda sua menoridade, dentro de uma instituição. Crescem sob os cuidados impessoais de uma equipe profissional e sem conhecer aquilo que a Constituição Federal assegura no artigo 227, o direito à convivência familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Essa preocupação tem base nos estatísticos da adoção no Brasil, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA), atualizados no dia 28 de outubro de 2021.

A realidade brasileira indica preferência por características específicas, como primazia do sexo feminino, raça branca, filhos pequenos e boa saúde física e mental. Segundo o levantamento do CNJ, 1.997 (4.2%) dos pretendentes aceitam adotar crianças negras, dados atualizados do dia 28 de outubro de 2021.

Sobre o assunto Rufino (2003 apud FRANÇA, 2014, p. 11) aponta:

> Dentre os limites e preconceitos que atravessam o processo de adoção, verificamos o preconceito racial, constituindo-se um dos sérios entraves quanto à escolha do adotado. Na aplicação da medida de adoção, o grupo de origem negra que integra a relação dos excluídos, parece se destacar negativamente dos demais. A intolerância às diferenças raciais se configura na atitude de adotantes que expressam suas preferências, geralmente por crianças brancas.

O levantamento do CNJ apresenta outros números que reforçam essa situação, visto que são 29.353 crianças acolhidas e 32.826 pretendentes disponíveis, ou seja, apenas 1.982 dos inscritos pretendem adotar somente crianças negras contra 12.034 que aceitam somente crianças da raça branca.

Dessa forma, Orseli (2011) verifica uma afronta ao princípio da dignidade humana tendo em vista que a escolha do perfil dos adotados interessa única e exclusivamente aos adotantes, considerando ainda que estas crianças ficam à mercê de um processo seletivo baseado apenas nas características mentais e físicas, sendo assim, Maciel (2013) compreende que poderia o Ministério Público no momento do processo de adoção tomar medidas no sentido de impedir a escolha do perfil com fundamento na afronta ao princípio da dignidade, com tudo isso, a escolha das características físicas e mentais são impossíveis, dado isso, um ponto que não deveria ter fundamento legal na adoção.

Neste contexto, a Lei 12.010/2009, que regulamenta a garantia do direito à convívio familiar para todas as crianças e adolescentes, é mais um avanço para tornar mais efetivas as garantias constitucionais do menor, bem como para atualizar, ampliar o ECA e o sistema protetivo da criança.

Ferreira (2010) destaca ainda que:

> o enfoque está sendo dado ao adotante e não ao adotado, ou seja, a preocupação está em atender às expectativas do adotante que busca uma criança semelhante a sua aparência (que poderia se passar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> por um filho verdadeiro), e não em garantir a convivência familiar para uma criança que não se apresenta com as mesmas características do adotante. (FERREIRA, 2010, p. 85)

Embora o autor Ferreira (2010) se refira à adoção inter-racial, essa questão se estende de outro ponto de vista motivado pelo direito de escolha, como a predominância por buscas de crianças que ainda não está na maior idade. Essa exigência do perfil é altíssima e preocupante, tanto que a adoção já é considerada tardia após os dois anos. Sobre o assunto Schettini (2012) destaca:

> Em nossa cultura, observa-se a preferência por crianças recém-nascidas ou muito pequenas ainda. Isso se justifica tanto pela necessidade de garantir uma formação segundo os padrões dos pais adotantes como pelo propósito de assegurar o estabelecimento de uma sólida relação afetiva, que impeça qualquer possibilidade de retorno aos pais biológicos. Em outras culturas, essa preferência não é tão acentuada. É comum, entre os europeus, a adoção de crianças de mais idade, inclusive de pré-adolescentes. (SCHETTINI, 2012, p. 48).

Torna-se claro que o direito de escolha na verdade contradiz os direitos dos adotados que são punidos por sua propriedade. O ECA define ainda em seu artigo 5º, sobre a atenção a seus direitos fundamentais que "nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão" (BRASIL, [2021b], não paginado).

Nesse sentido, a autora Anuska Maria Ribas de França (2014, p. 15) explica:

> [...] Sendo assim, verifica-se no direito de escolha uma afronta, em diferentes aspectos, ao princípio da dignidade humana reconhecidos na legislação brasileira, independente dos motivos defendidos pelos pretendentes para a definição do perfil. Contudo, não cabe aqui a análise das razões que remetem as escolhas dos pretendentes, mas as suas consequências na vida dos adotandos.

Portanto, a escolha do perfil afronta a dignidade humana duplamente. Primeiro quando impugna a igualdade de todas as pessoas sem discriminação de qualquer natureza, e segundo, quando favorece lentidão no processo, deixando ou até mesmo bloqueando a entrada do direito à convivência familiar.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No ponto de vista de Oliveira (2012, p. 13), a decisão de adotar uma criança ou um adolescente é de suma importância e deve ser pensada com muita seriedade pelo adotante, visto que adotar é reconhecer no filho gerado por outro, o próprio filho

5 MEDIDAS PARA MUDAR A FORMA COMO É FEITA A ADOÇÃO

De acordo com o Instituto Geração Amanhã (BRASIL, 2021c, não paginado), uma das medidas a ser analisada para essa mudança é o Apadrinhamento Afetivo, que consiste em:

> [...] uma prática solidária de apoio afetivo a crianças e adolescentes que vivem em instituições de acolhimento – em geral aqueles com chance remota de retorno à família de origem ou adoção, ou que estão por muito tempo em instituições e adolescentes com idade próxima ao desligamento.

O promotor de Justiça David Kerber de Aguiar (BRASIL, 2020, não paginado) explica o que seguinte sobre o apadrinhamento afetivo:

> As pessoas que desejarem participar dos Projetos de Apadrinhamento Afetivo não devem estar cadastradas no Sistema Nacional de Adoção, conforme o artigo 19-B, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, pois são dois programas com finalidades distintas. A regra existe para que pessoas habilitadas à adoção não se proponham a apadrinhar na tentativa de criar vínculos com as crianças e assim burlar a lista de espera.

Em casos excepcionais, por exemplo, em uma situação que determinada família, não sendo apta para adotar, deseja se aproximar afetivamente de determinada criança que se encontra na fila de espera para ser adotada, por não ter adotandos que queiram adotá-la, tornando-se padrinho do referido infante, os padrinhos podem, não existindo adotandos com o objetivo de adotar, se habilitarem e se candidatarem à adoção, com medida de exceção, para resguardar o direito daquela criança (BRASIL, 2020).

Para diminuir o número de crianças e adolescentes em instituições é preciso mudar as políticas públicas para que o ordenamento jurídico priorize a defesa dessas crianças e adolescentes, exemplo, no caso do apadrinhamento afetivo, a pessoa não pode estar cadastrado para adotar, porém, atuando como padrinho afetivo podem proporcionar ao menor uma convivência familiar, isto é, o padrinho ou madrinha pega o menor e leva para sorveteria, para sua residência, compra presente de natal, dar apoio em várias situações (leva ao médico), mas se ele quiser adota-lo(a), ele não consegue. Ou seja, ainda que o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

padrinho afetivo não esteja cadastrado no Sistema Nacional de Adoção, se ele se interessar pela criança ele não poderia adotar.

Com isso, é de suma importância também priorizar através de campanhas para que essa Lei nº 13.509/2017, que trata sobre o Programa de Apadrinhamento Afetivo seja alterada, onde o padrinho pode se candidatar à adoção tendo como princípio da proteção integral e do melhor interesse da criança e adolescente. Como também deve atentar-se à tutela desses princípios citados acima a fim de salvaguardar os direitos inerentes ao adotado e garantir-lhe a ele o mínimo existencial, a convivência familiar, o desenvolvimento dele como sujeito de direitos e deveres como, por exemplo, no passo a passo para adotar uma criança, onde a pessoa passa por uma entrevista com psicólogos e assistentes sociais que assessoram o juiz da Infância e Juventude.

Portanto, é nessa etapa que os pretendentes à adoção especificam o perfil de jovem que querem adotar, com isso, notaremos que, essa etapa é irrelevante para o procedimento, pois, quando a mulher está gerando um feto não é possível fazer essa escolha sobre sua raça, idade, condição física ou até mesmo aparência.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral e também a questão central deste trabalho foi caracterizar as estratégias de enfrentamento que utilizam a adoção, onde sua finalidade é amparar a criança ou o adolescente que já foi privado uma vez de ter uma convivência familiar, para lidar com os desafios do nosso cotidiano, independentemente de suas características físicas.

Para cumprir com o objetivo específico de identificar os aspectos de enfrentamento que surgem durante a adequação oriunda do processo de adoção, a acadêmica utilizou-se várias pesquisas através da utilização de obras bibliográficas, utilizando-se de fontes secundárias, especificamente, doutrina jurídica e trabalhos acadêmicos, para detectar tal problema que causa essa lentidão no processo adotivo.

Este estudo apresentado tem a subjetividade que mostra o caminho certo a seguir nas respostas/conclusões encontradas pelas pesquisas, ou seja, trata-se da visão de cada autor de artigos científicos, sobre dados estáticos que mostram diversas pessoas que estão aguardando na fila de espera para efetivar uma adoção, consequentemente, estão à procura de uma criança para compor sua família se tratando do perfil desejado.

Notou-se o que foi estudado em questão, desde o começo deste trabalho que em relação ao perfil especifico dos adotando ficou bem claro que o perfil desejado é aquele da cor branca, bebês de até 2 anos de idade, do sexo feminino, com a melhor condição de saúde física/mental, que isto afeta, positivamente, o princípio da dignidade da pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

humana. Considerando que no processo adotivo os adotantes selecionam perfis de crianças para adotarem, escolhem características de cor de pele, cor dos olhos, estatura, forma física, entre outras, e, consequentemente, esses infantes acabam tendo a dignidade deles infringida.

Diz–se infringido porque a seletividade dos adotantes faz com que as crianças ficam na fila de espera da adoção à mercê das preferências de perfis específicos e, além disso, na medida que as crianças esperam uma por uma única chance para serem adotados, as suas idades também vão aumentando, o que pode diminuir a possibilidade de serem aceitos para fazerem parte de determinada família.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e o Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento (SNA) demonstra, através de números, que a seletividade dos adotando afronta a dignidade das crianças que se encontram em filas de espera para serem adotados, ou seja, são 29.361 crianças acolhidas, 4.262 crianças disponíveis para adoção, 4.713 crianças em processo, e 32.883 pretendentes disponíveis. No entanto, existem disponíveis 8.282 (25,2%) do sexo feminino, 2.481 (7.5%) disponíveis do sexo masculino e 21.120 (67.3%) que aceitam qualquer gênero. Existem também a quantidade por doença aceita, pretendentes disponíveis: 13.067 (41.6%), e por doença não aceita, pretendentes disponíveis: 19.021 (58,4%). Por último, tem-se a quantidade por idade aceita, até 2 anos tem 6.383 pretendentes disponíveis, até 4 anos 10.910 pretendentes disponíveis, até 8 anos 3.827 pretendentes disponíveis e até 14 anos 171 pretendentes disponíveis, dados atualizados do dia 28 de outubro de 2021.

É necessário destacar também que a restrição existente dos direitos dos infantes pode ocasionar também a lentidão no processo de adoção, deixando-o ainda mais demorado e burocrático, o que gera também violação ao texto constitucional e ao texto do Estatuto da Criança e do adolescente. Ressalta-se que essas legislações buscam a efetivação da convivência familiar e do desenvolvimento das crianças e adolescentes em um lar, através de um procedimento mais célere, evitando estender por muito tempo o acolhimento institucional.

Logo, é interessante bater nessa tecla, para demonstrar que o CNJ mostra, através de números, que a seletividade dos adotandos afronta a dignidade das crianças que se encontram em filas de espera para serem adotados, ou seja, as pessoas disponíveis/aptas para adotar acabam descriminalizando as crianças que não se encaixam no perfil que elas buscam na hora de preencher um formulário com seu perfil desejado, isto é, devido à raça, idade ou até mesmo sua condição física.

Sugere-se, para novos estudos, saber o porquê esses números levam a questionar qual seria o problema da adoção no Brasil?

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por que tal seletividade dos adotantes no processo adotivo dificulta crianças a serem incluídas em famílias substitutas?

REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiza Fonseca de. **O PERFIL DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE DESEJADO PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL E A ESCOLHA DO PERFIL PELOS PRETENDENTES**. 2019. 84 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Fundação Getúlio Vargas – Escola de Direito de São Paulo. São Paulo, 2019. Disponível em: https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/29327/Última%20versão%20-%20O%20perfil%20da%20criança%20e%20do%20adolescente%20desejado%20-%20Luiza%20Fonseca%20de%20Araujo.pdf. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de**

1988. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, [2021a].

BRASIL. [ECA (1990)]. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 27 out. 2021.

BRASIL. **O que é Apadrinhamento afetivo?** Instituto Geração Amanhã, 2021c. Disponível em: https://geracaoamanha.org.br/o-que-e-apadrinhamento-afetivo/. Acesso em: 28 out. 2021.

BRASIL. **Padrinhos afetivos passam quarentena com crianças e adolescentes acolhido**. Ministério Público do Paraná – MPPR, 2020. Disponível em: https://mppr.mp.br/2020/05/22632,10/Padrinhos-afetivos-passam-quarentena-com-criancas-e-adolescentes-acolhidos.html. Acesso em: 16 out. 2021**.**

BRASIL. **Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento**. Portal CNJ. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/adocao/. Acesso em: 19 out. 2021 e 27 out. 2021.

CARVALHO, Geraldo Guilherme Ribeiro de. **A escolha do perfil do adotado em contraposição aos princípios de proteção à criança**. Jus.com, 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/70847/a-escolha-do-perfil-do-adotado-em-contraposicao-aos-principios-de-protecao-a-crianca/2. Acesso em: 14 out. 2021.

FRANÇA, Anuska Maria Ribas de. **PROCESSO DE ADOÇÃO: A ESCOLHA DAS CARACTERÍSTICAS DO ADOTANDO EM CONFRONTO COM O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA**. Faculdade Integrada de Pernambuco. Pernambuco. Disponível em:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

https://openrit.grupotiradentes.com/xmlui/bitstream/handle/set/669/ANUSKA%20MARIA%20RIBAS%20DE%20FRANÇA.pdf?sequence=1. Acesso em: 12 out. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal – Abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 12.

MACIEL, Juliana Filgueiras. **Adoção no Brasil e a escolha do perfil do adotado: uma afronta ao princípio da dignidade humana**. Conteúdo Jurídico, 2013. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/36457/adocao-no-brasil-e-a-escolha-do-perfil-do-adotado-uma-afronta-ao-principio-da-dignidade-humana. Acesso em: 15 out. 2021.

MACIEL, K. R. F. L. A. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente. 13. ed.** São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

OLIVEIRA, Ingrid Cristina de. **O PROCESSO DE ADOÇÃO NO BRASIL**. 2012. 51 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – – Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. São Paulo, 2012. Disponível em: https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/918/TCC%20Ingrid.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 14 out. 2021.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. VII REVISÃO CONSTITUCIONAL [2005]. Disponível em: https://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx. Acesso em: 27 ago. 2021.

RIBEIRO, Bárbara Maria Dantas Mendes. **Uma análise dos aspectos gerais do princípio da dignidade da pessoa humana**. Jus.com, 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/67466/uma-analise-dos-aspectos-gerais-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana. Acesso em: 15 out. 2021.

SILVA, Fernando Muniz. **O princípio da igualdade**. Âmbito Jurídico, 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-igualdade. Acesso em: 16 out. 2021.

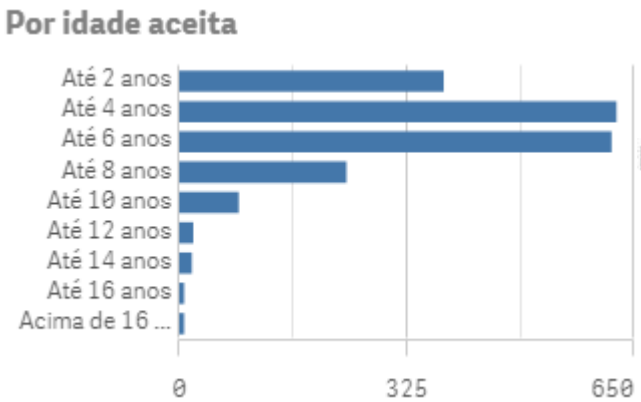
SILVINO, Jamile. **O princípio da dignidade da pessoa humana**. Jus.com, 2017. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/62512/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana. Acesso em: 18 out. 2021.

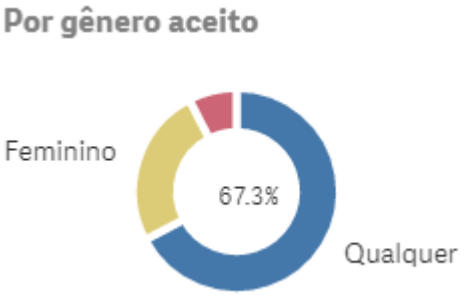
WOLF, Arno; BAEZ, Narciso Leandro Xavier. **DIGNIDADE HUMANA E O MULTICULTURALISMO**. Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC. Santa Catarina, 2013. Disponível em:

https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/uils/article/view/4028/2136. Acesso em: 16 out. 2021.

ANEXOS

Mapa do site atualizado no dia 28/10/2021 com os dados descritos acima.





Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

OS DEVERES DO CIDADÃO BRASILEIRO EM CASO DE PANDEMIA

DEBORA LIMA DE OLIVEIRA SOARES DA MATA:
Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

ISA OMENA MACHADO DE FREITAS[134]

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho teve como tema "Os deveres do cidadão brasileiro em caso de pandemia". Justifica-se o trabalho tendo em vista que conforme o estudo realizado, a maioria dos artigos não abordam acerca dos deveres, mas tão somente dos direitos dos cidadãos. O objetivo geral desta pesquisa foi demonstrar quais são os deveres dos cidadãos durante período pandêmico, principalmente em que medidas sanitárias estejam instaladas. Para atingir os objetivos propostos, utilizou-se a metodologia do trabalho jurídico, com o método dedutivo, com a técnica exploratória bibliográfica e documental. O resultado obtido foi que o ato de descumprir as medias impostas pelo referido dispositivo, ou seja, medidas sanitárias preventivas de caráter preventivas determinadas pelo Poder Público podem ser caracterizadas como pratica de crime elencado no artigo 268 do Código Penal. No entanto, apesar de ser considerada criminosa a conduta não resultará em efeitos mais danosos na esfera processual penal para os indivíduos, uma vez que se trata de infração de baixo potencial ofensivo. Neste diapasão é imprescindível que medidas mais severas sejam criadas para coibir posturas que porventura venham descumprir as obrigações de um indivíduo como cidadão, uma vez que a convivência em sociedade deve assegurar que os mesmos não venham, através de posturas erradas oferecer riscos a integridade física e a saúde de outrem.

Palavras-chave: Pandemia. Sociedade. Direito. Deveres. Cidadãos.

ABSTRACT: The present work had as its theme "The duties of the Brazilian citizen in the event of a pandemic". The work is justified in view of the fact that, according to the study carried out, most articles do not address the duties, but only the rights of citizens. The general objective of this research was to demonstrate the duties of citizens during a pandemic period, especially when sanitary measures are in place. To achieve the proposed objectives, the methodology of legal work was used, with the deductive method, with the bibliographic and documentary exploratory technique. The result obtained was that the act of non-compliance with the measures imposed by the aforementioned provision, that is, preventive sanitary measures of a preventive nature determined by the Public Authority

134 Mestra em Direito. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: isa.freitas@unest.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

can be characterized as a crime listed in article 268 of the Penal Code. However, despite being considered criminal, the conduct will not result in more harmful effects in the criminal procedure sphere for individuals, since it is an infraction with low offensive potential. In this setting, it is essential that more severe measures are created to curb attitudes that may not comply with the obligations of an individual as a citizen, since coexistence in society must ensure that they do not come, through wrong postures, offering risks to physical integrity and the health of others.

Keywords: Pandemic. Society. Right. Duties. Citizens.

1 INTRODUÇÃO

Segundo a Organização Pan Americana de Saúde e Organização Mundial da Saúde (OMS) o surto da doença ocasionada pelo novo coronavírus (COVID-19) tornou-se uma emergência de Saúde Pública de Importância Mundial em janeiro de 2020, chegando ao Brasil em março do mesmo ano, quando foi caracterizada como uma pandemia. (OPAS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, s.d.) Foram confirmados no mundo, até o dia 3 de agosto de 2020, 17.918.582 casos de COVID-19 e 686.703 mortes. (OPAS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, s.d.).

Devido ao seu elevado índice e facilidade de contaminação, o Governo Federal impôs diversas medidas de combate para impedir a disseminação da doença, dentre os quais encontra-se o uso obrigatório de máscaras e isolamento social (VALENTE, 2020). Pode-se dizer assim, que tornou-se dever dos cidadãos seguirem à risca as medidas impostas, com o objetivo precípuo de impedir que mais pessoas fossem contaminadas.

Desta forma, o presente trabalho de conclusão de curso tem como tema "Os deveres do cidadão brasileiro em caso de pandemia", e, como delimitação do tema, necessidade de demonstrar quais são os deveres dos cidadãos durante período pandêmico, principalmente em que medidas sanitárias estejam instaladas.

O estudo justifica-se devido ao fato de que muito se fala acerca dos direitos dos cidadãos em casos de pandemia, mas pouco se ouve falar sobre os deveres destes. Logo, conhecer os deveres de um cidadão em cenários de calamidade pública como os resultantes da pandemia faz-se extremamente necessário.

Justifica-se também o trabalho, tendo em vista que conforme o estudo realizado, a maioria dos artigos não abordam acerca dos deveres, mas tão somente dos direitos dos cidadãos.

O principal questionamento que se pretende responder no decorrer da pesquisa é: juridicamente, quais são os deveres dos cidadãos em casos de pandemia, e o que pode

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ocorrer caso os mesmos venham descumprir medidas sanitárias impostas com o objetivo de minimizar o contágio e a disseminação da doença?

O objetivo geral da presente pesquisa é demonstrar quais são os deveres dos cidadãos durante período pandêmico, principalmente em que medidas sanitárias estejam instaladas.

E como objetivos específicos: a) discorrer sobre os tipos de pandemia ocorridas no país; b) salientar sobre as principais medidas sanitárias impostas no país; c) estudar quais são os principais deveres dos cidadãos em casos de pandemia, e d) elucidar as consequências trazidas pelo não cumprimento das medidas sanitárias impostas.

Para que os objetivos sejam alcançados, o presente trabalho utiliza a metodologia do trabalho jurídico que é "voltada ás instruções práticas para a formatação e a compreensão da engrenagem de técnicas de organização do trabalho jurídico científico" (BITTAR, 2015, p. 53), e o método utilizado é o indutivo que "corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de evidências concretas passíveis de ser generalizadas." (BITTAR, 2015, p. 34), que "procede do particular para o geral, ressaltando-se a empiria do ponto de partida." (BITTAR, 2015, p. 34), com a técnica exploratória bibliográfica e documental.

A presente monografia será dividida em dois Capítulos. Logo, o primeiro capitulo visa demonstrar quais foram as pandemias existentes no país, trazendo uma breve diferenciação entre pandemia, endemia e epidemia. Posteriormente buscou-se elucidar a Pandemia do Coronavírus no país demonstrando as principais medidas de isolamento adotas. Em seguida, buscou-se demonstrar os deveres dos cidadãos, bem como a legislação vigente e as possíveis consequências pelo não cumprimento das medidas sanitárias impostas.

2 TIPOS DE PANDEMIA NO BRASIL

A primeira pandemia reconhecida teve início na Asia, em 1850 durante o verão e em apensas seis meses já havia se espalhado por outros continentes como África e Europa, até que migrou para América do Norte, nesta época houve uma elevada taxa da doença e uma característica comum de pandemias que ocorreram futuramente, conforme a que foi Relatada no Reino Unido, resultando em diversas ondas de infecção tanto no verão como no outono do mesmo ano. Além da gripe outros tipos de pandemia foram registrados ao longo da história, como os casos de Tifo, que ocorreu na época das cruzadas e as de Cólera, que tem sido registrada desde 1816 (VAN TAM, 2010).

Posteriormente, mais especificamente no final da Primeira Guerra Mundial, a Gripe espanhola tornou-se uma pandemia de escala global, e assim como a pandemia do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

coronavírus foi considerada devastadora. Apelidada de gripe espanhola devido ao fato de que os primeiros casos teriam surgido na Espanha, neste período aproximadamente 50 milhões de pessoas foram a óbito (DE CARVALHO, 2021).

Acredita-se que na época a disseminação do vírus tenha sido intensificada por conta dos soldados que retornavam das trincheiras. As empresas de transporte na época tentaram impedir a propagação da infecção fazendo com que seus funcionários usassem coberturas faciais, algo análogo as máscaras utilizadas atualmente. Os cidadãos comuns também foram estimulados a usar as máscaras como objetivo de salvar suas vidas, muitas as fizeram com gaze e adicionaram gotas de desinfetantes, bem como utilizavam outras engenhocas para cobrir a região nasal (DE CARVALHO, 2021).

E como se sabe mais recentemente, outra pandemia assolou todos os países, responsável por milhões de mortes, internações e inúmeros problemas de saúde pública, tais como escassez de leitos, insumos hospitalares, necessidade de desenvolvimento de vacinas em velocidade jamais vista. (OPAS – ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE, s.d.)

Assim, mediante a cenário de calamidades públicas como os apresentados pelas pandemias supracitadas, aos cidadãos são impostos direitos e deveres. No entanto, muito se houve falar em direitos dos cidadãos, mais quais seriam seus deveres quanto cívico mediante a este cenário de calamidade pública (BBC BRASIL, 2021).

2.1 DIFERENÇAS BÁSICAS ENTRE PANDEMIA, EPIDEMIA E ENDEMIAS

De um modo geral pode-se dizer que uma epidemia ocorre quando o surto de uma determinada doença está presente em várias regiões e ao mesmo tempo. A epidemia por sua vez é aquela que ocorre a nível municipal, ou seja, diversos bairros apresentam o surto de uma mesma doença, mas são pertencentes a uma localidade restrita e pode ser considerada a nível nacional quando a mesma atinge diversas regiões de um mesmo país, um exemplo claro é a dengue, que no verão, atinge diversas regiões do Brasil e ao mesmo tempo. (DE CARVALHO, 2021).

Já a pandemia, em uma escala de gravidade, quando comparado com os dois cenários citados anteriormente, é considerado mais grave, acontece quando uma determinada doença estende-se a nível mundial, conforme citado anteriormente, sendo citados como exemplos clássicos: Gripe Espanhola, Tifo, Cólera e atualmente o novo Coronavírus, Já a endemia esta não está relacionada a uma questão quantitativa, refere-se a uma doença que manifesta-se com uma determinada frequência e apenas em uma determinada região do pais como é o caso da Febre Amarela e Doença de Chagas. (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2.2 PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS

O Covid-19 iniciou-se em dezembro de 2019, com seu ápice em 2020, sendo uma doença viral em decorrência do SARS-Cov-2, tendo seu primeiro surgimento na China e posteriormente espalhado pelo mundo inteiro, isto porque é uma doença que tem um alto índice de transmissão (SANTOS; OLIVEIRA, 2020). Sua transmissão pode ser através de pessoa a pessoa por um aperto de mão, tosse ou espirro, o que gera seu alto índice de transmissão.

Segundo Santos e Oliveira (2020, p. 76) é "um vírus novo para a humanidade, vacina e medicação eficiente para combatê-lo ainda são limitadas. Portanto, o cuidado mais eficaz é isolar-se".

Por sua vez, entende Normando (2021, p. 6) que o Covid 19 pode ser compreendido "como uma dessas crises, a qual tem se caracterizado como um dos maiores problemas de saúde pública internacional das últimas décadas, tendo atingido praticamente todo o planeta".

A taxa de mortalidade da COVID-19 mostrou-se elevada quando comparadas com outras pandemias que ocorreram em nosso país anteriormente, como o caso das gripes periódicas, a exemplo do grupo Influenza, o que fica evidente nas palavras de Faro (2020, p. 2-3):

> A falta de imunização dm um primeiro momento mediante a esse novo vírus e, principalmente, a sua alta taxa de transmissibilidade e comportamento desconhecidos têm caracterizado a emergência do problema de saúde pública tanto nacional como internacional já é uma marca da pandemia do novo coronavírus que fração significativa das pessoas com sintomas da COVID-19 tende a demandar atendimento quase que simultaneamente, de modo a superlotar os sistemas de saúde. Isso tem ocorrido em virtude do medo disseminado a respeito da doença e/ou da severidade de alguns sintomas - febre e falta de ar, principalmente -, o que provoca dificuldades, em cadeia, nos sistemas de saúde de todo o mundo. Essa demanda súbita por assistência imediata sobrecarrega todos os níveis de atenção, especialmente o terciário (hospitalar, de medicina intensiva), desencadeando crises na saúde pública tanto de países em desenvolvimento quanto em países ricos, quase que ao mesmo tempo e em todos os continentes, situação sem precedentes ao longo das últimas décadas. (FARO *et al.*, 2020, p. 2-3)

Outras medidas que foram sendo adotadas são quarentena e o isolamento que embora são termos parecidos possuem objetivos complementares, porém distintos. A quarentena tem como principal objetivo isolar um determinado individuo, restringindo assim sua circulação, especialmente aquelas que representam risco iminente de contaminação, na qual acredita-se ter tido contado com alguém infectados, normalmente realizados durante o período conhecido de incubação da doença, com objetivo de analisar se os mesmos ficarão doentes. (FARO *et al.*, 2020)

O isolamento por sua vez concerne na separação de pessoas doentes, infectadas por um determinado microrganismo, no qual pode ser transmitido por contato, como o caso da COVID-19, buscando- o afastar estes dos individuo sadios. (FARO *et al.*, 2020)

No âmbito nacional, a portaria 454 de 2020 declarou estado de Transmissão comunitária do novo coronavírus especificamente em março de 2020, o que fez entrar sem vigor a lei da quarentena que determinava as principais medidas de contenção para impedir a disseminação e contágio do novo coronavírus, para além dos casos já encontrados no país, o que de um certo modo não foi suficiente, tendo em visto que se observou um elevado número de óbitos e de pacientes contaminados no país. (BRASIL, 2020), isto ocorre segundo Faro (2020, p. 2-3) porque:

> A taxa de mortalidade da COVID-19 tem se mostrado superior à das gripes periódicas, a exemplo do grupo Influenza A falta de imunização frente a esse vírus e, principalmente, sua elevada facilidade de propagação têm caracterizado a emergência do problema de saúde pública internacional já é uma marca da pandemia do novo coronavírus que fração significativa das pessoas com sintomas da COVID-19 tende a demandar atendimento quase que simultaneamente, de modo a superlotar os sistemas de saúde. Isso tem ocorrido em virtude do medo disseminado a respeito da doença e/ou da severidade de alguns sintomas – febre e falta de ar, principalmente -, o que provoca dificuldades, em cadeia, nos sistemas de saúde de todo o mundo.
>
> Essa demanda súbita por assistência imediata sobrecarrega todos os níveis de atenção, especialmente o terciário (hospitalar, de medicina intensiva), desencadeando crises na saúde pública tanto de países em desenvolvimento quanto em países ricos, quase que ao mesmo tempo e em todos os continentes, situação sem precedentes ao longo das últimas décadas. (FARO *et al.*, 2020, p. 2-3)

No âmbito da prevenção em saúde, diversas medidas foram tomadas para conferir proteção a sociedade de um modo geral da exposição ao risco do contagio com uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

doença até então desconhecida pela população, medidas como o distanciamento social e quarentena (FARO, 2020).

2.2.1 Medidas de enfrentamento do Covid-19

Como se tem conhecimento, os números de casos não paravam de crescer desde o início da pandemia, de acordo com dados divulgados pelo Ministério da Saúde no Brasil, em 18 de maio de 2020, o país já contava com aproximadamente 254.220 casos confirmados da doença, sendo 136.969 em acompanhamento, 100.459 recuperados, incidência de 124,0 e 16.792 óbitos confirmados, letalidade 6,6% e mortalidade 8,0%. (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020).

Assim sendo, o Brasil foi considerado como o terceiro pais com maior número de infecções pela doença. A contenção da pandemia do novo coronavírus portanto, é considerado como um grande desafio, devendo assim serem adotadas medias rígidas para prevenção da saúde e contenção da disseminação da doença, devendo estas medidas obrigatoriamente serem adotadas por toda sociedade. (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020).

Contrapondo a efetivação destas medidas, questiona-se o avanço do Estado, sobre os direitos fundamentais dos cidadãos, especialmente sobre o direito de ir e vir, conforme artigo 5º, inciso XV, da Constituição Federal de 1988, "é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens". (BRASIL, 1988, não paginado).

No entanto, no atual momento da sociedade uma colisão entre a liberdade individual mediante ao direito fundamental a vida, e por conta disso questiona-se o direito do cidadão em proteger o outro, através da adoção das medidas restritivas e isolamento social.

A maior parte da população, especialmente nos primeiros meses de pandemia, adotou às medidas restritivas de circulação, que foram impostas pelas três esferas de governo, como suspensão das aulas, viagens, fechamento de comércios não essenciais, proibição de eventos com aglomerações, jogos de futebol dentre outros inúmeros eventos. (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020).

As medidas legais e administrativas que estão sendo adotadas por prefeitos, governadores, e pelo Governo Federal portanto, tem como principal objetivo efetivar o interesse público principalmente no que concerne a salvaguarda da saúde pública, consagrada constitucionalmente, como direito de todos e dever do Estado, assegurando assim sua universalidade e igualdade.

3 DEVERES DOS CIDADÃOS EM CASOS DE PANDEMIA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Antes de discorrer especificamente acerca dos direitos e deveres dos cidadãos em casos de pandemia, é imprescindível que o conceito de cidadania seja explanado.

Assim como o Direito, o conceito de cidadania renova-se constantemente, diante das transformações que ocorrem na sociedade, do contexto histórico vivenciado e principalmente em decorrência da mudança dos paradigmas ideológicos, devido a isto, é possível salientar que cidadania é considerada como uma ideia dinâmica. Neste diapasão, destaca Bonavides, Miranda e Agra (2009, p. 7) que:

> O conceito contemporâneo de cidadania se estendeu em direção a uma perspectiva na qual cidadão não é apenas aquele que vota, mas aquela pessoa que tem meios para exercer o voto de forma consciente e participativa. Portanto, cidadania é a condição de acesso aos direitos sociais (educação, saúde, segurança, previdência) e econômicos (salário justo, emprego) que permite que o cidadão possa desenvolver todas as suas potencialidades, incluindo a de participar de forma ativa, organizada e consciente, da construção da vida coletiva no Estado democrático. (BONAVIDES; MIRANDA; AGRA, 2009, p. 7).

De um modo geral, o conceito de cidadania pode ser dividido em três partes distintas: civil, política e social. O elemento civil é composto pelo direito necessário á liberdade individual, ou seja, aquela que o cidadão possui de ir e vir, liberdade de imprensa, pensamento e fé, o direito de propriedade, de construir contratos validos bem como os direitos a justiça. (DE CARVALHO, 2021).

Já os elementos sociais referem-se a tudo que vai desde o direto a um mínimo de bem-estar econômico até a segurança ao direito de participar por completo das heranças sociais, participando ativamente da sociedade de acordo com um padrão que prevalecem na sociedade. (DE CARVALHO, 2021).

Insta salientar que os cidadãos possuem direitos e deveres, especialmente em situações onde possa colocar a situação de uma terceira pessoa em risco. Desta forma, o presente estudo foi desenvolvido com o objetivo de entender quais são os principais deveres de um cidadão mediante a um cenário de pandemia como este instalado pela Pandemia do COVID-19.

De um certo modo não há mal nenhum neste aspecto, é imprescindível que as pessoas saibam dos seus direitos como cidadãos, para que assim possam exigir providencias no sentido de fruição e cumprimento dos mesmos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Neste diapasão, entende-se que "dever", de acordo com os estudos de Ávila (1967) indica uma necessidade, fundada num determinado físico, ou seja, um fenômeno que não pode deixar de correr. Como exemplo, cita-se o eclipse solar que ocorrerá em uma data e momento determinado. "Dever" está ligado a uma obrigação especifica, ou seja, uma tarefa determinada, imposta por uma autoridade competente.

Na definição do filósofo alemão Emmanuel Kant "dever" significa "estar obrigado a", "ligado a", 'preso à". Assim, a ideia de dever para Kant está ligada a boa vontade do indivíduo, independentemente de inclinação pessoal. Em sua obra Metafisica dos costumes, Kant distingue dever da virtude e diferencia o dever do direito. A partir do seu pensamento o dever de virtude compreende uma modalidade de deveres éticos intrínsecos a vontade do indivíduo. Os deveres de direito, por sua vez, impõem uma estrita obrigação, que é previamente delimitada e definida aos indivíduos. (IMMANUEL KANT, 2004)

É dever do cidadão: cumprir as leis, respeitar os direitos sociais de outras pessoas, educar e proteger seus semelhantes bem como colaborar com as autoridades. (DE CARVALHO, 2021).

Logo, não se pode esperar que os direitos sociais se tornem realidade sem que os cidadãos exerçam seus direitos e deveres verdadeiramente. Insta salientar, portanto, que para que um cidadão tenha seus direitos garantidos é imprescindível que todos, sem exceção exerçam de forma correta os seus deveres.

É notório, o estudo dos deveres fundamentais é tema desmerecido pelo direito constitucional contemporâneo, em face à preocupação dos legisladores constituintes em instaurar regimes que afirmaram Constituições dos direitos para esquecer as constituições dos deveres dos períodos totalitários e autoritários. (NABAIS, 2004)

Segundo Rátis (2020), decretado o estado de calamidade pública, em função da proliferação do Covid 19, devido ao seu alto contágio, decretação esta através da Lei nº 13.979 de 06 de fevereiro de 2020, deve-se destacar algumas normas constitucionais que se referem a deveres fundamentais, quais sejam:

> i) o dever de cooperação entre os povos (art. 4o., parágrafo único da CF/88); ii) o dever fundamental por parte dos trabalhadores e servidores públicos de continuidade de prestação aos serviços indispensáveis às necessidades sociais impreteríveis (art. 9°, § 1° da CF/88); iii) o dever da família em assistir, criar e educar os seus filhos, assim como o dever dos filhos em amparar os pais (art. 229); iv) dever de proteção ao meio ambiente essencial à sadia qualidade de vida (art. 225) e, principalmente, o v) o dever de proteger a saúde, que envolve diversos deveres conexos para atender os interesses da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> coletividade, entre eles, neste período excepcional, com vista a prevenir a transmissão do vírus, o dever geral de recolhimento domiciliar. (RÁTIS, 2020, não paginado)

Cabe aqui considerar que a contraposição entre as medidas de isolamento social e o cerceamento da liberdade como um direito fundamental, devem ser deixados de lado, especialmente neste momento, considerando assim que nenhum direito fundamental é considerado absoluto.

Neste diapasão, cabe entender se pode ou não haver responsabilização dos agentes por descumprimentos das medidas de isolamento, considerando que está é considerada um dever do cidadão.

Outros pontos que devem ser salientados, com o objetivo de entender a associação entre deveres de um cidadão e cenário pandêmico consiste, portanto, no entendimento que os deveres de cidadão, neste momento devem sopesar os direitos. Neste caso obedecer às medidas restritivas de isolamento social impostas pelo Estado e Governo Federal, respeitando assim sem nenhum questionamento as medidas de isolamento social impostas.

Dentre um dos exemplos de desrespeito da cidadania especialmente nos primeiros meses de pandemia, foi a estocagem de comida sem a devida necessidade imediata de consumo, uma vez que, com medo do futuro incerto, criou-se uma escassez artificial, que resultou no aumento abusivo dos preços e pessoas que precisariam de um determinado produto, acabaram ficando sem ele. Outro aspecto a ser observado é que cabe ao cidadão, especialmente nestes momentos mais difícil não disseminar falsas notícias sob pena de ser civilmente responsabilizado (LEHER, 2020).

3.1 DA LEGISLAÇÃO

A Lei 13.979/2020 determina um rol de medidas administrativas a serem adotadas como medida de enfrentamento em casos de emergência de saúde pública, resultante da instalação da pandemia em escala mundial, que deve ser tomada pelo Ministério da Saúde e pelos gestores locais, que devem ser devidamente interpretadas e concretizadas baseado no que é estabelecido constitucionalmente. As medidas elencadas no artigo 3 º do referido dispositivo salientam algumas medidas que afetam diretamente o direito de ir e vir dos cidadãos (CHAIM; CUNHA, 2020).

No entanto, por limitar o direito de ir e vir, que outros direitos estejam sendo cerceados, dentre os quais pode – se citar a liberdade e o direito à livre escolha. Porém cabe salientar que em casos de calamidade pública, é imprescindível que o interesse público seja sobreposto aos interesses privados e assim, o descumprimento das medidas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

impostas pela legislação, podem resultar em responsabilização dos agentes, que porventura tenham descumprido o que foi imposto pela legislação.

3.1.1 Da responsabilização dos agentes

Supracitadas as medidas de enfrentamento a pandemia, é imprescindível que haja por conta do Estado e de autoridades públicas ações diversas que vão desde campanhas educativas utilizadas para conscientizar a população da necessidade dos cuidados básicos, especialmente utilização das máscaras e isolamento social.

Até medidas severas como fechamento de estabelecimentos, proibição de reuniões e a determinação do isolamento social, como meio de efetivar as medidas, bem como a imposição de sanções por eventuais descumprimentos das medidas impostas.

Diversos países da União Europeia, especialmente Portugal, França e Espanha, inclusive submetidos a medidas restritivas mais severas, daquelas observadas no Brasil dentre as quais encontram-se fechamento de comércios, proibição total da circulação de pessoas bem como de reuniões adotando inclusive a aplicação de sanções pecuniárias aos indivíduos que saiam de casa sem uma justificativa plausível (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020). Continua Mello, Gervitz e Ferreira (2020, não paginado) dispondo que,

> Os valores das multas variam de país para país, mas percebe-se que há aplicação reiterada. A Itália, por exemplo, aplicou mais quarenta mil multas aos seus cidadãos. Ocorre que essa modalidade de sanção está inserida no direito administrativo punitivo e decorre do exercício do poder de polícia pela administração pública, portanto deve atender estritamente ao princípio da legalidade. Não é lícita a aplicação de qualquer sanção ao administrado sem que haja a correspondente previsão legal estipulando a conduta vedada e a penalidade pelo seu descumprimento. (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020, não paginado).

Além disto, insta salientar que "na imposição de sanção administrativa há necessidade de observância dos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, tal como estabelece no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição da República" (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020, não paginado).

Na esfera federal, "a Lei 13.979/2020 não trouxe qualquer previsão de sanção administrativa pelo descumprimento das medidas previstas no artigo 3º, apesar de o seu §4º prever a hipótese de responsabilização pelo descumprimento das medidas" (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020, não paginado), emergenciais positivadas nos incisos I a VII, que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

devem ser cumpridas voluntariamente, no entanto, cabe ao entendimento de cada ente federal legislar sobre seu próprio domicílio.

Assim, a configuração do crime de epidemia pode ser considerada rara e difícil de ser comprovado. Em decorrência disso, as autoridades sanitárias nacionais preocuparam-se em salientar o direito de infração de medidas sanitárias, uma vez que estes são mais simples de serem apurados e punidos, cujo a pena consiste na detenção do agente no período previamente estabelecido de 1 mês a 1 ano de detenção e multa (CHAIM; CUNHA, 2020).

Corroborando com o que foi descrito anteriormente, observa-se o seguinte julgado:

> RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL 1. PLEITO MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO DOS RÉUS GABRIEL MARCOS E SAMUEL PELO CRIME DE INFRAÇÃO DE MEDIDAS SANITÁRIA PREVENTIVA- ARTIGO 268 LÍNGUA CAPUT DO CÓDIGO PENAL- ACOLHIMENTO TRAZ CONDUTA TÍPICA - INFRAÇÃO DE DETERMINAÇÃO DO PODER PÚBLICO DESTINADA A EVITAR A PROPAGAÇÃO DO COVID- 19 - AUTORIA IMATERIALIDADE COMPROVADA - PALAVRA DO POLICIAL - RELEVÂNCIA TRAÇO VERSÃO CORROBORADA PELA CONFISSÃO DOS RÉUS PLEITO DE CONDENAÇÃO DO RÉU SAMUEL PELO CRIME DE POSSE IRREGULAR DE MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO (...) PENA FIXADA CORRETAMENTE NA ORIGEM DE MODO ADEQUADO- MANUTENÇÃO DA SENTENÇA NESTE RECURSO- PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-PR 3 CRIMINAL 0007800.12.2020.8.16.0017 Maringá- Paraná)

Assim, o crime em comento no julgado supracitado, está elencado no artigo 268 do Código Penal e ocorrerá quando houver descumprimento de determinações proferidas pelo Poder Público, com o objetivo de impedir a introdução ou propagação de doenças infectocontagiosas.

Pode-se considerar que "a aplicação da sanção administrativa contra o descumprimento das medidas de contenção da pandemia" (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020, não paginado), de certo são uma possibilidade, buscando até mesmo reforçar a eficácia, desde que esteja expressamente elencada na legislação, tipificando a conduta de forma clara e objetiva, salientando uma conduta correspondente, "não sendo possível cria-la por ato infralegal, como uma portaria ou decreto" (MELLO; GERVITZ; FERREIRA, 2020, não paginado).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Explicando de forma mais logica e objetiva, o cidadão que comete a referida infração não pode em tese, ser preso em flagrante delito ou ter fiança arbitrada, salvo se o mesmo se recusa a comparar perante autoridade competente no tempo previamente estipulado. Além disso, contra o mesmo será instaurado Termo Circunstanciado de Ocorrência, e posteriormente, após o tramite em regular, será submetido ao processamento no Juizado Especial Criminal. (GRECO, 2020).

Corroborando com tudo que foi exposto até o presente momento, "dentro de uma proposta meramente reflexiva e não exauriente" (PANOEIRO; NEVES, 2020, não paginado), o grande questionamento consiste ainda em entender sobre a possibilidade, mediante de um quadro normativo positivado em nosso ordenamento jurídico pátrio, de que o Direito Penal, em especial o artigo 268 do referido dispositivo, possa ser utilizado como instrumento de controle para promover o controle da circulação de pessoas e com isso evitar a disseminação descontrolada do vírus.

Insta salientar, que o "Superior Tribunal de Justiça tem negado salvo conduto (*habeas corpus*), em cognição sumaria, destinado a viabilizar a livre circulação de pessoas sem a responsabilidade criminal" (PANOEIRO; NEVES, 2020, não paginado), das mesmas pelo delito de descumprimento das medidas sanitárias (STJ: HC 573208/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, decisão monocrática em 17/04/2020).

O que vem chamando atenção é a delegação dos Estados e Municípios no que concerne a "possibilidade de instituírem medidas restritivas com a finalidade de contenção da circulação do vírus e cuja violação poderia gerar em responsabilidade penal pelo delito em questão". (PANOEIRO; NEVES, 2020, não paginado).

Dentro dos tipos penais direcionados a resguardar e tutelar a saúde pública sobressai o crime elencado no artigo 268 do Código Penal, *in verbis*:

> Art. 268 - Infringir determinação do poder público, destinada a impedir introdução ou propagação de doença contagiosa:
> Pena - detenção, de um mês a um ano, e multa.
>
> Parágrafo único - A pena é aumentada de um terço, se o agente é funcionário da saúde pública ou exerce a profissão de médico, farmacêutico, dentista ou enfermeiro. (BRASIL, 1941, não paginado)

Neste diapasão, pode-se dizer que "se trata de um típico caso de lei penal em branco e seu complemento são as eventuais determinações do poder público, relativas as medidas preventivas contra a incursão ou difusão de doenças de moléstia contagiosa" (PANOEIRO; NEVES, 2020, não paginado).

De acordo com os ensinamentos de Rodrigues (2019), afirma que a norma penal surge como um meio de reforçar a eficácia de providencias adotadas para impedir a disseminação da doença.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dentro do que foi exposto, os crimes de infração denominados como crimes de infração de deveres pertencem a um delito que os indivíduos devem estar sujeitos não apenas a deveres especiais, oriundos de normas penais por excelência, mas também a obrigação normativa extrapenal de assegurar as expectativas comportamentais, devido a este fato são denominas como deveres positivos. (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2021)

Ademais, tais deveres classificados como positivos podem ser divididos em duas espécies distintas os deveres positivos gerais, e os deveres positivos especiais. De um modo geral podemos dizer que os primeiros estão destinados a todas as pessoas, sob o fundamento da solidariedade intersubjetiva, cabendo em determinadas ocasiões as pessoas reduzirem os riscos ou agir em nome de um dever- cidadania no caso. De um modo geral podemos dizer que os deveres positivos decorrem do status especial da pessoa mediante uma sociedade. (INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2021).

Assim, entendendo que o tipo do artigo 330 do Código Penal abarca a conduta descrita no tipo penal que descreve o crime de infração de medida sanitária preventiva, cabe indagar sobre qual é a justificativa normativa para positivação do crime do art. 268 do Código Penal, de modo a possibilitar a sua aplicação nos casos concretos. Ressalvadas as questões político criminais e os questionamentos sobre a legitimidade constitucional destas medidas, que não serão tratadas neste excerto, do ponto de vista dogmático, a pergunta somente pode ser respondida à luz dos crimes de infração de dever, sob pena do tipo do artigo 268 do Código Penal estar condenado à inutilidade. (INSTITUO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 2021).

Nesta senda, pode-se dizer, baseado no fundamento da ideia de infração de dever positivo geral para o reconhecimento do conteúdo penal nas normas sanitárias mediante ao cenário da Covid-19, é o único fundamento capaz de justificar a existência de delito baseado no artigo 268 do Código Penal. Esse, que de um modo definitivo, confere a responsabilidade especial, aqueles submetidos a norma extrapenal, que traça medidas materiais a contenção da proliferação do vírus.

3.1.2 Fraternidade como um dever durante a pandemia

De um modo geral, pode-se dizer que a Fraternidade é dos principais deveres da sociedade, especialmente em tempos onde há uma calamidade pública instaurada, traduzindo-se nos seguintes mandamentos primordiais: a revelação da essência humana, no reconhecimento do outro e no dever da ação. (CARVALHO, 2020).

Insta salientar que a vulnerabilidade imposta à sociedade em tempos de pandemia, expõe a atual situação da mesma como dependente não somente de um Estado mais vigilante, que tem como objetivo precípuo planejar ações e conduzir os desafios apresentados, mas também através da compreensão necessária da sociedade, ressignificando assim suas ações, pensando no outro.

Neste diapasão, um dos poucos aspectos tratados de modo veemente e uníssono nos discursos dos organismos internacionais e das sociedades civis é a necessidade dos países e cidadãos agirem de modo rápido e coordenado em busca do resgate da fraternidade que já encontrava-se esquecida na sociedade, que versa na promoção das chamadas ações afirmativas ou politicas publicas afirmativas de interação civil entre os cidadãos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Diante do exposto, o mínimo esperado é o pensamento das possibilidades, que versa na alternativa do resgate ao princípio da fraternidade, visto que está é a categoria do pensamento que possui capacidade de conjugar a unidade bem como a distinção a que se anseia a humanidade contemporânea. (DE CARVALHO, 2020).

No ordenamento jurídico pátrio, pode-se dizer que a fraternidade é considerada como um parâmetro normativo que possui como objetivo precípuo resultar na correção de determinadas condutas dos sujeitos de direito que venham interferir na vida de outrem, assim, está consiste em uma categoria jurídica relacionada com a aptidão para regulamentar a vida em sociedade e estabelecer as expectativas sociais no que concerne a conduta humana.

É possível observar que a Fraternidade tem muito a contribuir, posto que rechaça previamente a ideia de relações hierarquizadas, para colocar-se na posição de irmãos, que extraindo o conteúdo teológico do significado originário da Fraternidade, simbolicamente materializa a equalização dos atores, ainda que uma eventual situação de carência os distinga. Os atores, "irmãos", portanto, responsabilizam-se reciprocamente pela sorte de ambos.

3.1.3 Solidariedade

Este dever está diretamente relacionado com o anterior. No combate à pandemia, o espírito solidário foi se tornando força motriz, disseminando-se entre os mais diversos segmentos e sob variadas formas, a exemplo das ações voluntárias de apoio a pessoas em estado de vulnerabilidade social, aos psicologicamente fragilizados bem como aos idosos.

De acordo com Andrada citada por Varella (2020, não paginado), "a principal motivação das iniciativas solidárias está relacionada ao reconhecimento da dor do outro: seres humanos são seres coletivos que se identificam com a mesma condição diante de crises agudas que ameaçam nossa existência".

Assim, um novo olhar há de ser lançado em direção àquele que sofre ou agoniza: "torna-se necessário, então, a criação de novas formas de solidariedade, com os homens se reconhecendo membros de uma mesma sociedade, olhando uns para os outro" (MARTINS, 2002, p. 7-15).

É interessante como, em meio às situações conturbadas, a solidariedade se tornou uma das principais armas contra a pandemia, tal atitude é de grande importância, pois na medida que se deve conscientizar a sociedade sobre os cuidados com a higiene, é indispensável cuidar de quem está vulnerável na sociedade. Solidariedade é ir ao mercado para um idoso, doar alimentos as pessoas desempregadas, estender a mão as famílias enlutadas, é um ato de bondade e compreensão com o próximo, é ser gentil, generoso, amigo, dividir o pão.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mediante todo o exposto, observa-se que os principais deveres dos cidadãos consistem em respeitar as leis e cuidar dos seus semelhantes, e assim pode – se dizer que diante do cenário imposto pela pandemia, uma das principais formas de fazê-los é através das medias de prevenção

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de disseminação do coronavírus, ou seja, utilização de máscaras e isolamento social. E devido a isso, estas foram impostas como medidas de prevenção em saúde pública, regulamentadas pela Lei 13.979/2020.

Insta salientar que conforme descrito no presente estudo, os deveres atribuídos aos indivíduos em resposta ao convívio social na pandemia consistem na fraternidade e na solidariedade, dever este já esquecido na sociedade mesmo antes do período da pandemia, é imprescindível portanto, que haja cumprimento das regras estabelecidas pela legislação, pensando não somente na própria individualidade, mas sim na consequência de determinada postura na vida de outrem.

Cabe, portanto, salientar que o ato de descumprir as medidas impostas pelo referido dispositivo, ou seja, medidas sanitárias preventivas de caráter preventivas determinadas pelo Poder Público podem ser caracterizadas como pratica de crime elencado no artigo 268 do Código Penal. No entanto, apesar de ser considerada criminosa a conduta não resultará em efeitos mais danosos na esfera processual penal para os indivíduos, uma vez que se trata de infração de baixo potencial ofensivo.

Neste diapasão é imprescindível que medidas mais severas sejam criadas para coibir posturas que porventura venham descumprir as obrigações de um indivíduo como cidadão, uma vez que a convivência em sociedade deve assegurar que os mesmos não venham, através de posturas erradas oferecer riscos a integridade física e a saúde de outrem.

REFERÊNCIAS

BBC BRASIL. **Covid 19: Um breve histórico das máscaras faciais, da Peste Negra até Covid-19.** 14 março 2021, não paginado. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/geral-56346221. Acesso 13 out. 2021.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **Metodologia da pesquisa jurídica: teoria e prática da monografia para os cursos de direito**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; AGRA, Walber de Moura. Comentários à Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2009.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal**. Presidência da República: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Presidência da República: Casa Civil. Não paginado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Ministério da Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Brasília, DF: Casa Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Ministério da Saúde. **Portaria nº 454, de 20 de março de 2020**. Declara, em todo o território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (covid-19). Brasília, DF: Diário Oficial da União. Não paginado. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-454-de-20-de-marco-de-2020-249091587. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASI. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus: HC 0086926-29.2020.3.00.000**. Impetrante: Paulo Alexandre Ney Quevedo; Impetrado: Governador do Estado de São Paulo. Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJ 23/04/2020. Não paginado. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859480761/habeas-corpus-hc-573208-sp-2020-0086926-9. Acesso em: 13 out. 2020.

CHAIM, Jamil; CUNHA, Rogério Sanches. **COVID-19 e seus reflexos penais**. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo. Professor da Escola Superior do Ministério Público dos estados de São Paulo, Mato Grosso e Santa Catarina. Coordenador Pedagógico e Professor de Penal e Processo Penal do Curso RSConline. Fundador do site. Juiz de Direito (TJ/SP). Doutor e Mestre em Direito Penal pela PUC-SP. Professor da Escola Paulista da Magistratura. São Paulo, 19 de março de 2020, não paginado. Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/03/19/covid-19-e-seus-reflexos-penais/. Acesso em 10 out. 2021.

DE CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. Rio de Janeiro, Editora: Civilização Brasileira, 2021.

FARO, André *et al.* **COVID-19 e a saúde Mental: a emergência do cuidado**. Estudo de Psicologia (Campinas), 37, e200074, 2020. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/340881034_COVID-19_e_saude_mental_A_emergencia_do_cuidado. Acesso em: 30 out. 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Especial**. – v. 4. Ed. rev., Ampla e Atual. Rio de Janeiro, 2020.

IMMANUEL KANT. **Metafísica dos Costumes, Parte II: Princípios Metafísicos da Doutrina da Virtude**. Lisboa, Edições, 70, 2004.

INSTITUTO BRASILEIRO DE CIÊNCIAS CRIMINAIS – IBCCRIM. **A justificativa dogmática para o crime de infração de medida sanitária preventiva, 2021.** Não paginado. Disponível em: https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/8391 Acesso em: 15 out. 2021.

LEHER, Roberto. **Darwinismo social, epidemia e fim da quarentena: notas sobre os dilemas imediatos.** Carta Maior, 29 mar. 2020, não paginado. Disponível em: https://www.cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/Darwinismo-socialepidemia-e-fim-da-quarentena-notas-sobre-os-dilemasimediatos/4/46972. Acesso em 14 out. 2021.

MARTINS PH. **A dádiva entre os modernos: discussão sobre os fundamentos e as regras do social**. Petrópolis, RJ: Vozes; 2002.

MELLO, Cecilia; GERVITZ, Luiza; FERREIRA, Maria Amélia. **Direito à saúde prevalece sobre direito de ir e vir em tempos de Covid-19.** 22 de abril de 2020, não paginado. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-22/opiniao-direito-saude-prevalece-ir-vir. Acesso em 10 out. 2021.

NABAIS, José Casalta. **O dever fundamental de pagar impostos**. Coimbra: Almedina, 2004.

NORMANDO, Lara Vasconcelos. **COVID-19 X Isolamento: os distúrbios psicológicos e a prevenção através da intervenção holística e multiprofissional**. Universidade Federal do Piauí (UFPI), 10/ago./2021. Não paginado. Disponível em: https://ares.unasus.gov.br/acervo/handle/ARES/24097. Acesso em: 30 out. 2021.

OPAS – PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Histórico da pandemia de COVID-19**. Organização Mundial da Saúde – OMS, s.d., não paginado. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19. Acesso em: 20 set. 2021.

OPAS – PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Emergência de Saúde Pública de importância Internacional**. Organização Mundial da Saúde – OMS, s.d., não paginado. Disponível em: https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19. Acesso em: 20 set. 2021.

PANOEIRO, José Maria; NEVES, Elisa Ramos Pittaro. **O Direito Penal em tempos de pandemia: A violação ao isolamento social determinado por autoridade estaduais e municipais constitui crime?** Escola Superior do Ministério Público da União, Brasília – DF, 2020, não paginado. Disponível em: https://escola.mpu.mp.br/a-escola/comunicacao/quer-debater/o-direito-penal-em-tempos-de-pandemia-a-violacao-ao-isolamento-social-determinado-por-autoridades-estaduais-e-municipais-constitui-crime. Acesso em: 30 out. 2021.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. **Apelação Criminal nº 0007800-12.2020.8.16.0017**. Maringá 0007800-12.2020.8.16.0017 (Acórdão), Relator: Antonio Carlos Choma, Data de Julgamento: 14/06/2021, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 14/06/2021. Não paginado. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1246533018/apelacao-apl-78001220208160017-maringa-0007800-1220208160017-acordao. Acesso em: 14 out. 2021.

RÁTIS, Carlos. **Dever fundamental de ficar em casa em tempos de Coronavírus**. Jornal Grande Bahia, 25 de março de 2020, não paginado. Disponível em: https://www.jornalgrandebahia.com.br/2020/03/dever-fundamental-de-ficar-em-casa-em-tempos-de-coronavirus-por-carlos-ratis/. Acesso em: 30 out. 2021.

SANTOS, Mariana Fernandes Ramos; OLIVEIRA, Maria Eduarda de Freitas. **Saúde Mental em Tempos de COVID-19: a importância do atendimento psicológico remoto**. Revista Transformar, 14, Edição Especial "covid-19: pesquisa, diálogos transdisciplinares e perspectivas", mai./ago. 2020. Disponível em: http://www.fsj.edu.br/transformar/index.php/transformar/article/view/378. Acesso em: 30 out. 2021.

VAN-TAM, Jonathan (editor); Sellwood, Chloe (editora e autora do capítulo) 4:Brief History and Epidemiological Features of Pandemic Influenza». Introduction to Pandemic Influenza **Wallingford, Oxfordshire**: CABI. p. 41-56. 2010. Disponível em: https://www.cabi.org/bookshop/book/9781845938574/. Acesso em: 10 set. 2021.

VALENTE, Jonas. **Covid-19: Brasil Adota uso de máscaras como política de saúde pública**. Agência Brasil – Brasília, 2020, não paginado. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2020-04/covid-19-brasil-adota-uso-de-mascaras-como-politica-de-saude-publica. Acesso em: 20 set. 2021.

VARELLA, T. **A solidariedade se multiplica durante a pandemia de Covid-19**. Revista Veja Saúde, Agência Einstein [Internet]. Ago. 2020 [citado em 15 out. 2020]. Não paginado. Disponível em: https://saude.abril.com.br/bem-estar/a-solidariedade-se-multiplica-durante-a-pandemia-decovid-19/. Acesso em: 20 out. 2021.

.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS AUDIÊNCIAS CRIMINAIS POR VIDEOCONFERÊNCIA, NAS FASES DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO E PRONUNCIA DO ACUSADO CONSIDERANDO O PRINCÍPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL E AS VANTAGENS PARA O ADVOGADO, PROMOTOR DE JUSTIÇA E ESTADO DURANTE O PROCESSO PENAL

TATILA CARVALHO BRASIL: Bacharelanda do curso de Direito da Faculdade de Ciência Jurídicas de Paraíso do Tocantins.

ISA OMENA MACHADO DE FREITAS.

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo tem seu tema delimitado à pesquisa da inclusão das audiências criminais por videoconferência segue e observar se segue o princípio da celeridade processual e quais as vantagens para o advogado, promotor e Estado durante o processo penal. O objetivo geral é identificar se a audiência criminal por videoconferência segue o princípio da celeridade processual e quais as vantagens para o advogado, promotor e Estado durante o processo penal. Os objetivos específicos deste trabalho, portanto, serão conceituar o princípio da celeridade processual, estudar a evolução da audiência na modalidade tele presencial e pesquisar algumas das as vantagens existentes nessa modalidade de audiência para a figura do advogado, do promotor e para o Estado. A relevância desse tema para a área de conhecimento baseia-se na medida em que será possível identificar o posicionamento doutrinário, jurisprudencial e de parte daqueles que atuam diretamente na área jurídica e que fazem uso da tecnologia para a realização de audiência por videoconferência, por isso o problema deste trabalho é identificar se a audiência criminal por videoconferência segue o princípio da celeridade processual e quais as vantagens para o advogado, promotor e Estado durante o processo penal. A pesquisa adotou uma metodologia dedutiva de forma exploratória, com base uma na exploratória com abordagem qualitativa a finalidade de busca a compreensão acerca do tema, bem como relacionar ao ordenamento jurídico atual. Concluiu-se que, o uso da videoconferência nas audiência criminais tornou o procedimento viável e de mais celeridade processual, além de trazer algumas vantagens para a figura do advogado, promotor e do Estado durante a realização das audiências.

Palavras-chave: Celeridade processual; tecnologia; criminal.

ABSTRACT: This article has its theme delimited to the research of the inclusion of criminal hearings by videoconference, following and observing the principle of procedural celerity and what are the advantages for the lawyer, prosecutor and the State during criminal proceedings. The general objective is to identify whether the criminal hearing by

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

videoconference follows the principle of procedural celerity and what are the advantages for the lawyer, prosecutor and the State during the criminal process. The specific objectives of this work, therefore, will be to conceptualize the principle of procedural celerity, study the evolution of the hearing in the face-to-face modality and research some of the advantages existing in this modality of hearing for the figure of the lawyer, the prosecutor and the State. The relevance of this theme for the area of knowledge is based on the extent to which it will be possible to identify the doctrinal, jurisprudential and part of those who work directly in the legal area and who make use of technology to conduct a hearing by videoconference. the problem of this work is to identify if the criminal hearing by videoconference follows the principle of procedural celerity and what are the advantages for the lawyer, prosecutor and the State during the criminal process. The research adopted a deductive methodology in an exploratory way, based on an exploratory one with a qualitative approach, the purpose of which is to seek understanding about the topic, as well as relating to the current legal system. It was concluded that the use of videoconferencing in criminal hearings made the procedure viable and faster in the process, in addition to bringing some advantages to the figure of the lawyer, prosecutor and the State during the hearings.

Keyword: Procedural speed; technology; criminal.

1 INTRODUÇÃO

O acesso ao judiciário é um dos meios aos quais o ser humano busca para a solução de um conflito. Desta forma, aquele que busca um meio jurisdicional tem o conhecimento de que o passo a passo de um processo é realizado por etapas, e que por muitas vezes pode ser demorado se extrair um resultado da referida busca ao judiciário. Seja ela exitosa ou não.

Ao passo, o devido processo legal nos tempos atuais nunca esteve tão avançado, pois é notório que um processo com tantas fases, como é necessário no ordenamento jurídico brasileiro e com uma demanda absurdamente grande, por muitas vezes se torna moroso e faz com que o cidadão, aquele que necessita do amparo jurisdicional, chegue a desistir da busca da solução da lide pelo meio judicial.

Para tanto, o referido artigo busca estudar essa evolução quanto a prestação jurisdicional do estado quando tratado pela celeridade e resolução dos conflitos. Além de estudar na integra o princípio que faz referência a celeridade processual, bem como aqueles que estão diretamente interligados, qual seja o princípio da razoável duração do processo.

Neste contexto, a pesquisa busca estudar se ocorre uma fragilidade do meio jurídico quanto ao uso de tecnologias em audiências criminais, no quesito relacionado a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

efetivação dessas audiências e buscar identificar possíveis vantagens que possam ter na modalidade por videoconferência.

Importante dar ênfase ao momento atual que o país vem passando, de uma pandemia de proporção nunca vivida por muitos e que com toda certeza fez que todos se adaptassem. A pandemia do Novo Corona Vírus foi o estopim, para que o judiciário visse a necessidade de implantação de um sistema virtual para a realização dos tramites processuais.

Pois veja-se, se não tivesse tido a implantação das audiências por videoconferência, certamente todas as varas de a comarca estaria com excesso de processos parados por não poder dar seguimento em virtude da necessidade do distanciamento social exigido pela pandemia, e tentar se adaptar a esta nova modalidade de audiência é um desafio e assim tem sido no dia a dia daqueles que trabalham na área jurídica, mas o que deve ser analisado é até que ponto é vantajoso para àqueles que integram o ordenamento jurídico utilizar-se da videoconferência para realização de audiências.

Com tudo, deve ser analisado o contexto histórico de evolução, bem como a aplicação dos referidos princípios aos dias atuais, no qual hoje gira em torno de um meio virtual, onde é possível realizar muitas fases de um processo através de maquinário e tecnologia, e aquilo que antes necessitava ser presencialmente, hoje pode ser realizado por videoconferência.

Desta forma, considerando portanto o impacto que a nova era virtual está causando no mundo em geral, é valido um estudo de caso mais aprofundado quanto ao impacto da inserção das audiências criminais por videoconferências tem causado nos processos judiciais no Brasil, bem como naqueles que atuam no ramo, além de estudar as possíveis vantagens existente.

Com foco nas audiências criminais por videoconferência, que vem ocorrendo no país, surgiu-se a necessidade do estudo de caso para analise se esta modalidade virtual de fato atende os princípios que norteiam o processo e para isso é necessário um estudo de toda a trajetória da videoconferência no âmbito jurídico brasileiro. Analisar se segue o princípio da celeridade processual ou não, quais os impactos que vem sendo causados nos processos criminais após a inclusão das audiências por videoconferência e se esses impactos são positivos.

Ademais, apesar dessa problemática da audiência criminal por videoconferência seguir ou não tais princípios, é necessário buscar se há vantagens por trás dessa modalidade de audiência, com foco exclusivamente nas possíveis vantagens para o advogado, promotor e Estado durante todo o desenrolar do processo penal. Pois,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

considerando as audiências criminais na modalidade presencial, é possível identificar que as partes supramencionada possuem gastos financeiros para sua efetivação, além de gasto de tempo e produtividade.

Considerando que o método científico é a linha de raciocínio adotada no processo de pesquisa, tem-se que o presente artigo fundamenta-se no método dedutivo, pois, concernente com os ensinamentos de Borges e Weber, (2019), doutrina (2020) e jurisprudência (2020), que serão utilizadas premissas para, a partir delas, chegar a uma conclusão logica. Ademais, a pesquisa desenvolvida será exploratória com abordagem qualitativa, cuja vertente metodológica é de procedimento bibliográfico teórico-documental.

Para sustentar a hipótese apresentada no primeiro capitulo será abordado o princípio da celeridade processual conceituando-o em um contexto geral, além de delimita-lo quanto s sua efetivação nos dias atuais. No capitulo dois sobre a trajetória da audiência criminal por videoconferência será demonstrado sua trajetória ao longo da história processual nas audiências criminais por videoconferência e entender que esta modalidade já vinha sido pensada a tempos atrás

No capítulo terceiro sobre as vantagens por trás da modalidade de audiência criminais é onde torna possível identificar as vantagens trazidas pela modalidade de audiência criminal por videoconferência para àqueles que integram esta fase em especial o advogado, promotor e Estado.

2 O PRINCIPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL

Como desde a sociedade antiga, os seres humanos sempre tiveram litígios que em sua maioria precisava da ajuda Estado para resolver, foi identificado uma grande morosidade para solução de seus conflitos. Eis que surge a necessidade de implantação do princípio da celeridade processual.

A necessidade da efetivação do princípio da celeridade processual foi identificada ainda na sociedade antiga, e desde então houve a ligação intrínseca do referido princípio junto a outro, qual seja o princípio da razoável duração do processo (BORGES e WEBER, 2019, p. 375).

Ou seja, tal princípio buscou desde sempre dar mais celeridade ao tramite do processo e tal efetivação causava mais sentimento de justiça nas pessoas que compunham as lides. Ora, todos que possuem um problema a ser resolvido busca sua solução com mais rapidez, e consequentemente quando isso é alcançado, todos ficam satisfeito.

Para Theodoro Jr. (2010, p. 27):

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> A lentidão da resposta da Justiça, que quase sempre a torna inadequada para realizar a composição justa da controvérsia. Mesmo saindo vitoriosa no pleito judicial, a parte se sente, em grande número de vezes, injustiçada, porque justiça tardia não é justiça e, sim, denegação de justiça.

Desta forma, o princípio da celeridade processual e o da razoável duração do processo buscam dar efetividade ao julgamento justo para todos, conforme está previsto da Constituição Federal de 88 no art. 5º, LXXVIII que "a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação".

Como bem preceitua Borges e Weber (2019, p. 1633):

> Daí advém à necessidade de uma reforma processual, para suprir, pelo menos provisoriamente, a necessidade social de um processo mais dinâmico e célere, não dotado de super-velocidade, pois esta poderia fadar os outros direitos fundamentais ao fracasso, mas que tivesse como dosimetria axiológica atribuir na prática a necessária e razoável temporalidade do processo.

E daí em diante o princípio da celeridade processual passou a ser mais bem visto pelos juristas e também pelo Estado e seus órgão jurisdicionais.

2.1 O PRINCIPIO DA CELERIDADE PROCESSUAL NO CENÁRIO ATUAL DO AVANÇO QUANTO AO USO DE TECNOLOGIAS EM VIRTUDE DA PANDEMIA

Como já bem abordado, o princípio da celeridade processual passou a ter grande ênfase ao longo da evolução dos processos, no entanto, apesar de pelo conceito logico que ele fosse tendo cada vez mais efetividade pelo uso tecnológico, não necessariamente isso ocorreu.

Desde o início de 2020 Brasil passou por grandes dificuldades quanto a efetivação do princípio da celeridade processual. Como é de conhecimento, o pais e o mundo como um todo foram acometidos de uma pandemia de grandes proporções que, em que pese no início, foi de difícil adaptação ao cumprimento da exigência do distanciamento social.

Com tudo, ocorreu o primeiro impacto foi que tudo passe. E lá estava o judiciário retorcendo ao suspender todos os atos processuais em razão da impossibilidade do cumprimento de suas exigências. A impossibilidade dos servidores, advogados, promotores, juízes, advogados, entre tantos outros de irem até os fóruns, órgãos do poder judiciário e seu ambiente de trabalho foi gigantesca e de certa forma paralisou toda efetivação do princípio aqui tratado.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em razão da necessidade de buscar algo novo, iniciou as diversas criações de sistemas eletrônicos e aplicativos para que fosse possível realizar as atividades inerentes ao exercício da pratica jurídica. E apesar de ter surgido várias críticas quanto ao uso da tecnologia no nova fase que o judiciário foi inserido, mesmo assim havia quem defendesse desde o início. Para Casagrande (2020) a paralisação dos processos em virtude da pandemia do Novo Corona Vírus, traria consequências que só poderiam ser revertidas após o fim do isolamento social.

Até que, mesmo com os diferentes posicionamentos dos juristas brasileiros, houve a resolução 345 do CNJ (2020) que diz:

> Art. 1° Autorizar a adoção, pelos tribunais, das medidas necessárias à implementação do "Juízo 100% Digital" no Poder Judiciário.
>
> Parágrafo único. No âmbito do "Juízo 100% Digital", todos os atos processuais serão exclusivamente praticados por meio eletrônico e remoto por intermédio da rede mundial de computadores.
>
> Art. 2° As unidades jurisdicionais de que tratam este ato normativo não terão a sua competência alterada em razão da adoção do "Juízo 100% Digital".
>
> Parágrafo único. No ato do ajuizamento do feito, a parte e seu advogado deverão fornecer endereço eletrônico e linha telefônica móvel celular, sendo admitida a citação, a notificação e a intimação por qualquer meio eletrônico, nos termos dos arts. 193 e 246, V, do Código de Processo Civil.
>
> Art. 3° A escolha pelo "Juízo 100% Digital" é facultativa e será exercida pela parte demandante no momento da distribuição da ação, podendo a parte demandada opor-se a essa opção até o momento da contestação.

Após tal resolução, é possível compreender que uma decisão vinda do CNJ trouxe muito mais segurança aos processos e aos profissionais da área jurídica no brasil, pois foi o momento em que perceberam que a tramitação do processo por um meio virtual traria a mesma segurança que caso ainda fosse físico, apesar de o processo já tramitar pelas vias on-line a muito tempo, a introdução de todos os atos pelo meio digital com toda certeza foi uma novidade. Principalmente quanto a elaboração das audiências criminais por vídeo conferencia.

Mas mesmo com essa normatização, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal posicionou-se sobre a necessária cautela que os juristas devem ter com uso virtual:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Estabelecer obstáculos para impedir a realização de audiências de réus soltos para postergar o processo, ou de réus presos para postular a sua soltura, não é algo que esteja de acordo com a conduta que se espera dos juristas. O momento exige espírito público, para que todas as instituições jurídicas construam algo a serviço do interesse da sociedade, das prerrogativas das partes e do direito dos envolvidos.
>
> Portanto, entre o dogmatismo que camufla a realidade e as propostas de inovação, deve-se dar lugar à ética do discurso, em que argumentos, teses, contrapontos e ajustes devem ser propostos de forma clara, para buscar um sistema que permita a realização das audiências e das sessões de julgamento pelo júri em tempos de pandemia e que, ao mesmo tempo, garanta as prerrogativas das partes, a qualidade dos atos processuais e a segurança de todos.

A realização do interrogatório do acusado, oitiva de testemunhas, pronuncia, tudo através dos aplicativos que transmitem em tempo real através de uma rede virtual.

Feito tais relatos, é importante apresentar dados para fundamentar o impacto da pandemia do Novo Corona Vírus no âmbito jurídico brasileiro e analisar se mesmo com esse advento houve de fato a efetividade do princípio da celeridade processual.

Inicialmente, serão apresentados dados recolhidos diretamente do Conselho Nacional de Justiça, quanto duração média do processo.

Figura 1 - Série histórica do tempo médio de duração dos processos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Fonte: Conselho Nacional de Justiça, 2021.

Com a ilustração acima, é possível perceber que com o advento da pandemia, a morosidade estava se consolidando nos processos nos últimos cinco anos com alta no ano de 2020, que foi o de pico da pandemia. Infelizmente os dados referentes ao ano de 2021 ainda não estão disponíveis, o que deixa pairando a dúvida sobre a efetivação do princípio da celeridade processual, ora tratado, vez que foi no ano de 2021 que a pratica jurisdicional online cresceu grandemente.

O Ministério Público de Santa Catarina (MPSC) informou que:

> Durante o período de quarentena (19 a 31 de março), com sua força de trabalho já operando na modalidade remota, o MPSC realizou um total de 121.312 manifestações judiciais e extrajudiciais. Com especial destaque para a atuação em processos judiciais já existentes, que alcançou uma média diária 12.291 processos movimentados, representando um aumento de 14,19% na média diária no período anterior à quarentena (1º a 18 de março).

Ou seja, apesar do novo e da adaptação, foi possível ter resultados positivos quanto ao uso e a pratica da tecnologia, tornando mais produtivo e se efetivando no uso da audiências criminais e consequentemente mais célere, uma vez que o processo não precisou ficar parado esperando até voltasse para a realização presencial.

Essa modalidade virtual chegou e tomou seu lugar em muitos ambientes jurídicos, algo que para alguns não deveria ter tido tanto avanço, para outros são apenas aprimoramento de algo que sempre existiu.

Por fim, foi possível observar com base nas fontes apresentadas que no ano de pico de pandemia, a duração do processo foi menor, ou seja, todo o processo ocorreu de forma mais célere e nisso incluiu as audiências criminais, vez que é uma das etapas do processo criminal, trazendo mais clareza a hipótese apresentada de que esta modalidade de audiências criminais iria de encontro ao princípio da celeridade processual.

Mesmo com todas as dificuldades enfrentadas por aqueles que lidam com o processo criminal, é possível identificar que ainda foi possível solucionar 33.147 (trinta e três mil e cento quarenta e sete) casos criminais no ano de 2020, veja-se:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Fonte: Defensoria Pública da União

Desta forma, apesar de todas as dificuldade apresentadas quanto ao atendimento ao público em virtude da pandemia, ainda foi possível solucionar um percentual de 68% comparando com a quantidade de novos casos criminais, ou seja, ao longo dos procedimentos de um processo penal, a audiência criminal por videoconferência de nada afetou a celeridade dos mesmo, pelo contrário, foi possível sua realização não trazendo impactos negativos para a solução dos processos. Uma vez que durante a inserção da modalidade virtual, o maior questionamento trazido por aqueles que exercem de fato uma função no processo, era de que o momento mais difícil certamente seria aquele que sempre precisou ser presencial, ou seja, as audiências, mas que no entanto, houve boa adaptação na modalidade virtual.

Importante frisar que apesar de um resultado não tão bom quanto ao atendimento ao público junto a Defensoria Pública da União em um contexto geral, no Estado do Tocantins o ano de 2020 foi o ano de mais atendimento. Provavelmente pelo fato de ter sido um dos últimos estados a paralisar, o ano de 2020 ainda foi muito produtivo.

Conforme dados tirados do Banco de dados da DPU do quadro resumido por órgãos e áreas dos anos 2018, 2019 e 2020, que demonstram o seguinte:

Tabela 1 – número de atendimento pela DPU em Palmas/TO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Órgão	Total de atendimento	Ano
DPU Palmas/TO	12.862	2018
DPU Palmas/TO	12.904	2019
DPU Palmas/TO	13.117	2020

Fonte: Defensoria Pública da União

Desta forma, torna-se inquestionável o fato de que se há mais atendimentos, é por que a adaptação ao meio virtual tem sido favorável, uma vez que está sendo possível realizar quase todas as fases de um processo de forma virtual, com início e fim com uma duração menor, significa dizer que o princípio da celeridade processual vem prevalecendo nos processos do dia a dia.

3 TRAJETÓRIA DA AUDIÊNCIA CRIMINAL POR VIDEOCONFERÊNCIA

Apesar de já ter havido a necessidade do uso tele presencial para a realização de audiências, no âmbito criminal sua cogitação sempre foi mínima. Mesmo com a inserção das audiências por videoconferência, é evidente o risco por trás de sua confecção, inclusive, na esfera criminal, quando tratada sobre a ótica de uma seção de júri popular, sua efetivação se torna quase inimaginável.

No entanto, vem sendo realizada a pratica das audiências por videoconferências na fase de instrutória e de pronuncia nas diferentes comarcas do país, apesar de sua dificuldade. E talvez pelo risco que a pratica apresenta ainda existe poucas informações a respeito.

Mas, o Tribunal de Justiça do Paraná divulgou relatos de como fora a experiência com a primeira audiência de instrução por videoconferência e com resultados positivos. Ademais, o Desembargador Clayton Maranhão (2019) se pronunciou no sentido de "Utilizar a videoconferência representa uma economia de recursos e de tempo que não prejudica a colheita de provas feita direta e pessoalmente pelo juiz, pois, dessa forma, quem preside a instrução não delega o ato para outro magistrado". Sobre a perspectiva da economia de recursos e tempos será abordado mais à frente.

E apesar de ser perfeitamente compreensível o medo existente no advogado ou defensor público em levar um processo criminal na modalidade virtual, o entendimento

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

jurisprudência é que nada afeta da defesa do acusado, podendo ser obtido êxito tanto quanto fosse presencial. Esse foi o entendimento pelo Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, no Habeas Corpus Nº 590.140 - MG (2020/0146502-7):

> HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO. CALAMIDADE PÚBLICA. PANDEMIA DE COVID-19. RESOLUÇÃO N. 329/2020 DO CNJ. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA.
>
> 1. A conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa.
>
> 2. O Conselho Nacional de Justiça e os órgãos judiciais nas diversas unidades da Federação e comarcas do País colocaram em ação inúmeras boas práticas no segmento tecnológico, que têm assegurado a milhões de brasileiros o acesso aos serviços prestados pelo Judiciário, entre as quais, uma plataforma emergencial para realização de atos processuais por meio de videoconferência.
>
> 3. Para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, Magistrados e Tribunais devem observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020.
>
> 4. No caso, embora a regra geral – que deve sempre prevalecer – seja de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo Juiz, o contexto atual justifica a realização desses atos por videoconferência. A audiência de instrução e julgamento virtual deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes, bem como devem ser adotadas todas as providências para buscar a máxima equivalência com o ato realizado presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade da audiência e a segurança da informação e da conexão.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 5. Ordem denegada. Liminar sem efeito. Recomendação ao Juízo expedida, em atenção ao parecer do Ministério Público Federal, para que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação epidemiológica da comarca, redesigne audiência por videoconferência, com observância das medidas previstas na Resolução n. 329/2020, do CNJ (fl. 413).

Mas o que é possível observar é que apesar da insegurança, que é normal quando se trata de algo novo, é possível perceber que o judiciário vem se adaptando bem a nova modalidade de audiência criminal por videoconferência, e com isso trazendo resultados nas soluções dos processos uma vez que os mesmo não ficam paralisados até que ocorra o fim da Pandemia do Novo Corona Vírus.

Por outro viés, o advogado Frederico Martins (2020) indaga sobre a ideia que o acesso a essa tecnologia sempre existiu:

> E esse será o nosso "novo normal" de audiências e sessões de julgamento? Ou o que estamos vendo se trata de, nada mais, do que uma valorização de um instrumento tecnológico de uso processual já disponível há tempos em nosso ordenamento jurídico, mas que não era tão valorizado? De uma forma ou de outra, será que essa mudança de paradigma veio, então, pra ficar?

Ou seja, para o nobre operador do Direito, esta modalidade está ao alcance de todos a tempos e somente agora passou a ser valorizada, e finaliza seu raciocínio da seguinte forma:

> Essa prestação jurisdicional por meio telepresencial já era previsto e sempre foi possível, mas não tão prestigiado e valorizado. A diferença é meramente de percepção quanto à utilidade e quanto às vantagens de seu uso, vantagens essas que não se esgotam apenas no aumento da velocidade do processo, mas também e, sobretudo, na economia de gastos e de tempo em relação ao que se despende financeiramente para manter uma estrutura física e, bem assim, para custear o deslocamento das partes.

Na mesma linha pensamento do nobre jurista, importante lembrar do grande avanço tecnológico no meio do processo criminar que ocorreu com o Projeto de Lei nº 7.227, de 2006 que naquela época já previa o uso da videoconferência para os réus presos, onde na época, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal (2007) escreveu que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> A teleaudiência vai proporcionar uma prestação jurisdicional mais célere na área criminal, mais segura e mais econômica e representará uma adaptação do velho sistema processual penal, elaborado na década de 40, aos avanços tecnológicos. Em pouco tempo será rotina nas circunscrições judiciárias brasileiras, assim como já acontece nos Estados Unidos.

Ou seja, essa evolução não é de agora, vem sendo moldada dia após dia e já foi visada por muitas pessoas do ramo jurídico.

4 AS VANTAGENS POR TRÁS DA MODALIDADE DE AUDIÊNCIAS CRIMINAIS POR VIDEOCONFERENCIA

Ao longo do que foi abordado, perceptível foi que a principal vantagem quanto a pratica das audiências criminais por videoconferência foi voltada para o resultado do processo. Ou seja, resultado favorável principalmente para as partes que integram o processo. Pois com essa nova modalidade não tem a necessidade de paralisação do processo com a justificativa da impossibilidade do contato presencial e está sendo possível seu prosseguimento pela modalidade virtual.

Em matéria disponível no portal do Tribunal de justiça de Rondônia o advogado Klaczik (2020) explica que:

> É desafiador advogar aqui", diz Jhonatan Klaczik, que mora no distrito de Extrema, a 328 km de Porto Velho. Antes da pandemia do novo coronavírus, para ir a uma audiência agendada na capital, Jhonatan tinha de sair um dia antes de sua localidade (distrito), e gastava cerca de 5h de viagem para chegar em Porto Velho.
>
> No percurso há uma balsa para poder cruzar o rio. Os gastos com combustível, alimentação, hospedagem e com a travessia são de aproximadamente 700 reais, por viagem. "Todos esses gastos são repassados aos clientes, e, além disso, corremos riscos e perdemos dias úteis de trabalho na estrada.

Como já visto, e na concepção de Borges e Weber, (2019, p. 1988) a razoabilidade processual deve ser pautada no tempo necessário para a prestação jurisdicional certa, precisa e eficaz. Não tardia, para não proporcionar angústia ao jurisdicionado, mas também não dotada de super-velocidade, a ponto de castrar os direitos fundamentais. A forma como o magistrado se porta em razão da complexidade é diretamente proporcional ao tempo da presteza jurisdicional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Mas e quanto as vantagens apresentadas àqueles que integram o cenário jurídico criminal? Em especial o advogado, o Ministério Público por meio de seus promotores e até mesmo o Estado tiveram vantagens com o uso da tecnologia na fase da pronuncia e instrução criminal.

41 VANTAGENS PARA O ADVOGADO

A figura do advogado no âmbito jurídico é de extrema importância, uma vez que é quem garante o cumprimento do direito para àqueles que recorrem ao judiciário.

Sem ele, certamente o princípio da celeridade processual também estaria afetado. Ocorre que, com todas as mudanças ocorridas no âmbito jurídico, com o advento das audiências criminais por vídeo conferencias, é importante frisar as vantagens que a classe passou a ter.

Inicialmente, é importante falar no quesito principal que é o tempo.

a) Tempo: nos dias atuais, onde na maioria das vezes o ser humana vivem

em vida agitada do cotidiano, poupar tempo certamente é um privilégio.

Quanto ao advogado, se analisado sua relação com cliente na fase inicial da contratação de um serviço por parte do cliente, até o resultado final advindo do processo, em um mundo sem a integração do meio tecnológico o advogado gastaria mais tempo do que na forma virtual. Veja-se, é necessário o atendimento ao cliente, além de diversas reuniões com o mesmo, audiências presenciais que o advogado provavelmente teria que se deslocar de seu escritório até o fórum para participar da audiência, e muitas vezes tendo que se deslocar mais de duas vezes até o fórum, para cumprir o passo a passo de um processo e tem aqueles que não possuem fórum em sua cidade, necessitando de mais tempo para deslocamento. Ocorre que, com o uso da internet e suas tecnologias, praticamente todo o caminhar de um processo pode ser virtual, e isso inclui desde a conquista do cliente até o resultado final que o mesmo possivelmente vai obter no processo. Para o advogado Jhonatan Klaczik (2020): "O processo eletrônico foi uma evolução maravilhosa, agora evitar deslocamentos e gastos para participar de uma audiência é muito importante, também, para os clientes", pois segundo o advogado, por morar em cidade de interior, para cumprir uma exigência de participar de uma audiência criminal, precisava se deslocar por até 5 (cinco) horas para chegar ao fórum. Ou seja, um tempo gasto que nos dias de audiência criminal por videoconferência não é mais necessário.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Quanto a realização de audiência, o advogado pode permanecer em seu escritório enquanto acessa o sistema virtual para sua realização, isso com toda segurança necessária para que não atrapalhe no processo;

b) Renda: com uso da tecnologia e a possibilidade da realização de audiências por videoconferência o advogado também economiza financeiramente, por não precisar se deslocar de seu escritório e consequentemente gastar com locomoção de veículo, pois como abordado pelo advogado Jhonatan Klaczik (2020) o advogado, em seu deslocamento para uma audiência criminal presencial possuía gastos com combustível, alimentação, e as vezes até hospedagem, quando há necessidade;

c) Aumento de Cartela de Cliente: o advogado que bem souber aproveitar o momento e tirar sua parte boa, terá grandes resultados no futuro, pois, com a ampliação do sistema jurídico digital o advogado poderá aumentar sua cartela de clientes, expandindo o seu negócio para o país inteiro vez que os atos poderão ser realizado de forma digital e desta forma o advogado faria com extrema facilidade. Pois, segundo Lacerda (2020) "O objetivo da presença virtual é conquistar notoriedade para o seu trabalho e construir uma base de contatos para captação de novos clientes. Além disso, essas ferramentas supracitadas possuem grande potencial de posicionar o seu escritório de advocacia nos mecanismos de busca, como o Google". Ou seja, o advogado poderá expandir o seu negócio, trazendo mais clientes para si.

4.2 Vantagens para o Ministério Público

Para o Promotor de Justiça Valter Foleto Santin (1.997):

> A liderança e a importância do Ministério Público no combate preventivo e repressivo ao crime devem ser prestigiadas e aumentadas em atenção aos princípios institucionais e constitucionais relacionados à ação penal pública e à defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais, individuais indisponíveis, coletivos e difusos, sendo inconstitucional, inadequada e ilegítima democraticamente qualquer tentativa legal ou institucional de outro ente estatal assumir atribuições alheias, típicas e inerentes ao órgão acusador. O Ministério Público, força dinâmica da Justiça Criminal, deve deter o alto controle da organização repressiva e liderança na coordenação das atividades com o mesmo fim.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, a atuação do ministério público através do promotor de justiça se tornou essencial para o cumprimento da justiça e não é de hoje.

Ademais, segundo o relatório de resultados do Ministério Público(2017) o ministério público possui grande gama de processos, e com o uso da tecnologia fez com que pudessem atuar em mais casos com celeridade e efetividade.

Nesta senda, o uso do meio tecnológico para realização de videoconferência contribui drasticamente para os fatores tempo e renda.

a) Tempo: pela obrigatoriedade da figura do promotor nos atos dos processos criminais, em suma sua presença é essencial nas audiências, vez que precisam exercer seu papel para cada são. No dia a dia presencial um promotor de justiça teria que se locomover todas as vezes até o fórum de sua respectiva comarca para realização das audiências, fato que não ocorre nos dias atuais com a modalidade remota, 100% digital, trazendo muito mais comodidade e economizando tempo, que também poderá ser aproveitado em demais processos, consequentemente acelerando o processo.

b) Renda: como bem abordado, as locomoções do promotor também trazem gastos, que a depender do caso em concreto chega a um valor super alto, e com as modalidade virtuais esses gastos podem ser evitados em sua maioria. Desta, forma: "a economia resultante do simples fato de que as partes não precisam mais se reunir no mesmo lugar é um dos principais aspectos positivos destacados pelos Promotores de Justiça em suas experiências com as audiências virtuais. diz o promotor de justiça Carriço (2020).

4.3 Vantagens para o Estado

Segundo a Coordenadoria de Comunicação Social do MPSC (2020):

> Tanto para o Estado quanto para os envolvidos nas audiências, a economia resultante do simples fato de que as partes não precisam mais se reunir no mesmo lugar é um dos principais aspectos positivos destacados pelos Promotores de Justiça em suas experiências com as audiências virtuais. Tempo e recursos são poupados quando "não há necessidade de deslocamento de presos, de viaturas e de policiais até o fórum ou de utilização de um grande espaço para a audiência, ar-condicionado e luz", avalia o Promotor de Justiça da Capital Thiago Carriço de Oliveira.

Na mesma linha de raciocínio, quando analisado que o Estado possui gastos com logística para transporte do réu preso, essa perspectiva de tele presencial se torna

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

extremamente válida. Considerando que em tempos de pandemia, os atos processuais criminais são realizados com o acusado dentro do estabelecimento prisional, dispensando seu deslocamento até o fórum.

Tempo e recursos são poupados quando "não há necessidade de deslocamento de presos, de viaturas e de policiais até o fórum ou de utilização de um grande espaço para a audiência, ar-condicionado e luz"", diz o promotor de justiça Carriço (2020).

No começo dessa evolução dos atos jurídicos praticados pela videoconferência já se pensavam sobre os impactos positivos que o Estado teria neste sentido. Em matéria redigida pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal(TJDF), em 2007, informaram que:

> A dispensa do comparecimento dos policiais aos fóruns para prestar depoimento, eis que serão ouvidos de uma sala de videoconferência instalada na Corregedoria de Polícia, proporcionará uma grande economia. Para se ter uma noção do movimento de policiais, por ano são realizadas mais de 3.000 audiências só com policiais nos fóruns do Distrito Federal. Com a agilidade do sistema, os policiais logo serão liberados das audiências e terão mais tempo para se dedicar ao exercício da função.
>
> Com escoltas de presos, a estimativa é de que nos próximos anos 20 mil escoltas sejam realizadas por ano no Distrito Federal. Dispensadas as escoltas, a economia será mais relevante ainda para os cofres públicos, porque cada escolta custa hoje R$ 528,00. Além da economia, mais policiais ficarão disponíveis para a segurança pública, uma vez que cada escolta ocupa pelo menos dois policiais, um para dirigir a viatura que leva o preso até o fórum e outro que acompanha o preso até a sede do juízo. Com a economia de viaturas e de policiais, o Distrito Federal deverá economizar por ano R$ 8.500.000,00.

Ou seja, àquela época já era observado o grande impacto positivo que esta modalidade virtual teria no judiciário. Nos tempos atuais, esse pensamento concluído lá atrás pelo Desembargador Roberval Casemiro Belinati (2007), vem sendo pondo em prática e com muito êxito.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo geral desta pesquisa foi responder se a nova modalidade de audiência criminal por vídeo conferencia ia de encontro ao princípio da celeridade processual. Uma vez que a implementação do feito pela videoconferência faria com que os processos não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ficassem paralisados. Ademais, buscou-se identificar as vantagens por trás dessa modalidade de audiência virtual para os integrantes do processo penal na figura do advogado, promotor e Estado.

Para conseguir cumprir o objetivo especifico do entendimento do princípio da celeridade processual na modernidade virtual, buscou-se a doutrina de Borges e Weber, (2019) que trouxe a ideia desse princípio de forma conceitual.

O primeiro passo foi identificar com base nos resultados estatísticos disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça a duração média do processo incluindo o ano de pandemia, que demonstrou que mesmo com a modalidade virtual, o processo continuou seu tramite de forma célere, e que consequentemente as audiências criminais ocorreram por videoconferência. Além dos dados obtidos pelo Ministério Público de Santa Catarina que demonstraram que o órgão obteve aumento de 14,19% de solução nos processos, ou seja, a realização de audiência criminal por videoconferência não foi um motivo de paralização, mas sim de efetivação pela modalidade virtual. E também os dados obtidos pela Defensoria Pública da União que demonstrou o avanço também com os resultados dos processos criminais, em que pese não ter sido paralisado com o advento da dificuldade em reunir as partes do processo, mas que houve adaptação para que no meio virtual pudessem ser realizados os atos processuais. No entanto, não é possível chegar a uma conclusão plausível tendo em vista que o ano de maior inserção do uso tecnológico foi o ano de 2021 e ainda não foram disponibilizados esses dados.

Estudou-se a evolução das audiências criminais por videoconferência e foi identificado que tal pratica não se deu apenas com o início da pandemia do novo Corona Vírus, mas que o advento foi o que impulsionou sua realização de forma mais efetiva no âmbito jurídico.

Outros objetivos específicos desta pesquisa foram identificar a existência de vantagens para o advogado, promotor e Estado através da realização de audiência criminal por videoconferência. Através do estudo, foi trazido informações da doutrina, advogados, jurisprudência, integrantes dos órgãos inerentes a pratica jurídica que de diferentes formas foi possível obtenção de vantagens para as partes tratadas na presente pesquisa.

Concluiu-se portanto, que a pratica da audiência criminal por videoconferência não somente trouxe mais celeridade para o processo criminal, mas que também trouxe grandes vantagens para àqueles estudados que integram essa fase.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em números digital**. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/. Acesso em 10 de out. 2021.

BRASIL. **ASSISTÊNCIA da Defensoria Pública da União nos anos de 2018, 2019 e 2020**. Disponível em: https://www.dpu.def.br/transparencia/indicadores-de-desempenho. Acesso em 10 de out. de 2021.

BRASIL. TJDF. **Vantagens da Teleaudiência Judiciária** - Desembargador Roberval Casemiro Belinati. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2008/vantagens-da-teleaudiencia-judiciaria-desembargador-roberval-casemiro-belinati. Acesso em: 15 de out. de 2021.

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

BRASIL. STJ. HABEAS CORPUS Nº 590.140 - MG (2020/0146502-7). Disponível em:https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&termo=HC%20590140. Acesso em 15 de out. de 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Relatório de resultados do Procurador-Geral da República : diálogo, unidade, transparência, profissionalismo, efetividade: 2015-2017** / Ministério Público Federal. – Brasília : MPF, 2017. Disponível em: http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/atividade-fim/estudos-e-levantamentos-estatisticos-da-atuacao. Acesso em 15 de out. de 2021.

BRASIL. TJRO. **Audiências virtuais fazem sucesso entre partes e advogado**. Disponível em: https://tjro.jus.br/noticias/item/12681-audiencias-virtuais-fazem-sucesso-entre-partes-e-advogados. Acesso em 15 de out. de 2021.

BRASIL. Ministério Público de Santa Catarina. **MPSC privilegia atuação preventiva no enfrentamento à covid-19 e aumenta a produtividade na sua atuação em teletrabalho**. Disponível em: https://www.mpsc.mp.br/noticias/mpsc-privilegia-atuacao-preventiva-no-enfrentamento-a-covid-19-e-aumenta-a-produtividade-na-sua-atuacao-em-teletrabalho. Acesso em 15 de out. de 2021.

BRASIL. Ministério Público de Santa Catarina. **Adotadas como medida de emergência, audiências virtuais tornam-se ferramenta essencial nos processos**. Disponível em: https://www.mpsc.mp.br/noticias/adotadas-como-medida-de-emergencia-audiencias-virtuais-tornam-se-ferramenta-essencial-nos-processos. Acesso em: 15 de out. de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BORGES, Gabriel Oliveira de Aguiar; WEBER, Vinícius. **Princípio da razoável duração do processo: a celeridade processual na pós-modernidade**. Uberlândia: LAECC 2019. Edição do Kindle.

COELHO, Luiz; MARQUES, Ionéia. **Análise de fatores constituintes da morosidade na prestação jurisdicional: cultura, direitos e estrutura**. Ministério Público do Estado do Ceará, 2013. Disponível em: http://www.mp.ce.gov.br/esmp/publicacoes/Edital-n-01 2013/Artigos/Luiz%20Claudio%20Araujo%20Coelho.pdf

LACERDA, Tales. **Tudo o que um advogado precisa saber para criar um escritório virtual e aderir ao home office**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/322656/tudo-o-que-um-advogado-precisa-saber-para-criar-um-escritorio-virtual-e-aderir-ao-home-office . Acesso em: 26 de out. 2021.

MARTINS, Frederico**. Audiência por videoconferência: o "novo normal" ou o "velho normal" agora valorizado? Disponível em:** https://blog.grancursosonline.com.br/audiencia-por-videoconferencia-o-novo-normal-ou-o-velho-normal-agora-valorizado/. Acesso em 15 de out. de 2021.

Theodoro Jr. (2010, p. 39), apud ARAUJO, Jakelline. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e processo de conhecimento**. 51. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. Disponível em: https://juridicocerto.com/p/jakellinefernandes/artigos/caminhos-e-solucoes-para-o-judiciario-o-principio-da-celeridade-processual-1326. Acesso em: 15 de out. 2021.

TRIBUNAL de Justiça do Paraná. **Videoconferência é utilizada pela primeira vez em audiência de instrução criminal no 2º grau de jurisdição. Disponível em:** https://www.tjpr.jus.br/destaques/-/asset_publisher/1lKI/content/videoconferencia-e-utilizada-pela-primeira-vez-em-audiencia-de-instrucao-criminal-do-2-grau-de-jurisdicao/18319?inheritRedirect=false. Acesso em 10 de out. de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ASPECTOS TRIBUTÁRIOS DA ZONA FRANCA DE MANAUS

BIANCA NASCIMENTO BARRONCAS: Bacharel em Serviço Social e acadêmica em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

RESUMO: O presente trabalho tem como objeto de estudo a Zona Franca de Manaus, bem como, os benefícios tributários assegurados ao modelo como um mecanismo de redução das desigualdades inter-regionais e a sua efetividade. Desta forma, o mesmo, tem como objetivo geral: discorrer sobre os benefícios tributários da Zona Franca de Manaus. Com os seguintes objetivos específicos: apresentar a ZFM desde o seu surgimento; caracterizar os benefícios tributários assegurados a ZFM; e mostrar a efetividade dos incentivos fiscais para a ZFM. Destarte, sabe-se que uma das formas de promover o desenvolvimento de regiões menos desenvolvidas, será com a redução ou eliminação de encargos de ordem fiscal, conforme ocorreu com a criação do modelo ZFM. Nesse sentido, os incentivos fiscais são importantes mecanismos de redução das desigualdades, pois atuam atraindo investimentos. Portanto, a implementação da ZFM é uma dinâmica de desenvolvimento regional bem sucedida, do ponto de vista econômico, social e ambiental.

PALAVRAS-CHAVE: Zona Franca de Manaus. Benefícios Tributários. Desenvolvimento.

ABSTRACT: The present work has as its object of study the Manaus Free Trade Zone, as well as the tax benefits assured to the model as a mechanism to reduce inter-regional inequalities and its effectiveness. Thus, the same has the general objective: to discuss the tax benefits of the Manaus Free Trade Zone. With the following specific objectives: to present ZFM since its inception; characterize the tax benefits assured to ZFM; and show the effectiveness of tax incentives for ZFM. Thus, it is known that one of the ways to promote the development of less developed regions will be with the reduction or elimination of fiscal charges, as occurred with the creation of the ZFM model. In this sense, tax incentives are important mechanisms for reducing inequalities, as they act by attracting investments. Therefore, the implementation of the ZFM is a dynamic of successful regional development from an economic, social and environmental point of view.

KEYWORDS: Manaus Free Trade Zone. Tax Benefits. Development.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ZONA FRANCA DE MANAUS. 2.1. BREVE HISTÓRICO DA ZONA FRANCA DE MANAUS. 2.2. DEFINIÇÃO DA ZONA FRANCA DE MANAUS. 2.3. CONSTITUIÇÃO E ZONA FRANCA. 3. A POLÍTICA TRIBUTÁRIA DIFERENCIADA DA ZONA FRANCA DE MANAUS. 3.1. CONCEITO DE INCENTIVO FISCAL. 3.2. INCENTIVOS FEDERAIS. 3.2.1 IMPOSTO SOBRE A IMPORTAÇÃO (II). 3.2.2 IMPOSTO SOBRE PRODUTOS INDUSTRIALIZADOS (IPI). 3.2.3 CONTRIBUIÇÃO AO PIS/PASEP – IMPORTAÇÃO E DA

CONFINS – IMPORTAÇÃO. 3.2.4 ADICIONAL AO FRETE PARA RENOVAÇÃO DA MARINHA MERCANTE (AFRMM). 3.3 INCENTIVO ESTADUAL. 3.3.1 IMPOSTO SOBRE OPERAÇÕES RELATIVAS À CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SOBRE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E TRANSPORTES INTERESTADUAL E INTERMUNICIPAL E DE COMUNICAÇÃO (ICMS). 3.4 INCENTIVO MUNICIPAL. 3.4.1 IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA. 4 A EFETIVIDADE DOS INCENTIVOS FISCAIS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO. 5 CONCLUSÃO. 6 REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

A Zona Franca de Manaus constitui-se no objeto de estudo deste artigo que discorre sobre o tema abordando os benefícios tributários assegurados ao modelo ZFM, bem como a sua efetividade como mecanismo de redução das desigualdades inter-regionais.

Nesse passo, o estudo torna-se relevante, tendo em vista que permitirá a ampliação ao conhecimento no que tange a Zona Franca de Manaus, haja vista que não é uma área que tenha tanta visibilidade concernente a estudos e pesquisas, pois ainda são escassos os estudos sobre a região e ZFM, dessa forma, o presente trabalho contribuirá também para o acervo teórico, objetivando a demonstração do êxito da ZFM enquanto modelo de desenvolvimento regional.

Espera-se ainda, que o estudo contribua para uma possível captação de novas empresas e negócios que poderão agregar e contribuir para a redução das desigualdades presentes entre as diferentes regiões do país, pois, tais investimentos são instrumentos de desenvolvimento socioeconômico para a região Norte. Neste sentido, indaga-se: Quais são os benefícios tributários assegurados a Zona Franca de Manaus como mecanismo de redução das desigualdades inter-regionais?

Assim, o presente trabalho tem como objetivo geral: discorrer sobre os benefícios tributários da Zona Franca de Manaus. Com os seguintes objetivos específicos: apresentar a ZFM desde o seu surgimento; caracterizar os benefícios tributários assegurados a ZFM; e mostrar a efetividade dos incentivos fiscais para a ZFM.

2.ZONA FRANCA DE MANAUS

Este capítulo tem por objetivo apresentar a Zona Franca de Manaus desde o seu surgimento, com um breve contexto histórico, bem como a sua definição e modelo ZFM, a qual foi criada objetivando impulsionar o desenvolvimento econômico que age como um mecanismo de redução das desigualdades inter-regionais.

2.1 Breve histórico da Zona Franca de Manaus

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Entre o final do século XIX e início do século XX, Manaus se transformou em um grande centro urbano, cultural e social, com os lucros que foram advindos de um dos principais produtos de exportação brasileira à época, o ciclo da Borracha, que teve uma contribuição significativa à economia.

No entanto, o ciclo da Borracha exauriu-se, sendo os principais motivos para tal: *a)* a produção da borracha em escala comercial na Ásia, que derrubou os preços internacionais prejudicando a economia da região, e *b)* os investimentos do Governo Federal, pois era muito mais cômodo investir no café, que se concentravam nos estados do Centro-Sul, onde se promovia a industrialização da economia brasileira, assim, abandonando as regiões Norte e Nordeste.

Após o ciclo da Borracha a economia amazônica ficou estagnada por um longo período, estagnação essa que se desencadeou das mudanças na reorganização do mercado internacional do látex, bem como, as mudanças tecnológicas na indústria.

Desde então as Políticas Públicas para a Amazônia passaram a ter maior visibilidade, e foi a partir da Constituição de 1946, que as mesmas se tornaram mais efetivas, conforme o art. 199, parágrafo único, que mencionava a obrigatoriedade da União implementar um plano de valorização econômica da Amazônia, tornando obrigatório também aos Estados, Territórios e Municípios localizados na região a aplicar suas rendas tributárias.

Vale ressaltar, que a Emenda Constitucional nº 21/1966 extinguiu o parágrafo único do art. 199 da Constituição de 1946, que obteve a seguinte redação: "Na execução do Plano de Valorização Econômica da Amazônia, a União aplicará, em caráter permanente, quantia não inferior a três por cento da sua renda tributária". Tal artigo consolidou o Plano de Valorização Econômica da Amazônia, bem como a SPVEA (Superintendência do Plano de Valorização Econômica da Amazônia).

No dia 23.10.1951 foi apresentado à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 1.310, que criava o "Porto Franco de Manaus", apresentado pelo deputado federal Francisco Pereira da Silva. Na Câmara, tal projeto recebeu emenda por parte do relator, o deputado Maurício Joppert, o qual justificou que a criação de uma zona franca demonstraria ser um instrumento de desenvolvimento para a região mais eficaz do que um porto franco (RAMOS FILHO 2019).

A Zona Franca de Manaus foi criada pela Lei Nº 3.173, de 06 de janeiro de 1957, no entanto, somente em 1967, por meio do Decreto-lei nº 288, de 28 de fevereiro de 1967, que foi de fato instituída com o objetivo de estabelecer um polo de desenvolvimento comercial, industrial e agropecuário, visando integrar a Amazônia à economia do país.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Faz-se necessário trazer à baila, o que dispunha o art. 1º da Lei nº 3.173/57, a qual instituiu a ZFM:

> **Art. 1º** – É criada em Manaus, capital do Estado do Amazonas, uma zona franca para armazenamento ou depósito, guarda, conservação beneficiamento e retirada de mercadorias, artigos e produtos de qualquer natureza, provenientes do estrangeiro e destinado ao consumo interno da Amazônia, como dos países interessados, limítrofes do Brasil ou que sejam banhados por águas tributárias do rio Amazonas.

É importante ressaltar que a Lei supracitada foi revogada pelo Decreto-lei nº 288 trazendo novas finalidades, conforme afirma o ilustre autor Ramos Filho (2019), que apesar da ementa do Decreto estatuir que houve alterações nas disposições da Lei e que regula a Zona Franca de Manaus, na verdade, o citado Decreto-lei, não modificou a redação de nenhum dispositivo da lei por ele revogado.

A criação da ZFM é mantida pela Constituição de 1988, na forma do art. 40, parágrafo único do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), assim redigido:

> **Art. 40.** É mantida a Zona Franca de Manaus, com suas características de área livre de comércio, de exportação e importação, e de incentivos fiscais, pelo prazo de vinte e cinco anos, a partir da promulgação da Constituição.
>
> **Parágrafo único.** Somente por lei federal podem ser modificados os critérios que disciplinaram ou venham a disciplinar a aprovação dos projetos na Zona Franca de Manaus.

O prazo de 25 (vinte e cinco) anos foi prorrogado por mais 10 (dez) anos por força da Emenda Constitucional nº 42 de 2003, a qual acrescentou ao ADCT o art. 92, que preconiza que fora acrescido 10 (dez) anos ao prazo ora fixado no art. 40 do ADCT. Em agosto de 2014 fora criada a Emenda Constitucional nº 83, que acresceu mais 50 (cinquenta) anos ao prazo fixado pelo art. 92.

Bispo (2009), em resumo disserta sobre as etapas de evolução da ZFM, dividindo-as em quatro fases, vejamos:

A primeira fase foi compreendida no período de 1951 a 1967, que vai desde a apresentação do Projeto Lei em 1951, com a criação original por meio da Lei nº 3173/57,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

até a assinatura do Decreto-lei nº 288, em 1967. Esse período pode ser considerado como uma fase embrionária por apresentar os conceitos iniciais de seu funcionamento, embora houvesse limitação ao aspecto documental e discursivo por parte das lideranças empresariais e governamentais a nível local e nacional (BISPO, 2009).

A segunda fase compreendida em 1967, com a publicação do Decreto-lei nº 288 e do Decreto nº 61.244, que cria a Superintendência da Zona Franca de Manaus – SUFRAMA, até 1975, com a publicação do Decreto nº 1435. Esse período pode ser classificado como afirmação do modelo por iniciar as suas atividades operacionais, voltada especialmente para o comércio, mostrando uma característica primordial da ZFM, ainda nessa fase houve a introdução das primeiras indústrias de transformações (BISPO, 2009).

A terceira fase é classificada como de consolidação do modelo, pois, fora caracterizada pelo aumento crescente das atividades comerciais com a consolidação das indústrias de transformações, bem como, a consolidação do parque industrial instalado. A ZFM tinha acesso a produtos importados de alta tecnologia devido à suspensão e isenção dos tributos, onde, nessa fase o comercio apresentou maior destaque (BISPO, 2009).

A quarta fase caracteriza-se como desenvolvimentista, pois, a partir de 1991, que o parque industrial instalado na ZFM vê se fortalecendo não só pelo processo de verticalização como também pelo elevado nível de consolidação de alguns segmentos, especialização e produtividades, dentre outros, mas, igualmente, pela atratividade de novas indústrias de tecnologia avançada (BISPO, 2009).

2.2 Definição da Zona Franca de Manaus

Faz-se necessário trazer à baila a definição de zona franca, que é uma área delimitada, onde não se aplicam as regras e regulamentos aduaneiros que, em regra, são utilizados fora desta zona franca.

Nesse sentido, Bomfim (2016 apud Pacífico, 2018), afirma:

> Em termos gerais, pode-se conceituar zona franca como uma área delimitada, excluída do território aduaneiro, em que as mercadorias de origem estrangeira são armazenadas, sujeitas a processos comerciais ou industriais sem estarem submetidas a impostos alfandegários e com inspeções fiscais mais amenas. Pode-se dizer que, do ponto de vista aduaneiro e independentemente de denominações ou variações que têm as zonas francas, são caracterizadas por serem locais excluídos do território aduaneiro, porque nelas não se aplica as regras do comércio internacional gerais da nação onde se encontram instaladas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A corroborar com o exposto acima, o eminente autor Ramos Filho (2019, p. 19) ensina: "As zonas francas são áreas livres para importação e/ou exportação de mercadorias que gozam de incentivos fiscais destinados a promover o desenvolvimento da região na qual estejam estabelecidas.".

No caso em comento, o supracitado autor afirma que, com a criação da de uma zona franca, institui-se uma área dentro de determinado país, sob um regime especial, a qual tem como finalidade principal a concessão de incentivos fiscais, para atrair indústrias de diversas regiões para que ali se instalem, objetivando o desenvolvimento daquela parte do território na qual está inserida (RAMOS FILHO 2019).

Nesse sentido, é importante trazer a definição da ZFM pelo Decreto-lei Nº 288, em seu art. 1º:

> **Art. 1º.** A Zona Franca de Manaus é uma área de livre comércio de importação e exportação e de incentivos fiscais especiais, estabelecida com a finalidade de criar no interior da Amazônia um centro industrial, comercial e agropecuário dotado de condições econômicas que permitam seu desenvolvimento, em face dos fatores locais e da grande distância, a que se encontram os centros consumidores de seus produtos.

Portanto, a Zona Franca é de suma importância para as regiões menos favorecidas do país, tendo em vista que é construída estrategicamente como um instrumento de promoção do desenvolvimento regional, bem como na criação de empresas e indústrias com a redução de impostos, visando a integração da Amazônia.

2.3 Constituição e Zona Franca

O direito tributário possui uma relação de crédito e débito entre os sujeitos da relação jurídica, os quais são eles: no polo ativo (credor), que são os entes tributantes, pessoa jurídica de direito público interno (Fisco: União, Estados, Municípios e o Distrito Federal), e no polo passivo, o contribuinte, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas.

Ocorre que os Entes Públicos (Fisco), para exercerem o seu poder de tributar, devem observar que existem limitações a este poder, que são estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Vale ressaltar, que tais limitações dividem-se entre princípios e imunidades; para este presente trabalho, será apresentado o Princípio da Uniformidade Geográfica (ou tributária), disposto no art. 151, I, da CF/88.

O Princípio da Uniformidade Geográfica (ou tributária) prevê que os tributos federais devem viger em todo o território brasileiro de forma uniformizada, no entanto, há exceção prevista para os incentivos fiscais, destinados a incentivar o equilíbrio do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do país, com o intuito de reduzir as desigualdades sociais. Neste sentido, a Carta Magna consente a ocorrência de tributos federais com alíquotas diferenciadas.

Nesse passo, afirmam os artigos 43, § 2º, III; e 151, I, ambos da Constituição Federal, vejamos:

> **Art. 43.** Para efeitos administrativos, a União poderá articular sua ação em um mesmo complexo geoeconômico e social, visando a seu desenvolvimento e à redução das desigualdades regionais.
>
> **§ 2º** Os incentivos regionais compreenderão, além de outros, na forma da lei:
>
> **III** - isenções, reduções ou deferimento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas;
>
> **Art. 151.** É vedado à União:
>
> **I** - instituir tributo que não seja uniforme em todo o território nacional ou que implique distinção ou preferência em relação a Estado, ao Distrito Federal ou a Município, em detrimento de outro, admitida a concessão de incentivos fiscais destinados a promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País;

Diante de tal princípio, nota-se que o ente federativo (União), não poderá tratar os demais entes, bem como os seus contribuintes, de forma desigual, salvo, para promover o desenvolvimento econômico de determinada região, nesse sentido, o inciso I do art. 151 da CF, permite que a União conceda um tratamento diferenciado na tributação de sua competência, visando proporcionar o desenvolvimento socioeconômico de determinada região, como exemplo clássico, temos a Zona Franca de Manaus.

Alexandre Mazza (2018, p. 298) afirma "O próprio art. 151, I, da Constituição Federal prevê importante exceção ao princípio da uniformidade geográfica na medida em que autoriza a concessão de incentivos fiscais destinados a "promover o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico entre as diferentes regiões do País"".

Em consonância ao estabelecimento das reduções das desigualdades regionais como um objetivo da República Federativa do Brasil temos fundamentado na Carta Magna os arts. 3º, III; e 170, VII, *in verbis:*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
>
> **III** - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
>
> **Art. 170.** A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:
>
> **VII** - redução das desigualdades regionais e sociais;

Os dispositivos citados são considerados os fundamentos gerais da ZFM, pois tratam da redução das desigualdades inter-regionais, a fim de erradicar a pobreza, impulsionando a economia local, visando à geração de riquezas e atividades, bem como, o princípio da ordem econômica, assegurando a todos uma existência digna através da valorização do trabalho.

Nesse passo, os fundamentos específicos da ZFM encontram-se expressamente nos arts. 40, 92 e 92-A do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT). O art. 40 trata das características da Zona Franca dando um prazo de 25 (vinte e cinco) anos, a partir da promulgação da Constituição. Por força da EC nº 42 o art. 92, fora acrescentado mais 10 (dez) anos no prazo fixado ao art. 40, e, por força da EC nº 83, o art. 92-A, acresceu mais 50 (cinquenta) anos ao prazo referente do art. 92.

No caso em comento, Ramos Filho (2019, p. 33 e 34), afirma que a combinação dos artigos supracitados merece destaque ao que concerne: a) manutenção da Zona Franca de Manaus; b) característica de área de livre comércio, de exportação e importação e dos incentivos fiscais; c) os quais permanecem até 2073.

Para Cezaroti (2014 apud Paulsen, 2017):

> A Constituição Federal se refere especificamente a Zona Franca de Manaus no art. 40 do ADCT, no qual preserva as características de área de livre comércio, de importação e de exportação, além dos incentivos fiscais anteriormente concedidos, pelo prazo de 25 anos a partir da promulgação da CF. O objetivo do art. 40 do ADCT foi o de prosseguir com a política de governos anteriores de incentivar a ocupação econômica e populacional da região amazônica mediante a criação de um polo industrial local. Somente com o estabelecimento de condições econômicas apropriadas é que a população teria condições para se fixar no local, com atividades além

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> das extrativistas. Verifica-se, portanto, que há todo um arcabouço constitucional para a política de redução das desigualdades socioeconômicas entre as diferentes regiões do País, bem como uma referência expressa a Zona Franca de Manaus como região destinatária de um regime tributário diferenciado que atraia investimento para o local.

Nota-se que a ZFM é como um instrumento de promoção do desenvolvimento regional, diante disto, Rodrigues (2007 apud BISPO 2009) defende os incentivos fiscais no âmbito constitucional relacionando com a criação da Zona Franca de Manaus, afirmando que uma das formas de promover o desenvolvimento das regiões menos desenvolvidas, será incontestavelmente, com a redução ou eliminação dos encargos de ordem fiscal, conforme ocorreu com a criação da ZFM, a qual é mantida pela Constituição de 1988, na forma do art. 40, parágrafo único do ADCT.

3.A POLÍTICA TRIBUTÁRIA DIFERENCIADA DA ZONA FRANCA DE MANAUS

É garantida pela Constituição Federal a Zona Franca de Manaus, incentivos fiscais que visam fomentar o desenvolvimento socioeconômico reduzindo as desigualdades existentes entre as diferentes regiões do país. Sendo assim, faz-se necessário trazer à baila os incentivos Federais, Estaduais e Municipais concernentes a ZFM.

3.1 Conceito de incentivo fiscal

Para um melhor entendimento, faz-se necessário conceituar os incentivos fiscais, nesse sentido, a Revista da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (2011, p. 105), ensina que em uma concepção ampla, incentivos fiscais são medidas que estimulam a realização de determinada conduta. Sendo assim, a concessão de incentivos fiscais se insere como instrumento de intervenção no domínio econômico a fim de que se possam concretizar vetores e valores norteadores do Estado.

Milagres, 1986, p.103, afirma que “Incentivos ou estímulos fiscais são todas normas jurídicas ditadas com finalidades extrafiscais de promoção do desenvolvimento econômico e social que excluem total ou parcialmente o crédito tributário.”.

Nesse sentido Calderaro (1973 apud Troianelli, 2002), reitera:

> Costuma-se denominar “incentivos fiscais” a todas as normas que excluem total ou parcialmente o crédito tributário, com a finalidade de estimular o desenvolvimento econômico de determinado setor de atividade ou região do país. Os incentivos fiscais são concedidos atualmente sob as mais variadas formas, tais como: imunidades, isenções, suspensão do imposto, reduções de alíquota, crédito e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> devolução de impostos, depreciação acelerada, restituição de tributos pagos, etc.; porém, todas essas modalidades têm como fator comum a exclusão parcial ou total do crédito tributário, ditadas com a finalidade de estímulo ao desenvolvimento econômico do país.

Bruni de Moura (1971 apud Milagres, 1986), conceitua:

> Incentivos fiscais são medidas fiscais que excluem total ou parcialmente o crédito tributário, aplicadas pelo Governo Central com a finalidade de desenvolver economicamente um determinado setor de atividade.

Portanto, entende-se que os incentivos fiscais são como instrumentos de intervenção ao que concerne à economia, tendo como finalidade o desenvolvimento econômico de uma região menos favorecida ou de determinado setor de atividade

3.2 Incentivos federais

Os incentivos fiscais no âmbito federal referem-se ao II, IPI, PIS e CONFINS, vejamos:

3.2.1 Imposto sobre a importação (I.I.)

O Imposto sobre a Importação é de competência da União, conforme previsto no art. 153, da CF, e tem a fundamentação no art. 19 do CTN, in verbis: "o imposto, de competência da União, sobre a importação de produtos estrangeiros tem como fato gerador a entrada destes no território nacional.".

O ilustre autor Ricardo Alexandre (2017, p. 640) ensina:

> O imposto sobre a importação de produtos estrangeiros, previsto no art. 153, I, da CF, é tributo de função marcantemente extrafiscal, uma vez que seu principal objetivo não é carrear recursos para os cofres públicos federais, mas sim servir como mecanismo- de controle sobre as importações, podendo ser utilizado, por exemplo, como instrumento de proteção de determinado setor da indústria nacional que esteja sofrendo dificuldades em face da concorrência de produtos similares estrangeiros.

Nesse mesmo sentido elucida o preclaro doutrinador Sabbag (2018), o Imposto sobre a Importação "possui uma forte função extrafiscal por ter como objetivo proteger a indústria nacional.", e em complemento, o ilustre autor Leandro Paulsen (2019), afirma que "A instituição do Imposto sobre Importação consta do Decreto-Lei n. 37/66, editado com força de lei e ainda em vigor. É regulamentado pelo Decreto n. 6.759/09.".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, conforme previsto no art. 153, I, da CF, o Imposto sobre Importação é disciplinado também pelas Leis n. 7.810/89, 8.003/90, 8.032/90, 8.035/90 e 9.449/97 e, especialmente, pelo Decreto-lei n. 37/66 (MAZZA, 2018).

Este imposto possui uma forte função extrafiscal, o que vale dizer, que o mesmo consiste em estimular ou desestimular comportamentos, nos casos ligados ao comércio exterior, para com isso proteger a indústria nacional, de forma específica e passível de um ajuste fino em relação a cada produto importado (MACHADO SEGUNDO, 2018).

3.2.2 Imposto sobre produtos industrializados (IPI)

De acordo com os ensinamentos de Alexandre Mazza (2018), o IPI é um tributo de função totalmente fiscal (arrecadatória), o qual também poderá ser usado como um instrumento extrafiscal (regulatória) na medida em que suas alíquotas são seletivas em razão da essencialidade do produto, ou seja, trata-se de um instrumento utilizado pelo governo federal para baratear ou encarecer produtos de acordo com sua importância social.

Em consonância com o art. 3º do Decreto Lei Nº 288/1967:

> **Art. 3º.** A entrada de mercadorias estrangeiras na Zona Franca, destinadas a seu consumo interno, industrialização em qualquer grau, inclusive beneficiamento, agropecuária, pesca, instalação e operação de indústrias e serviços de qualquer natureza e a estocagem para reexportação, será isenta dos impostos de importação, e sobre produtos industrializados.

Previsto no art. 153, IV, § 3º, inciso III da Constituição Federal, o IPI é de competência da União e tem como características principais: o caráter fiscal, e ainda, mostra-se como um imposto real que incide sobre determinada categoria de bens (SABBAG, 2018).

Desta forma, afirma Ramos Filho (2019, págs. 67-68), o IPI não poderá ser cobrado sobre a remessa de mercadorias para a Zona Franca de Manaus, tendo em vista que, equiparada, para todos os efeitos fiscais, a uma operação de exportação.

2.3.1 Contribuição ao Pis/Pasep – importação e da confins – importação

Conforme o ilustre doutrinador Ramos Filho (2019), o PIS (Programa de Integração Social) foi instituído pela Lei Complementar Nº 7 de 1970, e, separadamente, instituiu-se o PASEP (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público), o qual foi criado pela Lei Complementar Nº 8 de 1970; a partir de 1976 os recursos PIS e PASEP foram unificados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Já a CONFINS (Contribuição para Financiamento da Seguridade Social), foi instituída pela Lei complementar Nº 70 de 1991 em substituição ao FINSOCIAL (Fundo de Investimento Social), que fora criada pelo Decreto Lei Nº 1940 de 1982.

No caso em comento, a contribuição PIS/PASEP – Importação está fundamentada no art. 149, § 2º, II, da CF, que afirma:

> **Art. 149.** Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.
>
> **§ 2º** As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o caput deste artigo:
>
> **II** - Incidirão também sobre a importação de produtos estrangeiros ou serviços; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

Sendo assim, Leandro Paulsen (2020, p.685) afirma que "o PIS/Pasep (PIS como contribuição das empresas destinada a programa voltado aos trabalhadores empregados; Pasep como contribuição dos entes políticos destinada a programa voltado aos servidores públicos) continua vigendo, embora com suporte em legislação nova. O Finsocial foi substituído pela Confins.".

Nesse passo, a COFINS – Importação tem fundamento no art. 195, IV, da CF, assim transcrito:

> **Art. 195.** A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:
>
> **IV** - do importador de bens ou serviços do exterior, ou de quem a lei a ele equiparar. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003).

A Contribuição para Financiamento da Seguridade Social (COFINS) possui uma natureza jurídica de contribuição social, as quais são devidas pelas pessoas jurídicas,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

destinadas de forma exclusiva às despesas relativas à área da saúde, previdência e assistência social, conforme previsto no art. 1º da Lei Complementar n. 70/91. (MAZZA, 2018, p. 567).

3.2.3 Adicional ao frete para renovação da marinha mercante (AFRMM)

De acordo com a Receita Federal, o AFRMM destina-se a atender aos encargos da intervenção da União no apoio ao desenvolvimento da marinha mercante e da indústria de construção e reparação naval brasileira, e constitui fonte básica do Fundo da Marinha Mercante (FMM). O AFRMM foi instituído pelo Decreto – Lei Nº 1.142 de 1970, o qual foi revogado e substituído pelo Decreto – Lei Nº 1.801 de 1980.

3.4 Incentivo estadual

No âmbito estadual o incentivo fiscal refere-se ao ICMS, vejamos:

3.5.1 Imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestação de serviços e transportes interestadual e intermunicipal e de comunicação – (ICMS)

Ramos Filho (2019), ensina que a competência tributária legislativa exonerativa pertence, em regra, ao ente detentor da competência tributária legislativa impositiva. Desta forma, a União não detém, atualmente, de legitimidade para conceder isenções e quaisquer outros incentivos fiscais em matéria do ICMS (art. 151, III, da CF), pois, se trata de imposto de competência Estadual (art. 155, II, da CF), porém, vale ressaltar que nem sempre foi assim.

Nesse sentido, o ICMS é de competência dos Estados e do Distrito Federal, o qual fora criado pela Emenda Constitucional Nº 18 de 1965, e tem a função essencialmente fiscal (arrecadatória), porém, conforme afirma Alexandre Mazza (2018, p. 525), em razão da essencialidade do produto ou serviço, é possível identificar um caráter extrafiscal residente na determinação constitucional das alíquotas seletivas no ICMS.

O ICMS incide sobre o valor agregado, o qual não é cumulativo; é um imposto real, pois tem como base de cálculo o bem, o que não releva as condições da pessoa, e, é um imposto proporcional, visto que não comporta alíquotas progressivas (SABBAG, 2018, p. 275).

3.5 Incentivo municipal

No âmbito municipal o incentivo fiscal refere-se ao IPTU, o qual teve sua vigência exaurida por decurso do prazo, vejamos:

3.5.1 Imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (IPTU)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ao que concerne aos incentivos municipais concedidos a ZFM, a Lei Municipal Nº 427, de 1998, concedia as indústrias que viessem a se instalar na Zona Franca de Manaus, e ainda, as já instaladas, incentivos fiscais em forma de isenções do IPTU, das taxas de serviços de coleta de lixo, de limpeza pública, de conservação de vias e logradouros públicos e de licença.

O IPTU está previsto no art. 156, I, da CF, tem uma função fiscal, tendo em vista que a sua finalidade é arrecadatória, visando à obtenção de recursos para o custeio das despesas estatais (MAZZA, 2018, p. 550).

No entanto, vale ressaltar, que os benefícios seriam concedidos pelo prazo de 10 (dez) anos, contados a partir da aprovação do Projeto na SUFRAMA, o qual teve sua vigência exaurida por decurso do prazo, sem ser prorrogada.

4.A EFETIVIDADE DOS INCENTIVOS FISCAIS COMO INSTRUMENTO DE DESENVOLVIMENTO SOCIOECONÔMICO

É cediço que o Brasil com a sua extensa dimensão territorial possui regiões com polo de desenvolvimento, bem como, regiões com nítida situação de estagnação econômica. Dito isto, a criação da Zona Franca de Manaus exerce um papel fundamental atuando como mecanismo na redução das desigualdades entre as regiões do país. Neste sentido, a ZFM logrou êxito enquanto modelo de desenvolvimento.

Rodrigues (2007 apud Bispo, 2009) defende os incentivos fiscais no âmbito constitucional relacionando com a criação da Zona Franca de Manaus, afirmando que uma das formas de promover o desenvolvimento das regiões menos desenvolvidas, será incontestavelmente, com a redução ou eliminação dos encargos de ordem fiscal, conforme ocorreu com a criação da ZFM, a qual é mantida pela Constituição de 1988, na forma do art. 40, parágrafo único do ADCT.

A corroborar com o exposto acima, vale ressaltar que a ZFM é um grande polo econômico, o qual é dividido em três áreas, que são: comercial, industrial e agropecuário. As grandes empresas instaladas na ZFM têm uma movimentação de faturamentos bilionários e formam mais de meio milhão de empregos de forma direta e indireta, e ainda, possui uma participação significativa no Produto Interno Bruto (PIB). Sendo assim, faz-se notória a importância da ZFM para o desenvolvimento da região Norte.

Nesse passo, o PIB é a soma de todos os bens e serviços produzidos no país e serve para medir a evolução da economia. No caso em comento, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2018, Manaus saiu da oitava para sexta posição entre os municípios com as maiores participações no PIB nacional.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme o levantamento da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Econômico, Ciência, Tecnologia e Inovação (Sedecti), o PIB do Amazonas referente ao segundo trimestre de 2021 registrou alta de 2,93% (crescimento real) na comparação com o primeiro trimestre de 2021, registrando o total de R$30 bilhões. O crescimento nominal foi de 4,66%.

Em relação ao segundo trimestre 2020/2021, na avaliação concernente aos setores, o crescimento ficou avaliado da seguinte forma: Agropecuária (27%), Indústria (24%), Serviço (26%).

O que tange ao setor da Industria, o mesmo totalizou um montante de R$8,358 bilhões, e um crescimento de 24,53%, no comparativo entre o segundo trimestre de 2020. A Pesquisa Industrial Mensal (PIM) do IBGE apontou que o volume de produção da Indústria geral cresceu 198,65% na comparação com o 2º trimestre de 2020, e 82,11% na comparação com o primeiro trimestre de 2021.

O Setor de Serviço, totalizou um valor de R$15,457 bilhões e apresentou um crescimento de 26,30%, na comparação entre o segundo trimestre de 2021 contra o segundo de 2020. O Comércio é uma das principais atividades desse setor e, segundo a Pesquisa Mensal do Comércio (PMC) do IBGE, apresentou crescimento de 25,60% no volume de vendas em relação ao primeiro trimestre de 2021 e de 23,50% no segundo trimestre de 2020. A receita nominal cresceu 38,89% (2º trimestre de 2020/2021) e 25,85% (1º trimestre 2021/2º trimestre 2021).

A Agropecuária apresentou um crescimento de 27,63%, quando passou de R$1,2 bilhão no segundo trimestre de 2020 para R$1,5 bilhão no segundo trimestre de 2021.

Teixeira (2013) afirma que, os benefícios fiscais presentes no modelo ZFM funcionam como atrativos à entrada de novas empresas na região, garantindo assim, a dinâmica de funcionamento no polo industrial amazônico. Desta forma, ocorre a geração de novos empregos, novas oportunidades e maiores salários, beneficiando em larga medida as condições de vida da população em seu entorno. Seus efeitos sobre a arrecadação local, bem como sobre o Produto Interno Bruto do Amazonas, são em grande medida relevantes para o desenvolvimento da região.

Nesse sentido, Silva (2008 apud Hernandes, 2011) consolida a ideia "que a ZFM foi uma estratégia fundamental para pôr um fim na estagnação econômica e isolamento em que se encontrava a Amazônia Ocidental com o declínio da economia da borracha. Fato este inegável, assim como a urbanização acelerada de Manaus e crescimento econômico do município e da região."

Em uma entrevista ao site: Somos Todos Amazonas, em março de 2021, José Jorge do Nascimento Júnior, presidente da Eletros (Associação Nacional de Fabricantes de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Produtos Eletroeletrônicos), afirma que a ZFM é a única política de incentivo fiscal do país com comprovação científica de eficiência. O empresário defende a importância de se entender mais a fundo a existência da ZFM, inclusive como fator primordial para a manutenção da Floresta Amazônica, uma vez que quando se há um ambiente que gera empregos e investimentos de qualidade para a região, a população não tem a necessidade de extrair da floresta. Para o empresário, o que falta é comunicação, já que o país não olha para o modelo com o devido prestígio.

De acordo com a Suframa (2015), o sucesso da implantação do modelo é constatado não apenas no âmbito econômico e social, mas também na esfera ambiental, mediante comprovações científicas. Ao concentrar a atividade econômica em uma área física reduzida, com baixo índice de utilização de recursos florestais, a ZFM garantiu a preservação de mais de 90% da mata nativa do Amazonas, uma vez que a ZFM propiciou uma alternativa econômica que não necessita da exploração predatória dos recursos naturais.

Perante o exposto, é notório que a Zona Franca de Manaus serve como um instrumento primordial, exercendo um mecanismo tanto para a redução das desigualdades sociais, diminuindo de forma significativa o desequilíbrio social e econômico que havia na região Norte frente as demais regiões do país que possuem uma maior potência, como também para a redução do desmatamento na Amazônia.

Portanto, conclui-se que a implementação da Zona Franca de Manaus é de grande importância sendo instrumento de promoção e desenvolvimento regional, visto, a redução do desmatamento, a geração de empregos e investimentos na região, maior participação no PIB nacional, dentre outros. Desta forma, faz-se notória a efetividade dos benefícios tributários assegurados a ZFM, pois, possibilita o seu desenvolvimento no mesmo ritmo das regiões com maiores potencialidades.

5 CONCLUSÃO

O Brasil é um país com uma vasta dimensão territorial, no qual, o processo de desenvolvimento econômico transformou algumas regiões em polo de desenvolvimento, no mesmo passo em que outras regiões ficaram em uma nítida situação de estagnação econômica. Destarte, sabe-se que uma das formas de promover o desenvolvimento de regiões menos desenvolvidas, será com a redução ou eliminação de encargos de ordem fiscal, conforme ocorreu com a criação da Zona Franca de Manaus.

Com a implementação da ZFM em uma região considerada menos favorecida, como a região Norte, ocorreu a promoção e o desenvolvimento, contribuindo significativamente para a redução das desigualdades presentes entre as diferentes regiões do país, visto que este é um efetivo instrumento de desenvolvimento socioeconômico para a região Norte.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido, os incentivos fiscais são importantes mecanismos de redução das desigualdades inter-regionais, pois atuam atraindo investimentos para a região, visando trazer as empresas para a localidade e torna-las competitivas no mercado gerando riquezas.

Sendo assim, o sucesso da implantação do modelo é constatado nos âmbitos sociais, econômico e ambiental, visto que houve um crescimento da renda per capita de Manaus, melhoria na infraestrutura, bem como nas condições de moradia da população, a expansão da escolaridade dos trabalhadores da indústria e da população de forma geral, preservação ambiental, etc., condições estas, que foram advindas da oportunidade e efetividade da ZFM.

Portanto, a Zona Franca de Manaus é um case de sucesso. Os benefícios tributários assegurados ao modelo funcionam como um mecanismo de redução das desigualdades inter-regionais, afirmando a hipótese inicial deste trabalho, visto que a redução das desigualdades é tratada pela Constituição Federal de 1988 como um objetivo fundamental e como um princípio de ordem econômica, dentre os quais, pode-se destacar o inciso III do art. 3º, bem como, o inciso VII do art. 170. Portanto, a ZFM é uma dinâmica de desenvolvimento regional bem sucedida, do ponto de vista econômico, social e ambiental.

REFERÊNCIAS

AFRMM **(Adicional ao frete para renovação da marinha mercante).** Receita Federal, 2021. Disponível em: https://receita.economia.gov.br/acesso-rapido/tributos/afrmm Acesso em: 18 de Maio de 2021.

ALEXANDRE, Ricardo**. Direito Tributário Esquematizado** – 11. Ed. Rev. Atual. E ampl. – Salvador – Ed. JusPodivm, 2017.

BISPO, Jorge De Souza. **Criação e distribuição de riqueza pela Zona Franca de Manaus**. – São Paulo, 2009. 317 f. Tese (Doutorado em Controladoria e Contabilidade) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, 2009.

HERNANDES, Rosângela Hernandes de. **O impacto dos incentivos fiscais na situação socioeconômica de Manaus.** Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Ciências Contábeis, Universidade de Caxias do Sul, Caxias do Sul, 2011.

JOSÉ JORGE DO NASCIMENTO JUNIOR. **Centro da Industria do Estado do Amazonas.** 2021. Disponível em: https://cieam.com.br/noticias/zona-franca-de-manaus-e-a-unica-politica-de-incentivo-fiscal-do-pais-com-comprovacao-de-eficiencia-diz-jorge-junior. Acesso em: 02 de outubro de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. – 23. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. – 10. Ed. rev. Atual. E ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito tributário**. – 4. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2018.

MILAGRES, Dênia Maria. **Incentivos Fiscais**. Rio de Janeiro. 1986.

PACIFICO, Kallyson. **Zona Franca de Manaus: Aspectos Econômicos e Tributários.** 2018. 61 páginas. Monografia do Curso de Administração – Linha de formação específica em Comércio Exterior da Universidade do Extremo Sul Catarinense – UNESC.

PAULSEN, Leandro. **Constituição e código tributário comentados à luz da doutrina e da jurisprudência**. – 18. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. – 10. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário completo**. – 11. Ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Sistema tributário da Zona Franca de Manaus:** proteção constitucional e incentivos fiscais. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2019.

REVISTA DA PGFN / **Procuradoria Geral da Fazenda Nacional** – v. 1, n. 1 (jan./jun. 2011). – Brasília: PGFN, 2011. Disponível em: https://www.gov.br/pgfn/pt-br/central-de-conteudo/publicacoes/revista-pgfn/ano-i-numero-i/integral.pdf. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

SABBAG, Eduardo. **Direito tributário essencial.** – 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

TEIXEIRA, Louisiana Cavalcanti. **A Zona Franca de Manaus: Evolução e Resultados**. Trabalho de Conclusão de Curso – Curso de Economia, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

TROIANELLI, Gabriel Lacerda. **Incentivos Setoriais e Crédito-Prêmio de IPI**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLAÇÃO DO DIREITO DA GESTANTE EM TEMPOS DE PANDEMIA: A PROIBIÇÃO DE ACOMPANHANTE NO PARTO COMO MEDIDA DE ENFRENTAMENTO A COVID-19

ANA CLARA RODRIGUES DUARTE: Bacharelanda em Direito da Universidade de Gurupi.

JOSÉ ALVES MACIEL

(orientador)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

RESUMO: O artigo destaca o direito da gestante a um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato em meio à pandemia da Covid-19. Partindo-se desse direito legalmente estabelecido, analisa-se a adaptação do mesmo diante da situação excepcional ocasionada pelo novo corona vírus. Fora dada especial ênfase a negação dos hospitais públicos ao direito de acompanhante à parturiente, amparado nas recomendações do Ministério da Saúde. Dessa forma dialoga-se com os casos concretos em que o Judiciário precisou intervir para assegurar e minimizar possíveis violações aos direitos da mulher em estado gravídico.

Palavras-chave: Corona. Vírus. Direitos. Mulher. Parturiente.

ABSTRACT: The article highlights the pregnant woman's right to a companion during the entire period of labor, delivery and immediate postpartum amid the Covid-19 pandemic. Based on this legally established right, the adaptation of the same in the face of the exceptional situation caused by the new corona virus is analyzed. Special emphasis was given to the denial of public hospitals to the right to accompany the parturient woman, supported by the recommendations of the Ministry of Health. In this way, a dialogue with the specific cases in which the Judiciary needed to intervene to ensure and minimize possible violations of women's rights in pregnancy status.

KEYWORDS: Corona. Vírus. Legally. Woman. Parturient.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. LEI DO ACOMPANHANTE. DIREITO DA GESTANTE AO ACOMPANHAMENTO DURANTE O TRABALHO DE PARTO, PARTO E PÓS-PARTO IMEDIATO. 3. DIREITO AO ACOMPANHANTE MESMO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19. 4. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

É indiscutível que a pandemia da covid-19 mudou de maneira significativa o modo de viver da sociedade com a implementação de medidas emergenciais ao combate da mesma, no entanto, algumas medidas violam direitos constitucionais, como o direito da

gestante a um acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.

Com o objetivo de impedir a violação de tal direito foi criada a Lei Federal n° 11.108/2005, que assim dispõe em seu art. 19: "Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde- SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, de 1(um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato". A violação de tal direito ainda era frequente em alguns hospitais, ocorre que com o início da pandemia, os hospitais públicos passaram a proibir a entrada do acompanhante da gestante, com o objetivo de diminuir o risco de contaminação, seguindo assim as recomendações impostas pelo Ministério da Saúde.

É importante frisar que ter um acompanhante nesse momento, não se trata de um mero privilégio à gestante, a presença de uma pessoa de sua confiança, seja o pai ou algum parente, traz nesse momento de vulnerabilidade, segurança e tranqüilidade à parturiente, o que evita um parto longo e traumático, podendo em determinados casos, até evitar o uso de medicamentos.

Com a frequência de tal violação e apesar da divergência sobre o assunto, o Judiciário se tornou um meio cabal para o resguardo do direito da gestante, quando remetidas à Justiça, os Tribunais estão cada vez mais baseando um posicionamento que assegure o direito à parturiente a ter um acompanhante no momento do parto, no entanto seguindo todos os protocolos do Ministério da Saúde.

Apesar de ser um direito resguardado, muitas mulheres estão tendo seus direitos violados em meio a pandemia do Covid-19, com o parto na iminência de ocorrer, muitas gestantes se encontram em momento de medo e insegurança e por muitas vezes não conhecerem a legislação acabam sofrendo as consequências dessas violações.

Sendo assim, buscou-se tratar o presente tema de forma a compreender como essa medida, que visa uma proteção sanitária e diminuição do risco de contaminação, em contrapartida pode ser tão prejudicial a milhares de mulheres que veem seus direitos violados e consequentemente abandonadas em um momento tão importante e único de suas vidas.

2.LEI DO ACOMPANHANTE. DIREITO DA GESTANTE AO ACOMPANHAMENTO DURANTE O TRABALHO DE PARTO, PARTO E PÓS-PARTO IMEDIATO.

O direito social à saúde é um direito humano fundamental previstos nos artigos 6º e 196 da Constituição Federal, diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) como um dever do Estado para com todos os seus cidadãos, cuja obrigação é compartilhada pelos entes federados.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A lei 8.080/90, que instituiu o Sistema Único de Saúde, prevê em seu art. 7º, I e II a universalidade do acesso ao serviço de saúde com integralidade de assistência, de forma articulada com ações e serviços preventivos e curativos, assegura, também, a toda mulher, parturiente, atenção integral, não apenas pela equipe técnica de saúde, mas também e principalmente, que o Paciente - em evidente estado de vulnerabilidade - possa ser acompanhado alguém de sua confiança para dar-lhe o necessário e imprescindível apoio durante o período de internação.

A lei 11.108/05, conhecida como a Lei do Acompanhante, determina a obrigação dos serviços de saúde do SUS, da rede própria ou conveniada, a permitir à gestante o direito à presença de um acompanhante de sua preferência em todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto conforme a disposição abaixo:

> "Art. 19-J. Os serviços de saúde do Sistema Único de Saúde SUS, da rede própria ou conveniada, ficam obrigados a permitir a presença, junto à parturiente, de 1 (um) acompanhante durante todo o período de trabalho de parto, parto e pós-parto imediato.
>
> § 1º O acompanhante de que trata o caput deste artigo será indicado pela parturiente.
>
> § 2 As ações destinadas a viabilizar o pleno exercício dos direitos de que trata este artigo constarão do regulamento da lei, a ser elaborado pelo órgão competente do Poder Executivo.
>
> § 3 Ficam os hospitais de todo o País obrigados a manter, em local visível de suas dependências, aviso informando sobre o direito estabelecido no caput deste artigo."

3.DIREITO AO ACOMPANHANTE MESMO DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19.

A lei federal nº 13.979/2020, que dispôs sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do CORONAVÍRUS, responsável pelo surto de 2019, em nenhum momento previu que o direito ao acompanhante seria restringido.

Não há na citada lei nenhuma menção que aprove tal medida. Sendo ainda destacado no artigo 7º, da lei federal nº 13.979/2020, que o Ministério da Saúde possui a atribuição para regulamentar a lei de enfrentamento da emergência de saúde pública: "Art. 7º O Ministério da Saúde editará os atos necessários à regulamentação e operacionalização do disposto nesta Lei".

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Conforme a inteligência do artigo, o Estado, via Secretaria da Saúde não possui atribuição legal para restringir o direito consolidado das mulheres de obter assistência adequada no momento do acolhimento, trabalho de parto, parto e puerpério.

Seguindo o mesmo raciocínio, o item 9.3, da RDC nº 36/2008, da Anvisa, friza que os protocolos, normas e rotinas técnicas precisam estar em conformidade com as leis e com a evidência científica:

> *"9.3 A equipe do serviço de saúde deve estabelecer protocolos, normas e rotinas técnicas em conformidade com legislação vigente e com evidências científicas".*

Ademais o Ministério da Saúde, no dia 25/03/2020, emitiu a nota técnica nº 06/2020 COCAM/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS sobre a Atenção à saúde do recém-nascido no contexto da infecção pelo novo CORONAVÍRUS SARS-COV-2, ressaltando que as recomendações contidas no presente documento seguem o determinado na Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência decorrente do CORONAVÍRUS responsável pelo surto na saúde pública em 2019. No caso especifico do direito ao acompanhante foi recomendado que:

> **1.1. ORIENTAÇÕES PARA SALA DE PARTO (PARTO E NASCIMENTO)**
>
> [...]
>
> Acompanhantes: garantido pela Lei Federal nº 11.108, de 7 de abril de 2005, sugere-se a presença do acompanhante no caso de pessoa assintomática e não contato domiciliar com pessoas com síndrome gripal ou infecção respiratória comprovada por SARS-CoV-2.
>
> [...]

Ou seja, o Ministério da Saúde em Nota Técnica**,** estabelece que seja mantida na sala de parto a presença do acompanhante, no caso de pessoa assintomática e que não tenham tido contato domiciliar com pessoas com síndrome gripal ou infecção respiratória comprovada por SARS-CoV -2 (CORONAVÍRUS).

Determinando assim que a relativização desse direito deve ocorrer, excepcionalmente quando a gestante ou o acompanhante apresentem sintomas e tenham prescrição de isolamento.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em caso de restrição, esta deve ser devidamente justificada em prontuário e a prescrição deverá ser acompanhada dos seguintes documentos assinados pela pessoa sintomática:

> "I – termo de consentimento livre e esclarecido de que trata o § 4º do art. 3º da Portaria nº 356/GM/MS, 11 de março de 2020;
>
> II – termo de declaração, contendo a relação das pessoas que residam no mesmo endereço, de que trata o § 4º do art. 3º da Portaria nº 454/GM/MS, 20 de março de 2020.não há qualquer menção à restrição da entrada do acompanhante de escolha da gestante. Portanto, qualquer ato normativo das maternidades no sentido de proibir configura ato ilegal, vez que viola o princípio da legalidade administrativa."

As Secretarias de Estado da Saúde, no entanto, em sua maioria generalizaram a questão, suspendendo o direito ao acompanhante para todas as pacientes, ou seja, extrapola assim suas atribuições, vez que não há competência legal para restringir direitos.

O Ministério da Saúde, no que lhe concerne, emitiu Nota Técnica nº 09/2020-COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS, datada de 09/04/2020, que objetiva fornecer recomendações aos profissionais de saúde que atuam dando assistência a gestantes e recém-nascidos no pré-parto, parto e puerpério, de acordo com as atuais evidências disponíveis. Na referida Nota Técnica, o Ministério da Saúde recomenda que em regra seja mantida a presença de um acompanhante durante o pré-parto, o parto e o puerpério.

Sendo assim, cumpre-se ressaltar que, de acordo a citada Nota Técnica, a parturiente e o seu acompanhante devem passar pela triagem dos casos suspeitos e confirmados de COVID-19 antes da internação e que, sendo este assintomático e fora dos grupos de risco, o direito ao acompanhante deve ser garantido, conforme a recomendação abaixo:

> "2.2. Admissão para parto no contexto COVID-19:
>
> 2.3. O acompanhante, desde que assintomático e fora dos grupos de risco para COVID-19, deve ser permitido nas seguintes situações:
>
> 2.3.1. mulheres assintomáticas não suspeitas ou testadas negativas para o vírus SARS-CoV-2: neste caso, também o acompanhante deverá ser triado e excluída a possibilidade de infecção pelo SARSCoV-2.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> 2.3.2. mulheres positivas para o vírus SARS-CoV-2 ou suspeitas: o acompanhante permitido deverá ser de convívio diário da paciente, considerando que a permanência junto à parturiente não aumentará suas chances de contaminação; assim sendo, se o acompanhante não for de convívio próximo da paciente nos dias anteriores ao parto, este não deve ser permitido

Denota-se então que a permanência da eficácia da Lei 11.108/05 já mencionada, que estabelece o direito ao acompanhante antes, durante e depois do parto, ficando então garantido o acompanhamento, este se submetendo aos procedimentos da nota técnica da Secretaria de Atenção Primária à Saúde, referente às medidas de prevenção para os partos durante a epidemia.

Diante de tal ilegalidade do ato administrativo que restringe em sua totalidade o direito da parturiente ao acompanhante fora proposta Ação Civil Pública Coletiva pela Defensoria Pública Estadual contra o estado do Tocantins.

A decisão proferida em 26/08/2021 reconhece a ilegalidade do ato administrativo impugnado, Memorando Circular nº 44/2020/SES/SUHP, referente a restrição em sua totalidade ao direito da parturiente ao acompanhante, diante da ausência de proporcionalidade e razoabilidade com o atual contexto sanitário, conforme se despreende da sentença.

De modo que a decisão também determina ao Estado do Tocantins que apresente Plano de Retomada com o planejamento estrutural e a indicação das medidas de segurança e dos critérios para admissão do acompanhante da parturiente durante a internação nos hospitais e maternidades públicas e conveniadas da rede pública do Tocantins, no prazo de 30(trinta) dias e assegure a aquisição de EPI's, insumos e materiais de higienização necessários à implementação das medidas de segurança, viabilizando a presença segura dos acompanhantes das parturientes, segundo se extrai da aludida sentença.

Importante destacar que após a prolação da sentença, a Defensoria Estadual e o Ministério público interpôs embargos de declaração pela mesma por entenderem haver obscuridades na decisão no que se refere ao momento do parto e sobre o tempo mínimo para apresentação do teste de corona vírus negativo exigido.

4.CONCLUSÃO

A proibição de acompanhante de parto como medida de enfrentamento a pandemia vivenciada é manifestadamente uma forma de supressão de direitos, que viola um direito

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dado como inderrogável, de forma que tal proibição ocasiona uma situação de solidão e dor a parturiente em um momento tão importante em sua vida.

Desde o início da pandemia centenas de mulheres tiveram seus direitos violados em não ter consigo um acompanhante de sua escolha, resta claramente comprovado a importância do acompanhante em minimizar as dores e o sofrimento relacionados ao nascimento.

Em razão desse estudo foi possível uma maior reflexão acerca da importância da preservação dos direitos da parturiente e de como a supressão destes pode prejudicar de forma irreparável tanto a parturiente como o nascituro.

Sugere-se então que seja proporcionado a parturiente um suporte contínuo da existências dos seus direitos e a inderrogabilidade que estes possuem, de forma que sejam adotadas medidas que possam ser cumpridas de maneira imediata, de modo que as gestante não precise toda vez recorrer ao judiciário para efetivação do seu direito, pois se tratando de uma gestação, o parto pode vir a ser prematuro e a parturiente ser surpreendida com a violação de seu direito em um momento tão difícil.

Durante este estudo fora presenciado a Ação Civil Pública Coletiva proposta pela Defensoria Pública Estadual contra o Estado do Tocantins que trouxe em sua decisão mais uma vez a asseguração do direito de acompanhante de parto dentro dos cuidados necessários em razão da pandemia, prevalecendo assim o direito da parturiente e reconhecendo a ilegalidade do ato administrativo na restrição do direito da parturiente ao acompanhante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 11.108 de 07 de abril de 2005. Altera a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para garantir às parturientes o direito à presença de acompanhante durante o trabalho de parto, parto e pós-parto imediato, no âmbito do Sistema Único de Saúde – SUS. Brasília (DF); 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11108.htm>. Acesso em 30 de maio de 2021.

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

DO VALE, Thaynara Duarte; CALDAS, Nathylle Régia de Souza; FERNANDES, Hingridy Ferreira; SILVA, Luiza Helena Soares e; MOURA, Thiago Nascimento; MACHADO, Lucas Dias Soares. **Ser gestante durante a pandemia da Covid-19: Revisão da literatura**. Id on Line Rev.Mult. Psic., Maio/2021, vol.15, n.55, p. 769-779, ISSN:1981-1179.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ministério da Saúde (BR).Nota Técnica No 9/2020 COSMU/CGCIVI/DAPES/SAPS/MS. Recomendações para o trabalho de parto, parto e puerpério durante a pandemia da covid-19. [Internet]. 2020 [cited 2020 Jul 31]. Disponívelem:https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/wpcontent/uploads/2020/04/SEI_MS-0014382931-Nota-Tecnica_9.4.2020_parto.pdf

Ministério da Saúde (BR). Coronavírus – COVID-19. [Internet]. 2020 [cited 2020 August 1]. disponível em: https://coronavirus.saude.gov.br/. Acesso em: 01 de junho de 2021.

Brasil. Fluxograma de manejo clínico de gestantes na atenção especializada. Disponível em: < https://portaldeboaspraticas.iff.fiocruz.br/biblioteca/fluxo-de-manejo-clinico-de-gestantes-na-atencao-especializada/. Acesso em 05 de junho de 2021.

BRITO, Cecília Maria Costa; OLIVEIRA, Ana Carolina; COSTA, Ana Paula. **Violência obstétrica e os direitos da parturiente: o olhar do Poder Judiciário brasileiro.** Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário, 2020. Disponível em: file:///C:/Users/Acer/Downloads/604-Texto%20do%20artigo-2236-1-10-20200324.pdf. Acesso em 05 de junho de 2021.

BAVIER, Ramiro. Juiz assegura a gestantes o direito de ter acompanhante em hospitais no Estado. TJTO, 2021 Disponível em <:https://www.tjto.jus.br/index.php/listagem-noticias/8045-juiz-assegura-a-gestantes-o-direito-de-ter-acompanhante-em-hospitais-no-estado> Acesso em 30 de agosto de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS DA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL CASEIRA NO TOCANTE A PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS APÓS SEPARAÇÃO DE CASAIS HOMOAFETIVOS

MARIANA RIBEIRO DA SILVA: Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

VALDIVINO PASSOS SANTOS[135]

(orientador)

RESUMO: É inovador no ramo do Direito de Família, a problemática de como se dará a incidência da obrigação da prestação de alimentos ao filho decorrente da inseminação caseira nas relações homoafetivas após a separação, tendo em vista a incidência da afetividade nas relações de pais e filhos. Será estudado o reconhecimento da filiação tratada nos casos da reprodução assistida, e consequentemente, na inseminação caseira, dado que esse procedimento ainda não foi incluído no ordenamento jurídico, mas que já está inovando no âmbito jurisprudencial; apresentando como pode ser presumida a paternidade nas uniões estáveis de casais do mesmo sexo, que após dissolução, os filhos provenientes da relação conjugal sejam reconhecidos como tal, não havendo nenhuma diferença entre filho biológico e não biológico, visando o melhor interesse para criança, exercendo, não só os direitos e deveres, mas a subjetividade existente no vínculo de pais e filhos que surge antes mesmo do nascimento. A pesquisa é baseada em um estudo utilizando doutrinas, legislação e jurisprudências em cima da temática principal do artigo, sendo possível verificar que se deve obrigar o companheiro ou companheira, desde que comprovados determinados requisitos que serão abordados a seguir.

Palavras-chave: Pensão Alimentícia; Inseminação caseira; Reconhecimento da filiação; União homoafetiva.

ABSTRACT: It is innovative in the field of Family Law, the problem of how the incidence of the obligation to provide food to the child resulting from home insemination will occur in homosexual relationships after separation, in view of the incidence of affection in relations between parents and children. The recognition of filiation will be studied in cases of assisted reproduction, and consequently, in home insemination, since this procedure is not yet inserted into the legal system, but is already innovating in jurisprudence; presenting how paternity can be presumed in the stable unions of same-sex couples, that after dissolution, the children from the conjugal relationship are recognized as such, with no

135 Mestre. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail: Valdivino.santos@unest.edu.br

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

distinction between biological and non-biological children, aiming at the best interest of the child, exercising not only the rights and duties, but the subjectivity existing in the bond between parents and children that arises even before birth. The research is based on a study using doctrine, legislation, and case law over the article's main theme, being possible to verify that the partner should be obliged, provided that certain requirements that will be addressed below are proven.

Keyword: Child support; Home insemination; Acknowledgement of parentage; Homo-affective union.

1 INTRODUÇÃO

É de fundamental importância o estudo sobre a inseminação caseira e suas consequências jurídicas nas relações homoafetivas. Sendo específica, no tocante a prestação de alimentos após separação desses casais. Sendo assim, o parceiro tem a obrigação de pagar pensão alimentícia para o filho havido de inseminação artificial caseira, no caso da separação de casais homoafetivos?

O motivo para a escolha desse tema aconteceu com base numa reportagem transmitida no programa de televisão "Fantástico" da rede Globo, onde foi mostrando o caso de um casal homoafetivo feminino que uma das parceiras desistiu do projeto parental feito por inseminação caseira. Dessa forma, após sete meses de união estável, acabaram se separando, por não ter mais interesse de ser mãe, e a outra parceira, por não ter condição de criar o filho, sozinha, ajuizou uma ação para conseguir meios para auxiliar na criação dessa criança, resultando na determinação do pagamento de alimentos gravídicos à ex-companheira e a divisão dos gastos futuros com o nascimento da criança, conforme decisão da 2.ª Vara da Família e Sucessões da capital paulista, explicado na notícia "Mulher que desistiu de projeto parental terá que pagar alimentos gravídicos à ex-companheira" no site do IBDFAM (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2020).

Diante desse ensejo, é interessante como há um conflito muito complexo que deve ser muito bem analisado pelo juiz. Primeiramente, essa prática da inseminação caseira não é regulamentada, porém, não é proibida, fazendo com que muitos casais homoafetivos optem por ela e pelo motivo de ser mais em conta que a artificial. Entretanto, para fins jurídicos, essa relação irá interferir na área cível, especificamente, no direito de família, na união estável, na sucessão, e na área de constitucional, nos direitos fundamentais do ser humano. Consequentemente, será esperado que o resultado desse artigo seja demonstrar que o parceiro/parceira poderá ser obrigado ou não ao pagamento de pensão alimentar para filho provindo da inseminação caseira após separação de casais homoafetivos.

A relação homoafetiva é um grande marco da sociedade moderna, comprovando que a sociedade está sempre em evolução, ainda que, no Direito, a relação homoafetiva

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

precisa ser analisada de forma análoga à heteroafetiva, por não ter legislação específica, em alguns casos. Em vista disso, já existem casos jurisprudenciais sobre as consequências jurídicas da inseminação autorizando o registro de dupla maternidade, como trata a do Recurso de Apelação 0001178-13.2020.8.16.0179 do TJPR que conheceu e proveu o registro (BRASIL, 2020).

Sendo assim, autorizado o registro de nascimento com o pai ou a mãe socioafetiva decorrente da inseminação caseira e reconhecida a filiação, verifica-se que dela irá decorrer direitos e obrigações, gerando efeitos naturais de qualquer outro tipo de filiação comum, como a biológica, por exemplo, dando origem à chance de o filho afetivo receber pensão alimentícia (CASTRO; JACOB; CASTRO-JACOB, 2017).

Continuando com o entendimento de Castro, Jacob, Castro-Jacob (2017), mostrando que de outro lado, com um olhar mais atento ao social, que defende essa possibilidade, de situar a criança afetiva como sujeito de direitos e deveres na família em que ela está inserida. Em relação obrigação de alimentar, fundamenta-se nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da solidariedade, da igualdade jurídica dos filhos, da proteção integral às crianças e adolescentes e, ainda na esfera da afetividade, a possibilidade de se estender aos filhos não biológicos a obrigação alimentar.

E ainda conforme os advogados Castro, Jacob, Castro-Jacob (2017), devido às mudanças históricas e legislativas, percebe-se que as relações de parentesco passou por alterações, onde a verdade real caracterizada pelo vínculo de consanguinidade deu lugar às relações afetivas, em que a família atende sua função social em que seus integrantes são responsáveis solidários uns pelos outros e estão envolvidos pelo sentimento de amor, afeto, esse que está trazendo mudanças e adaptando o mundo jurídico com inovações do Direito de Família.

Dessa forma, no primeiro capítulo, será demonstrado se é possível o reconhecimento da filiação para que o filho tenha o direito de pleitear alimentos, conforme artigo 1.596 do Código Civil; conhecerá sobre o que é inseminação caseira, como é feita, os riscos e benefícios, conforme o advogado Eudes Quintino (2017, não paginado) e a repórter da Revista Pais e Filhos, Cinthia Jardim (2021, não paginado), para entender o porquê de as pessoas utilizarem esse método para a realização do sonho de ter filhos; demonstrará, se é possível ou não a prestação de alimentos para um filho havido de inseminação caseira no caso da separação de casais homoafetivos, tendo em vista que já é válido, a presunção de paternidade ou maternidade na união estável, conforme a ADPF n.º 132; e por fim, mostrará que mesmo o filho sendo considerado de "outra origem", ele tem a mesma relação de parentesco que o biológico, conforme preleciona Carlos Roberto Gonçalves (2020, 384-385), que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O art. 1.593 do Código Civil ao utilizar a expressão "outra origem", também "abre espaço ao reconhecimento da paternidade desbiologizada ou socioafetiva, em que, embora não existam elos de sangue, há laços de afetividade que a sociedade reconhece como mais importantes que o vínculo consanguíneo".

Esse presente estudo está sendo realizado pelo método de pesquisa descritiva e explicativa, tem por interesse demonstrar ser possível o obrigar o parceiro a pagar pensão alimentícia para um filho havido de inseminação artificial caseira no caso da separação de casais homoafetivos, contudo que haja a comprovação de união estável ou o casamento, haja vista ser um assunto que retornou recentemente no ordenamento jurídico mostrando que a sociedade está sempre em mudanças.

Para entender a perspectiva principal do artigo, será utilizado o método dedutivo, caracterizando a pesquisa no tema inicial da inseminação caseira e suas consequências jurídicas no âmbito alimentar, após, foi mostrada suas variáveis como o reconhecimento da filiação, os direitos do filho biológico e filho afetivo, a equiparação da união estável com o casamento, e, consequentemente, a validade da presunção de paternidade/maternidade na união estável heteroafetiva e homoafetiva, já que é pacifico entendimentos jurisprudenciais acerca dessa nova estrutura familiar.

A técnica de dado utilizada será qualitativa, fazendo pesquisas bibliográficas e documentais realizada a partir de obras doutrinarias, jurisprudências, legislações e notícias, investigando os aspectos jurídicos do filho oriundo da inseminação artificial, comparado com o filho biológico, na relação homoafetiva após a separação.

2 DOS CRITÉRIOS PARA O RECONHECIMENTO DA FILIAÇÃO

Para uma compreensão maior do ser humano, é fundamental compreender que ele é um todo tridimensional, em simultâneo, ao mesmo tempo, uma parte genética, afetiva e ontológica. Entendendo que a família do século XXI não é formada como a do passado, com a finalidade de procriação, mas, especialmente, com a liberdade de constituição democrática, afastando-se os conceitos prévios, principalmente os religiosos, enquanto "família é linguagem, diálogo, conversação infinita" (WELTER, 2009, p. 20) e de modos como esses três mundos (genético, afetivo e ontológico), tendo às ordens todos os direitos e desejos deles (WELTER, 2009).

De modo a compreender melhor acerca das consequências jurídicas da inseminação caseira em relação à prestação de alimentos após a dissolução da união de casais homoafetivos, primeiramente, é preciso destrinchar como se dá as relações de parentesco, que segundo Carlos Roberto Gonçalves (2020, p. 382), "as pessoas unem-se

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

em uma família em razão de vínculo conjugal ou união estável, de parentesco por consanguinidade ou outra origem, e da afinidade".

Para Maria Berenice Dias (2021, p. 192) "as relações de parentesco são os vínculos decorrentes da consanguinidade e da afinidade que ligam as pessoas a determinado grupo familiar". E Flávio Tartuce (2021, p. 2291) conceitua a relação de parentesco como sendo "o vínculo jurídico estabelecido entre pessoas que têm mesma origem biológica (mesmo tronco comum); entre um cônjuge ou companheiro e os parentes do outro; e entre as pessoas que têm entre si um vínculo civil".

No Direito Civil brasileiro existem 3 (três) categorias de modalidades de relações de parentesco: o civil, o natural ou consanguíneo e o por afinidade. Mas com intuito dessa demonstração, será apresentado apenas o por afinidade, sendo esta "considerada um vínculo de menor intensidade, mas que não se justifica sua distinção, pois essa visão estreita não supera hoje o conteúdo socioafetivo ampliador das relações familiares" (DIAS, 2021, p. 192).

Considerando que, com o desenvolvimento das técnicas de reprodução assistida e da introdução da inseminação caseira, é iminente que esses novos vínculos de parentescos possam surgir; dessa forma, a redação do artigo 1.593 do Código Civil (2002, não paginado), onde se fala em "outra origem", traz consigo a visão de que não é somente as relações biológicas reconhecidas, mas que já é possível o reconhecimento das relações de parentescos socioafetivas, podendo até ser tão fortes e importantes quanto a biológica (GONÇALVES, 2020).

Em razão disso, no direito de família, o interesse pela sociafetividade foi despertado nos juristas, simultaneamente em que eles se atraíram pela verdade quase absoluta da origem biológica, atestada por exames de "DNA", mas a vida familiar é cheia de complexidades que não pode, as dimensões culturais, afetivas e jurídicas do genitor (a), estar suscetível a um exame laboratorial (PAULO, 2018).

Dessa forma, surge o instituto da filiação que não é nada mais que a relação jurídica que associa o pai ao seu filho (GONÇALVES, 2020, p. 402). Quando se fala nesse instituto e no reconhecimento de filho, tem-se como referência a verdade biológica, buscada sendo considerada a decorrência do vínculo de consanguinidade, que a partir de acontecimentos históricos no avanço científico, possibilitou a descoberta de identificar o "DNA" para a comprovação da filiação (DIAS, 2021). Em contraposição, conforme preceitua Dilvanir José (2008, p. 35):

> Apesar de sua extraordinária valia na pesquisa da verdade científica da filiação, o "DNA" não tem valor absoluto e decisivo em todas as circunstâncias, na determinação da verdade real e cultural da filiação,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> diante de determinadas circunstâncias e dos novos rumos e valores emergentes da filiação socioafetiva na vida moderna. É a nova virada da doutrina e da jurisprudência, inclusive do Superior Tribunal de Justiça.

É visto que o estado do reconhecimento da filiação não está mais obrigatoriamente vinculado a forma exclusiva da origem biológica, mas também, outros fatores como adoção e as técnicas de reprodução assistida. Predominando "hoje a identidade cultural ou socioafetiva, como componente maior da identidade real das pessoas, que não são objetos, mas seres humanos dotados de razão, vontade livre, sentimento, personalidade e dignidade" (DA COSTA, 2008, p. 36).

Nesse viés, para Paulo Lôbo (2018), no sentido estrito, a socioafetividade tem ocorrido no Brasil com a definição de que são relações de "parentesco não biológico, de parentalidade e filiação" (2018, p. 20), especialmente quando em confronto com os vínculos de origem biológica. Com o problema desse artigo, demonstrado que para os seres integrantes de grupos familiares, a sociafetividade é um fruto de longa evolução considerando a afetividade desenvolvida na sociedade moderna, o afeto por ser um fato social e psicológico, por si só não consegue obrigar juridicamente alguém de tê-lo, mas deve ser usado como referência.

Prosseguindo com Paulo Lôbo (2018, p. 164), a filiação socioafetiva em sentido estrito, no direito brasileiro, pode-se realizar quando os seguintes requisitos são observados:

> a) Comportamento social típico de pais e filhos. O comportamento que se tem entre pais e filhos deve ser aferível socialmente. É típico porque se repete de modo subjetivo e objetivo em todos os relacionamentos equivalentes, de modo que qualquer pessoa possa identificá-los como os que ocorrem regularmente entre pais e filhos; b) convivência familiar duradoura. O comportamento social típico de pais e filhos apenas se consolida quando ocorre convivência familiar, ou seja, quando essas pessoas integrem uma entidade familiar juridicamente reconhecida e convivam assim. Essa convivência há de ser duradoura e não episódica. O direito brasileiro não impõe um tempo determinado para que se caracterize a convivência familiar, mas há de ser suficiente para que se identifiquem laços familiares efetivos e não apenas relações afetivas; e c) relação de afetividade familiar. As relações entre as pessoas devem ser de natureza afetiva e com escopo de constituição de família, para que se constitua estado de parentalidade e de filiação. Devem ser desconsideradas como tais as que tenham outro escopo ou interesse, ainda que haja

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> convivência sob o mesmo teto. Assim, não há afetividade familiar no acolhimento doméstico que uma pessoa dá a uma criança desabrigada, ou na relação social entre padrinhos e madrinhas e seus afilhados, ou na prática de apadrinhamento de criança que viva em instituição de acolhimento.

O resultado das hipóteses de inseminação, para a filiação socioafetiva, passa a indicar um formato de determinar o parentesco levando em consideração os valores que regem o direito moderno de família (NETO; CAMPOS, 2017), ou seja, partindo da premissa de que o homem é um todo tridimensional (ser genético, afetivo e ontológico) e tem direitos e desejos à disposição desses três mundos, pode-se dizer que aqueles valores são decorrentes desses direitos presentes nos três mundos (WELTER, 2009). Atualmente, os magistrados estão buscando a legitimação do domínio do vínculo afetivo em face do biológico mediante julgados jurisprudenciais, à sombra do argumento de que a afetividade protege melhor os interesses dos seres envolvidos (NETO; CAMPOS, 2017, p.174).

Compatível com o entendimento, a professora da UERJ, Heloisa Helena (2009), reiterando que, para produzir efeitos jurídicos, é recomendado que a sentença tenha validado a socioafetividade, pois assegurada a verificação do afeto, certificando não haver o item subjetivo, e, necessariamente, os efeitos sociais que decorrem dele, passíveis para aferição objetiva. Aprovado os efeitos sociais, para declaração do vínculo de parentesco, o consentimento pode ser dado, mesmo contra a vontade do pai (ou da mãe), que já não sente mais afeto por quem, até então, era seu filho, para assegurar-lhe, entre os principais, o direito de receber pensão alimentícia e o convívio familiar e aos pais, o direito de guarda e de visita, como entende o Ministério Público do Paraná (BRASIL).

Reforçando o que estabeleceu os parágrafos anteriores, a apelação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE C/C CANCELAMENTO DE REGISTRO CIVIL. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PATERNIDADE. DÚVIDAS À ÉPOCA DO NASCIMENTO DAS CRIANÇAS (GÊMEOS). ANTERIOR DEMANDA JUDICIAL NA QUAL, APÓS EXAME DE DNA QUE EXCLUI A PATERNIDADE, O ORA AUTOR DESISTE DESTA PELO APEGO EMOCIONAL AOS FILHOS. ERRO. ART. 1.604, DO CÓDIGO CIVIL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SITUAÇÃO CONHECIDA PELO PAI. VINCULAÇÃO SOCIO-AFETIVA. AUSÊNCIA DE PROVAS DE SEU ROMPIMENTO. ART. 333, INCISO I, DO CPC. PREVALÊNCIA DA PATERNIDADE SOCIO-AFETIVA SOBRE A BIOLÓGICA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO PROVIDO. Não se pode acolher o pleito de negação de paternidade quando o pai, em anterior ação judicial, mesmo sabedor do resultado do exame de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> DNA excluindo a paternidade, requer a desistência do feito, pelo apego emocional às crianças, tornando pertinente a ausência de qualquer vício na livre expressão da sua vontade. É assente na jurisprudência pátria que, na ação negatória de paternidade, deve estar cabalmente comprovada a inexistência de vinculação biológica, pelo erro no reconhecimento do filho, aliado a ausência do liame socio-afetivo entre a criança e o pai registral. E o erro a ser amparado em ação negatória consiste na ausência de conhecimento de fatos que não correspondiam a realidade e conduziram o pai ao reconhecimento do filho. O resultado do exame de DNA concluindo a ausência de vínculo biológico não é absoluto para o reconhecimento do erro tendente a acolher o pleito negatório de paternidade, quando o Autor, em anterior ação negatória, desiste do feito, mantendo o reconhecimento da paternidade. Assim, amparar a desconstituição da paternidade nestas condições, é permitir o reconhecimento da paternidade sob condição ou termo, ou seja, enquanto perdurar o interesse do pai, persiste a paternidade. **A paternidade socio-afetiva deve preponderar sobre a verdade biológica, porque pai é aquele que cria e conduz o filho alinhado em sua vida, com ajustamento, criação e educação acolhida na esfera familiar, inclusive com proteção material.** Em ação negatória de paternidade é ônus probatório do Autor (pai registral) comprovar, pelos meios de provas existentes, a ausência do liame socio-afetivo com o filho, nos termos do art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil.
>
> (TJ-SC - AC: 20130612458 Anita Garibaldi 2013.061245-8, Relator: João Batista Góes Ulysséa, Data de Julgamento: 20/11/2014, Segunda Câmara de Direito Civil)

Não restando dúvidas de que "o real valor jurídico está na verdade afetiva e jamais sustentada na ascendência genética, porque essa, quando desligada do afeto e da convivência, apenas representa um efeito da natureza" (MADALENO, 2018, p. 660).

2.1 RECONHECIMENTO DA PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NA UNIÃO ESTÁVEL NA COMPOSIÇÃO FAMILIAR DE CASAIS DO MESMO SEXO

O Código Civil (BRASIL, 2002, não paginado), no Capítulo II, Da Filiação, no artigo 1.597 dispõe sobre quais são as formas de presunção legal de paternidade:

> Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I - nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> estabelecida a convivência conjugal; II - nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Posto isto, o artigo acima trata-se dessa presunção no casamento, contudo, é possível reconhecer a filiação nos casos do inciso III, IV e V, também, de forma presumida, na união estável, conforme entendimento doutrinário majoritário consolidado na VI Jornada de Direito Civil aprovado no Enunciado n.º 570 (2013, não paginado), nestas palavras (TARTUCE, 2021, p. 2303):

> O reconhecimento de filho havido em união estável fruto de técnica de reprodução assistida heteróloga 'a patre' consentida expressamente pelo companheiro representa a formalização do vínculo jurídico de paternidade-filiação, cuja constituição se deu no momento do início da gravidez da companheira.

Em concordância com o tema, o autor Flávio Tartuce (2021, p. 2303) acrescenta que "o STJ já concluiu que os incisos anteriores do art. 1.597 também se aplicam à união estável", conforme entendimento do REsp. 1.194.059/SP (BRASIL, 2012, não paginado) deduzindo que:

> A presunção de concepção dos filhos na constância do casamento prevista no art. 1.597, II, do CC se estende à união estável. Para a identificação da união estável como entidade familiar, exige-se a convivência pública, contínua e duradoura estabelecida visando a constituição de família com atenção aos deveres de lealdade, respeito, assistência, de guarda, sustento e educação dos filhos em comum. O art. 1.597, inc. II, do CC dispõe que os filhos nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal presumem-se concebidos na constância do casamento. Assim, admitida pelo ordenamento jurídico pátrio (art. 1.723 do CC), inclusive pela CF (art. 226, § 3.º), a união estável e reconhecendo-se nela a existência de entidade familiar, aplicam-se as disposições contidas no art. 1.597, II, do CC ao regime de união estável.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No mesmo sentindo, o recente Provimento 63/2017, do Conselho Nacional de Justiça e a PLS 470/2013, conhecido como Estatuto das Famílias do IBDFAM, faz menção à união estável expressando a presunção nessa relação convivencial.

2.2 A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE NA INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL COMO FORMA DE REPRODUÇÃO EM CASAIS DO MESMO SEXO

Então, faz-se tal questionamento, se pode utilizar dessa presunção na união estável de casais heteroafetivos, pode-se dizer que dos casais homoafetivos também se presume?

Conforme entendimento da Suprema Corte no julgamento da ADPF n.º 132 (BRASIL, 2011, não paginado), considera-se:

> Família como instituição privada que, voluntariamente constituída de pessoas adultas, mantem com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. [...] Isonomia ente casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido de desembocar no igual direito subjetivo a formação de uma automatizada família.

Flávio Tartuce (2021, p. 2304) aponta tópicos sobre esse mesmo entendimento de que há como presumir a paternidade dos filhos havidos na união estável de casais homoafetivos, tanto masculinos quanto femininos, nas hipóteses dos incisos III, IV e V do artigo 1.597 do Código Civil:

> Primeiro, porque não há vedação de aplicação da norma por analogia, pois não se trata de norma restritiva da autonomia privada. Segundo, a união estável é entidade familiar protegida no Texto Maior, o que deve abranger os filhos havidos dessa união. [...] Consigne-se que a recente Resolução 2.168/2017, do Conselho Federal de Medicina, na linha das anteriores Resoluções 2.121/2015 e 2.013/2013 do mesmo Órgão, consagra a possibilidade de companheiros, inclusive homoafetivos masculinos e femininos, fazerem uso de tais técnicas (TARTUCE, 2021, p. 2304).

Percebendo-se que o Estado reconhece que as decisões de procriação são de natureza privada e estão sujeitas às vontades dos envolvidos, o que inclui as decisões sobre o momento em que aquelas devem ocorrer, como serão implementadas e a quantidade de filhos que se deseja ter, em vista das maneiras pelas quais o casal homoafetivo terá este bebê (ARAÚJO, 2020, p. 107).

Adiante, Rolf Madaleno (2018, p. 710) preceitua que "embora o Código Civil faça apenas referência à presunção de paternidade para o casamento, ela deve ser estendida

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

às uniões estáveis e outros relacionamentos afetivos diante da Resolução CFM n. 2.168/2017", fazendo menção, inclusive, até em uniões estáveis homoafetivos. Já que para todos os pacientes que utilizam das técnicas de reprodução assistida, diante do consentimento obrigatório, não há como negar a filiação.

Aplicando-se por analogia aos casais homoafetivos, quando o companheiro, ao aceitar a inseminação heteróloga da sua parceira, não tem o direito de negar a paternidade/maternidade. Pois, em termos de presunção de paternidade, ela só poderá ser aceita se a concepção aconteceu "no curso da sociedade conjugal e em inequívoca coabitação dos cônjuges, não sendo admissível estabelecer essa mesma presunção depois da separação dos cônjuges ou companheiros", conforme os prazos prescritos pelos incisos I e II do artigo 1.597 do Código Civil (MADALENO, 2018, p. 710).

Também no mesmo sentido, Paulo Lôbo (2018, p. 162) afirma que o consentimento "é irrevogável e jamais a paternidade pode ser impugnada pelo marido, não podendo este voltar-se contra o próprio ato, em violação da boa-fé, pois o *venire contra factum proprium* (vir contra facto próprio) é repelido por nosso sistema jurídico". Continuando na interpretação deste autor, a proteção jurídica desta categoria de concepção fortalece a natureza socioafetiva, e não biológica, da filiação e da paternidade/maternidade.

E como mostra Flávio Tartuce (2020, p. 2307), existem 4 (quatro) principais argumentos jurídicos principais para o não cabimento da revogação da autorização por parte do marido ou companheiro após o uso da técnica de reprodução assistida heteróloga:

> "1.º) Aplicação do princípio da igualdade entre filhos, o que atinge aqueles decorrentes da técnica de reprodução assistida (art. 227, § 6.º, da CF/1988 e art. 1.596 do CC); 2.º) Incidência do princípio do melhor interesse da criança (art. 227, caput, da CF/1988); 3.º) Havendo emprego da técnica a presunção passa a ser absoluta ou iure et de iure, conforme o Enunciado n. 258 do CJF/STJ ("não cabe a ação prevista no art. 1.601 do Código Civil se a filiação tiver origem em procriação assistida heteróloga, autorizada pelo marido nos termos do inc. V do art. 1.597, cuja paternidade configura presunção absoluta"); 4.º) Aplicação da máxima que veda o comportamento contraditório, relacionada à boa-fé objetiva, em proteção ao filho (venire contra factum proprium)."

Assim, o vínculo da união estável é identificado e entendido como uma unidade familiar de convivência pública, contínua e duradoura e entendendo haver presunção de paternidade/maternidade dos filhos havidos nela por casais homoafetivos, tanto masculinos quanto femininos, nas hipóteses dos incisos III, IV e V do artigo 1.597 do Código

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Civil, especificamente quando o parceiro/parceiro aceita a inseminação heteróloga no decurso da relação conjugal, é possível aplicá-los, por analogia, nos casos da inseminação caseira?

2.3 A INSEMINAÇÃO CASEIRA

Para tentar responder à pergunta acima, primeiramente, é importante entender que nos casos de reprodução assistida permitida no Brasil, a doação de material germinativo é autorizada, ordinária e estar disciplinada nos termos da Resolução n.º 2.168/2017 do Conselho Federal de Medicina. Condicionado no sentido de manter o doador desconhecido, seja atuado por profissionais especializados e com o aparato de uma clínica responsável conforme dispõe Ana Thereza Araújo (2020, p. 103).

No entanto, o custo dessa procriação assistida por uma clínica especializada demanda um investimento alto, estando sujeitos "aos protocolos de segurança, às prescrições farmacológicas, às avaliações diagnósticas, às regras procedimentais relacionadas à escolha de doadores, todas elas reunidas por um instrumento contratual" (ARAÚJO, 2020, p. 103).

Devido à burocracia e o alto valor, algumas pessoas encontraram uma alternativa para se submeter a essa prática para gerar um filho, sem a regulamentação do Conselho Federal de Medicina, chamado "inseminação caseira" (ARAÚJO, 2020, p. 103). Esse procedimento que vem ganhando nome atualmente, devido a sua facilidade e o preço, principalmente entre a união homoafetiva feminina, embora nenhuma legislação tenha vetado essa pratica, a saúde da mulher e os efeitos dessa gravidez devem ser considerados, conforme entende o advogado Eudes Quintino (2017, não paginado) que também explica que:

> Em razão do custo elevado do procedimento médico na reprodução assistida, vem ganhando espaço na mídia o aconselhamento e até mesmo o passo a passo para a realização da inseminação artificial caseira. O procedimento é simples: busca-se um doador de esperma, que não é anônimo e, em alguns casos, cobra determinada importância pela venda do sêmen, faz-se a retirada do material que será coletado num recipiente esterilizado ou até mesmo no preservativo e, em seguida, com o auxílio de uma seringa ou aplicador, faz-se a inseminação na cavidade vaginal da mulher, que deverá estar nos dias do seu período fértil. Na realidade, a intenção é fazer com que o esperma seja introduzido o mais próximo do colo do útero" (2017, não paginado).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Normalmente é realizado entre pessoas leigas e em ambientes domésticos ou hoteleiros e o doador é conhecido e escolhido pelo casal ou pelo indivíduo que solicita o procedimento, conforme publicado no site do PRO-SEED (2018, não paginado). Ademais, a repórter Cinthia Jardim (2021, não paginado), da Revista Pais e Filhos, conversou com uma especialista em reprodução humana que falou mais sobre os riscos advindo desse procedimento:

> Durante a realização da inseminação artificial caseira, Carla Laconelli reforça a possibilidade da mulher contrair doenças ou infecções sexualmente transmissíveis. "Nós não sabemos como a coleta foi feita, em que situação está a saúde dos genitais ou se ela possui alguma lesão no colo. Então, para qualquer tratamento de reprodução humana é importante que seja realizada uma avaliação integral da saúde da mulher como, um papanicolaue ultrassom transvaginal para saber se a mulher tem condições de levar essa gestação".

Com isso, o procedimento da inseminação caseira ganhou fama por seu fácil acesso e o custo, principalmente entre os casais do mesmo sexo, que optam por correr todos esses riscos passando por esse método que não se trata de crime, por não estar tipificado pelo ordenamento jurídico, e nem ter sido recomendado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ARAÚJO, 2020, p. 106), mas a prática de comercialização de qualquer tipo de material biológico humano é proibida, nos termos do art. 199 da Constituição (1988, não paginado).

Voltando a pergunta, visto que a inseminação caseira não possui regularização jurídica, e o regime atual concedido à filiação, previsto no Código Civil e no Estatuto da Criança e do Adolescente, não acolhem essa forma caseira de procriação, portanto, não sendo possível a aplicação por analogia, já que se conhece o doador, que vende seu material biológico, relembrando que essa prática é proibida no ordenamento jurídico brasileiro, é conhecido (ARAÚJO, 2020).

3 A INEXISTÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE OS FILHOS NA COMPOSIÇÃO FAMILIAR

Para Lôbo (2018, p 22), a comunhão do afeto une as pessoas com a intenção de formarem uma família, independente de qual modo se constituirá, mas que estará protegida pela Constituição. A escolha de ter filhos, às vezes, acontece com antecedência e combinada entre o casal, mas, para algumas pessoas, a realização desse sonho não pode acontecer da maneira convencional.

A concepção de família, baseada em de dois pais ou de duas mães e seus filhos, qualifica-a à mesma dignidade da família matrimonial. Os filhos que surgem das relações

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

homoafetivas, sendo eles biológicos ou não biológicos, terão adquiridos os mesmos valores de igualdade, derrubando o fundamento da filiação na origem genética (LOBO, 2018, p. 22).

O Código Civil (2002, não paginado) disciplina em seu art. 1.609 que para o reconhecimento legal do filho é necessário que seja feito:

> I - no registro do nascimento;
>
> II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
>
> III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
>
> IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.
>
> Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes (2002, não paginado).

Segundo o que determina o art. 227, § 6.º, da Constituição Federal (1988, não paginado) que "os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação". Para Rolf Madaleno (2018, p. 657), a descrição do referido artigo permite estabelecer o princípio da isonomia entre os filhos, trazendo-os a uma única e idêntica etapa de tratamento.

No entendimento do doutrinador Carlos Alberto Gonçalves (2020, p. 403), anteriormente, o filho nascido na constância do casamento era considerado como o filho "legitimo", os filhos havidos fora do casamento ou em adultérios eram considerados como "ilegítimos", mas, hoje, todos os filhos têm direitos e qualificações iguais, conforme princípio da igualdade entre os filhos repetido no artigo 1.596 do Código Civil.

Conforme explica Tartuce (2007, não paginado), as forças legais que regulamentam especificamente a isonomia constitucional, ou igualdade em sentido amplo, estão contidas no art. 5.º, *caput,* do Texto Maior (1988, não paginado). Repercutindo tanto na esfera patrimonial como na pessoal, não admitindo qualquer tipo de distinção jurídica, sob as penas da lei.

3.1 EFEITOS DA RESPONSABILIDADE DECORRENTE DA COMPOSIÇÃO DE FAMÍLIA E FILIAÇÃO APÓS A SEPARAÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Estabelecendo a filiação afetiva como via de reconhecimento do filho, decorrente da averiguação dos elementos identificadores e o advento do princípio constitucional da igualdade, sobrevém a análise dos efeitos jurídicos pessoais (SILVA, 2004, não paginado).

A separação dos cônjuges ou dos companheiros, seja de corpos, de fato, a dissolução da união estável ou o divórcio, não significa a separação de pais e seus filhos (LÔBO, 2018, p. 135). Em outras palavras, "o fim da conjugalidade não restringe nem os direitos, nem os deveres de ambos com relação à prole" (DIAS, 2021, p. 382). O princípio do melhor interesse da criança trazido ao centro da responsabilidade legal sobre outra pessoa, caracteriza-se como direito fundamental na Constituição Federal (art. 5º, § 2º), em razão da reafirmação feita pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança – ONU/894 (GONÇALVES, 2020, p. 353), predominando sobre os interesses dos pais em conflito (LÔBO, 2018).

Independentemente da relação conjugal entre casal, seja ele heteroafetivo ou homoafetivo, com a ruptura da convivência e, havendo filhos menores, há uma fragmentação de um dos componentes da responsabilidade parental, mas ambos continuam titulares do poder familiar, o que após a separação, implicará na definição de como será a guarda e o sustento dos filhos menores (DIAS, 2021, p. 384).

Verificado que da relação paterno-filial social inferem direitos e deveres (SILVA, 2004, não paginado), a regra básica da guarda dos filhos, nas hipóteses de separação dos pais ou de pais que nunca viveram juntos, é a da preferência por um acordo, pelo qual o legislador confia que as escolhas dos pais será, porventura, as melhores condições para o exercício da guarda dos filhos. Todavia, o juiz deve verificar se o acordo observado atende efetivamente o melhor para o interesse dos filhos. "Essa é a orientação que deflui do art. 1.586 do Código Civil, que atribui ao juiz o poder de regular de maneira diferente, "a bem dos filhos", sempre que houver motivos graves" (LÔBO, 2018, p. 136).

3.2 OBRIGAÇÃO ALIMENTAR PERANTE FILHO NASCIDO DECORRENTE DE INSEMINAÇÃO CASEIRA APÓS O FIM DA RELAÇÃO HOMOAFETIVA

Dentro do Direito de Família, especificamente, na parte que fala sobre os alimentos, que está findado na solidariedade humana e econômica que deve existir entre o seio familiar ou os outros parentes (GONÇALVES, 2020, p. 641), independentemente do filho ser considerado de "outra origem", e como já é considerada a família homossexual análoga à heterossexual, com a separação dos cônjuges, havido filhos durante o tempo juntos, existirá o dever familiar de prestar alimentos, conforme o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/1990) que resguardam que toda criança e adolescente gozam de direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Esse é o ponto referente ao tema desse artigo, pois conforme entendimento do doutrinador Paulo Lôbo (2018), sobre a obrigação alimentar começar antes mesmo do nascimento:

> Pois, antes de nascer, existem despesas que se destinam à proteção do nascituro e o direito seria inferior à vida se acaso recusasse atendimento a tais situações. Esses alimentos são, portanto, de natureza distinta, para o fim de pôr a salvo o direito à vida do nascituro, pois não se destinam a sustento, vestuário, moradia, educação e outros encargos próprios dos alimentos em geral. Essa orientação, que se fortalecia na doutrina, restou consagrada na Lei n. 11.804/2008, que instituiu o que denominou "alimentos gravídicos". Compreendem os valores suficientes "para cobrir as despesas adicionais do período da gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto", inclusive alimentação especial, assistência médica, exames, internação, parto e medicamentos. Esses alimentos não têm como titular o nascituro, mas a mulher grávida, em face do futuro pai, pois ela também arcará com as despesas proporcionais aos seus próprios recursos. Assim, descontando-se a parte assumida proporcionalmente pela mulher grávida, os alimentos gravídicos corresponderão à parte das despesas que deve ser suportada pelo futuro pai. Para tanto, o juiz deve convencer-se da existência de fortes indícios da paternidade, a partir das provas coligidas. Se a criança nascer com vida, os alimentos gravídicos serão convertidos em alimentos atribuídos diretamente a ela. Como houve o veto presidencial ao art. 8º da lei, que fazia depender a procedência do pedido de realização de "exame pericial", o juiz deve valer-se do contexto probatório que possa levar a seu convencimento.

Para tanto, em continuidade com esse entendimento, tem-se a teoria do afeto, que já vem sendo utilizada dentro de entendimentos jurisprudências, possibilitando o duplo registro de pai ou mãe afetiva, como no caso do juiz que, convencido da comprovação e dos indícios de paternidade, fixou alimentos gravídicos a mãe após sua ex-companheira deixá-la por não querer ser mais mãe, conforme decisão da 2ª Vara da Família e Sucessões da capital paulista, explanado na notícia "Mulher que desistiu de projeto parental terá que pagar alimentos gravídicos à ex-companheira" no site do IBDFAM (ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM, 2020).

Não é por falta de regulamentação sobre a matéria, mas torna-se necessário refletir sobre os diversos aspectos relacionados com essa prática, como o exercício da autonomia

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dos envolvidos na construção do projeto parental, o regimentos vigente de procedimentos assistidos de reprodução e o regime jurídico da filiação (ARAÚJO, 2020, p. 106).

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo permitiu compreender sobre as consequências jurídicas da inseminação caseira na separação de casais homoafetivos em relação à obrigação ou não de prestar alimentos. O reconhecimento da filiação, seria o ponto de partida para responder à problemática desse artigo, tendo em vista que uma vez verificada a filiação, poderia o parceiro ou parceira propor a pensão de alimentos, já que ele teria o menor reconhecido legalmente, mas este reconhecimento se baseando apenas na afetividade, já que o filho só tem o mesmo "sangue" do outro parceiro ou parceira.

O afeto encontra-se no ambiente familiar, com amigos, entre os casais e em demais relações sociais, é algo criado com o convívio e o respeito para com o outro. Nas relações familiares, principalmente entre os genitores e seus filhos, é imprescindível a demonstração de afeto, pois com ele que o filho cria uma conexão inexplicável com a mãe e pai, que com o tempo só vai se fortificando. Dessa forma, é reconhecida a filiação com base na sociafetividade, mas para ela ser aplicada, deve demonstrar todos os requisitos (conduta social existente entre os pais e os filhos, longo convívio e relacionamento afetivo familiar).

Além disso, foi demonstrado que, com a comprovação dos requisitos da união estável, como acontece no casamento, a presunção de paternidade e/ou maternidade é feita também na união de casais homoafetivos. A certificação que reconhece o filho está disposta no art. 1.609 do Código Civil, que ao reconhecê-lo, aplica-se os mesmos direitos do filho biológico, reforçando em dizer que filho gerado da inseminação caseira não difere do filho biológico, detêm dos mesmos direitos, e consequentemente, das mesmas obrigações para com eles que seus responsáveis devem ter.

O procedimento da inseminação caseira não é algo comum, e apareceu nos últimos anos, mesmo com suas irregularidades, devido os preços altos dos procedimentos de reprodução assistida feitos em clínicas particulares. Todavia, o fácil acesso e modo de realizá-lo também inspiram casais ao uso dessa prática perigosa, que não só traz consequências no mundo jurídico, mas na saúde da mãe e do filho, pois não há certeza da procedência do material genético doado.

Outra questão observada durante a pesquisa, é que as provas para atestarem a comprovação da filiação socioafetiva devem ser realizadas junto as testemunhas que conviveram com o casal e viram o desejo em ambos de estabelecerem uma família e nas fotos publicadas em rede social, tendo consideração que na filiação todos os meios de prova serão validos. Deixando claro que, comprovando os requisitos da união estável e presumindo a paternidade, pode-se estipular esse encargo tanto de alimentos gravídicos,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

quanto da pensão alimentícia para o nascituro ou a criança do companheiro(a), mediante comprovação, sustentado no fato das provas do momento da decisão de conceber essa criança e de quando estava grávida, apesar da decisão subjetiva e dependente do juiz da causa, com os acervos de jurisprudências atuais, já é possível a autorização dessa paternidade/maternidade.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO. Ana Thereza Meireles. **Projetos parentais por meio de inseminações caseiras: uma análise bioético-jurídica.** Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 24, p. 101-119, abr./jun. 2020.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO DO IBDFAM. **Mulher que desistiu de projeto parental terá que pagar alimentos gravídicos à ex-companheira.** In: Revista brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, 2020. Disponível em: https://ibdfam.org.br/index.php/noticias/7964/Mulher+que+desistiu+de+projeto+parental+ter%c3%a1+que+pagar+alimentos+grav%c3%addicos+%c3%a0+excompanheira. Acesso em: 29 maio 2021.

BARBOZA, Heloisa Helena. **Efeitos jurídicos do parentesco socioafetivo**. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões. Porto Alegre, v. 11, n. 9, p. 25–34, abr./maio, 2009. Disponível em: https://ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/180.pdf. Acesso em: 14 out 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça. Provimento n. 63.** Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Brasília, DF. Julgado em 20.nov.2017.

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

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Diário Oficial da União, Brasília: 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Ministério Público do Estado do Paraná. **Direito de Família – Filiação socioafetiva.**

BRASIL. Poder Judiciário. **Conselho da Justiça Federal**. Enunciado n. 570. VI Jornada de Direito Civil. Brasília, 2013. Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/641. Acesso em: 26 out. 2021.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei do Senado n. 470, de 2013.** Dispõe sobre o Estatuto das Famílias e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 2013. Disponível

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/115242. Acesso em: 29 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: 132 Rio de Janeiro.** Recorrente: Governador do Estado do Rio de Janeiro e outros. Relator(a): Ayres Britto, 05 de maio de 2011. não paginado. Brasília, DF: Superior Tribunal Federal, 2011. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf/inteiro-teor-110025873. Acesso em: 29 maio de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial: REsp 1194059 SP 2010/0085808-2**. Recorrente: B. S. A. (menor) e outros. Representado por.: L. S. A. e outro. Relator (a): Ministro Massami Uyeda. Brasília, 2012. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22665055/recurso-especial-resp-1194059-sp-2010-0085808-2-stj/inteiro-teor-22665056. Acesso em: 26 out. de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Apelação Cível: AC 20130612458 Anita Garibaldi 2013.061245-8**. Relator: João Batista Góes Ulysséa, 20 de novembro de 2014. Santa Catarina, SC: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2014. Disponível em: https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1102580635/apelacao-civel-ac-20130612458-anita-garibaldi-2013061245-8. Acesso em: 08 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. **Recurso de Apelação 0001178-13.2020.8.16.0179.** Juiz: Alexandre Gomes Gonçalves, 21 set. 2020. Disponível em: https://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1106258410/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-apelacao-apl-11781320208160179-pr-0001178-1320208160179-acordao. Acesso em: 29 maio de 2021.

CASTRO, Marcela Moura; JACOB, Marcela Moura Castro; CASTRO-JACOB, Marcela Moura. CASTRO, M.A. . CASTRO, M.B. de Moura. **Paternidade Socioafetiva e o Direito de Pleitear Alimentos**. Revista Científica Semana Acadêmica. Fortaleza, ano MMXVII, Nº. 000116, 22/11/2017. Disponível em: https://semanaacademica.com.br/artigo/paternidade-socioafetiva-e-o-direito-de-pleitear-alimentos. Acesso em: 20 jun. 2021.

DA COSTA, Dilvanir José. **Filiação jurídica, biológica e socioafetiva**. Revista de informação legislativa, v. 45, n. 180, p. 83, 2008.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** / Maria Berenice Dias - 14. ed. rev. ampl. e atual. — Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito de família** / Carlos Roberto Gonçalves. - Direito civil brasileiro vol. 6 – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

JARDIM, Cinthia. **Inseminação artificial caseira funciona? Saiba os riscos e entenda por que a prática pode ser crime no Brasil**. Pais e Filhos, 2021. Disponível em: https://paisefilhos.uol.com.br/gravidez/inseminacao-caseira-funciona-saiba-os-riscos-e-entenda-por-que-a-pratica-pode-ser-crime-no-brasil/. Acesso em: 22 de out. 2021.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: volume 5: famílias**/Paulo Lôbo. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MADALENO, Rolf. **Direito de família** / Rolf Madaleno. - 8. ed., rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense, 2018.

NETO, Ronan Cardoso Naves; CAMPOS, Marina Araújo. **A socioafetividade perante o registro civil das pessoas naturais**. CONPEDI, 2017. Disponível em: http://site.conpedi.org.br/publicacoes/27ixgmd9/ec5g306t/i2l227gsxSK522q0.pdf. Acesso em: 22 de set. 2021.

OLIVEIRA JUNIOR, Eudes Quintino de. **Inseminação Artificial Caseira.** Revista Jus Brasil. 2017. Disponível em: https://eudesquintino.jusbrasil.com.br/artigos/516831816/inseminacao-artificial-caseira?ref=feed. Acesso em: 29 maio de 2021.

PROSEED. **Inseminação artificial caseira: riscos e cuidados**. Disponível em: https://proseed.com.br/noticia-inseminacao-artificial-caseira-riscos-e-cuidados. Acesso em: 14 out. 2021.

SILVA, Luana Babuska Chrapak da. **A paternidade socioafetiva e a obrigação alimentar**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 364, 6 jul. 2004. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/5321. Acesso em: 18 out. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único** / Flávio Tartuce. – 11. ed. – Rio de Janeiro, Forense; METODO, 2021.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família Brasileiro (1)**. In: Revista Brasileira de Direito de Família. Porto Alegre: IBDFAM, 2007. Disponível em: https://ibdfam.org.br/artigos/308/Novos+princ%C3%ADpios+do+Direito+de+Fam%C3%ADlia+Brasileiro+(1). Acesso em: 10 out. 2021.

WELTER, Belmiro Pedro. **Teoria tridimensional no direito de família: reconhecimento de todos os direitos das filiações genética e socioafetiva**. Revista brasileira de direito das famílias e sucessões, v. 8, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

REPERCUSSÕES PENAIS E CIVIS DA DIVULGAÇÃO DE IMAGENS ÍNTIMAS NÃO AUTORIZADAS NA INTERNET

ERICK DE FIGUEIREDO MAIA: Defensor Público do Estado de São Paulo. Graduado em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), pós graduado em direitos humanos pela Faculdade CERS, pós graduado em direito constitucional pela Faculdade Legale, pós graduado em direito do consumidor pela Faculdade Legale

Resumo: A expansão do uso da Internet despertou intenso debate nacional acerca da premência de se regular a rede, em especial por conta dos potenciais perigos e danos proporcionados por esse novo ambiente. Nesse sentido, restou claro que o Brasil precisava de um marco legal. Concebeu-se, assim, a Lei nº 12.965/14, o Marco Civil da Internet. Dentre suas diversas inovações jurídicas, interessa, para os fins do presente trabalho, o regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet previsto em seu artigo 19, notadamente o regime de exceção previsto em seu aritgo 21 para melhor proteger as vítimas da chamada "pornografia de vingança". A "pornografia de vingança", uma das nefastas consequências do desenvolvimento tecnológico, também recebeu regulamentação na esfera penal, com o acréscimo de dois novos tipos penais em 2018.

Sumário: 1. Introdução - 2. Definição de provedores de aplicação de internet - 3. Responsabilidade civil dos provedores de aplicações de internet - 4. Pornografia de Vingança: repercussões nas esferas civil e penal - 5. Conclusão

1. INTRODUÇÃO

Presentes em todas as esferas, a informação e o conhecimento são considerados essenciais para a sociedade e, ao serem transformados pelas atividades humanas, tornam-se recursos fundamentais para formação e manutenção de redes. No contexto de internet, quando se fala em "rede" (*network*, em inglês), pretende-se analisar sua estrutura, qual seja: uma comunidade não geográfica. A rede agrupa, portanto, um conjunto de participantes autônomos, que se unem por meio de ideias e recursos em torno de valores e interesses compartilhados, sendo utilizadas para a transmissão de informação e conhecimento, mediante as relações entre os atores que as integram. O problema é que, além de benefícios, a união proporcionada pela Internet pode apresentar malefícios.

Com o surgimento da Internet, as relações sociais se consolidam independentes do tempo e/ou espaço. No entanto, mesmo com essa característica independente de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

presencialidade, as relações em uma rede refletem a realidade ao seu redor e a influência. Até pouco tempo atrás não havia nenhum instituto legal que regulamentasse o uso da Internet no Brasil. Nesse sentido, verificou-se que o Brasil precisava de um mandamento legal que garantisse a internet como um ambiente livre e democrático e que regulamentasse os princípios e deveres para o seu uso[136]. Concebeu-se, assim, o Marco Civil da Internet, a Lei nº 12.965/14, o qual preza, entre outros, pela prevenção da prática dos chamados cibercrimes.

Desde a sua criação, o Marco Civil posicionou o Brasil como vanguarda no debate sobre direitos na rede. O governo italiano, inspirado pela lei brasileira, construiu uma Declaração de Direitos para Internet, a qual estabelece, em seu artigo 2º, que o "acesso à Internet é direito fundamental da pessoa e condição para seu pleno desenvolvimento individual e social"[137]. Especificamente para os fins do presente trabalho, cumpre passar em revista o regime de responsabilidade previsto no artigo 19 do Marco Civil da Internet. Confira-se:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Esta é a regra geral de responsabilidade dos provedores de aplicações de internet pelo conteúdo de terceiros. Todavia, o Marco Civil estabelece também as exceções a esse regime. Dentre elas, destaca-se as hipóteses em que o conteúdo publicado por terceiros implique a "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" (artigo 21 do Marco Civil da Internet).

Além das implicações no campo civil, o tema de divulgação de imagens íntimas sem consentimento também ganhou relevância na seara penal, através das inovações trazidas pela Lei nº 13.772 de 2018 e pela Lei nº 13.718/2018, que acrescentaram os artigos 216-B e 218- C ao Código Penal.

---

[136] LEMOS, Ronaldo. Internet brasileira precisa de marco regulatório civil. Tecnologia UOL, 22 mai. 2007. Disponível em: https://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm. Acesso em: 10.01.2021.

[137] SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação. Editar, 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2. DEFINIÇÃO DE PROVEDORES DE APLICAÇÃO DE INTERNET

Antes de aprofundar o debate sobre o regime de responsabilidade civil dos provedores de aplicações de Internet nos casos de conteúdo sobre pornografia de vingança, é necessário entender a conceituação legal desses provedores. Diante da multiplicidade de tarefas e serviços que são disponibilizados por meio da Internet, os autores estudiosos do tema divergem entre si sobre a forma de categorização desses provedores. Nesse sentido, em julgado anterior ao Marco Civil da Internet, o Superior Tribunal de Justiça adotava a seguinte divisão:

> "Os provedores de serviços de Internet são aqueles que oferecem serviços ligados ao funcionamento dessa rede mundial de computadores, ou por meio dela. Trata-se de gênero do qual são espécies as demais categorias, como: (i) provedores de backbone (espinha dorsal), que detêm estrutura de rede capaz de processar grandes volumes de informação. São os responsáveis pela conectividade da Internet, oferecendo sua infraestrutura a terceiros, que repassam aos usuários finais acesso à rede; (ii) provedores de acesso, que adquirem a infraestrutura dos provedores de backbone e revendem aos usuários finais, possibilitando a estes a conexão com a Internet; (iii) provedores de hospedagem, que armazenam dados de terceiros, conferindo- lhes acesso remoto; (iv) provedores de informação, que produzem as informações divulgadas na Internet; e (v) provedores de conteúdo, que disponibilizam na rede os dados criados ou desenvolvidos pelos provedores de informação ou pelos próprios usuários da web"[138].

O Marco Civil da Internet facilitou essa tarefa e dividiu os prestadores de serviço na internet em apenas duas categorias[139]. Em primeiro momento, tem-se os provedores de conexão à internet, os que fornecem o acesso à Internet. Há, também, os provedores de aplicações de internet, que se dedicam a oferecer funcionalidades acessíveis através da internet. Veja-se a definição dos provedores prevista no art. 5º do Marco Civil da Internet:

> Art. 5º Para os efeitos desta Lei, considera-se: (...)

[138] STJ, Recurso Especial nº 1.316.921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighi; julgado em 26.06.2012.

[139] SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação. Editar, 2016. p. 76.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> V - conexão à internet: a habilitação de um terminal para envio e recebimento de pacotes de dados pela internet, mediante a atribuição ou autenticação de um endereço IP; (...)
>
> VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet; e

Acerca dos provedores de aplicações de internet, vale destacar que, com frequência, publicam e disponibilizam conteúdos escritos e produzidos por seus usuários a exemplo dos blogs, fóruns e sites de relacionamentos, como o Facebook. Portanto, nem toda informação veiculada em sua plataforma é produzida pelo provedor de conteúdo.

Dessa forma, em regra, este último não exerce um controle editorial sobre o conteúdo a ser disponibilizado, exceto em casos que o material é desenvolvido pelos prepostos do provedor, atuando também, nesse caso, como provedores de informação. Referente a aplicação da responsabilidade civil aos provedores, vemos consequências distintas para casos em que o conteúdo é gerado por terceiros ou quando é de conteúdo próprio.

3. RESPONSABILIDADE CIVIL DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DE INTERNET

A Lei 12.965/14, também conhecida como Marco Civil da Internet, tem como escopo estabelecer princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet do Brasil. A Lei em questão fora estruturada em torno de três pilares: Liberdade, Privacidade e Neutralidade[140]. Será abordado, a seguir, a relação entre a responsabilidade conferida pelo Marco Civil aos provedores de aplicações de internet por conteúdos postados por terceiros e a garantia ao princípio da liberdade de expressão.

Nesse diapasão, provedores de aplicações de Internet podem ser definidos, conforme o Art. 5, VII como "'o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet". As grandes redes sociais, como o Facebook e o Twitter, são exemplos desses provedores que disponibilizam as mais diversas aplicações na rede. Destarte, o desafio era saber como seria o regime de responsabilização dos provedores de aplicações na Internet quando houvesse um conteúdo lesivo publicado em suas plataformas por terceiros que, em regra, são usuários de seus serviços. Para o estabelecimento desse regime, os legisladores do Marco Civil da Internet precisaram fazer, *a priori*, uma ponderação entre os danos oriundos do uso de sua rede e, por outro lado, a garantia da liberdade de expressão e da diversidade do discurso na rede. A

[140] SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação. Editar, 2016. p. 77.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

responsabilidade prevista, então, no art.19 traduz o modo como fora feita a ponderação entre esses direitos supracitados.

A título exemplificativo, caso o legislador tivesse optado pelo regime de responsabilidade objetiva, criar-se-ia a obrigatoriedade de fiscalização, monitoramento e filtragem dos conteúdos postados por seus usuários. Consequentemente, se estaria criando um instrumento de censura à liberdade de expressão, somente permitindo a postagem daquilo que não pudesse gerar qualquer conflito com outrem. O Brasil, assim como a maioria dos países da América Latina, confere uma proteção especial ao direito à liberdade de expressão graças aos períodos autoritários vividos na segunda metade do século XX.

O Superior Tribunal de Justiça, antes mesmo da entrada em vigor do Marco Civil, já havia manifestado posicionamento em sentido semelhante:

> 3. A fiscalização prévia, pelo provedor de conteúdo, do teor das informações postadas na web por cada usuário não é atividade intrínseca ao serviço prestado, de modo que não se pode reputar defeituoso, nos termos do Art.14 do CDC, o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.[141]

Em consonância com a jurisprudência da época e os valores constitucionais erigidos com a Carta Magna de 1988, o Marco Civil da Internet entendeu que a responsabilidade objetiva não era compatível com a manutenção da Internet livre, democrática e aberta. Passou-se a avaliar, pois, a responsabilidade subjetiva dos provedores de aplicações de internet. Essa responsabilização pode ser dividida em duas principais correntes: a responsabilidade decorreria (i) do não atendimento de uma notificação extrajudicial cientificando o provedor do conteúdo supostamente lesivo; ou (ii) do não atendimento de uma decisão judicial ordenando a retirada do material[142].

O Marco Civil da Internet desconsiderou a primeira, uma vez que a adoção do *notice and takedown* significaria imputar aos provedores de aplicações da internet o dever de realizar a ponderação entre os interesses em questão, criando verdadeiros tribunais privados com interesses corporativos[143]. Em relação ao tema, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou da seguinte forma:

---

[141] STJ, REsp 1308830/RS, rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 8.5.2012. Vide REsp 1316921/RJ, rel. Min. Nancy Andrighj, j. em 26.6.2012.

[142] SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação. Editar, 2016. p. 80.

[143] SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Op. Cit.* p. 81.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Há de se considerar a inviabilidade de se definirem critérios que autorizariam o veto ou o descarte de determinada página. Ante à subjetividade que cerca o dano psicológico e/ou à imagem, seria impossível delimitar parâmetros de que pudessem se valer os provedores para definir se um conteúdo é potencialmente ofensivo. Por outro lado, seria temerário delegar esse juízo de discricionariedade aos provedores. [2]

Além disso, é preciso fazer outra consideração: a adoção do *notice and takedown* de forma extrajudicial faria com que os provedores de aplicações da internet retirassem qualquer conteúdo do ar – ainda que esse fosse julgado apropriado - para evitar eventuais ações de reparações de danos[144]. Destarte, haveria uma ameaça à liberdade de expressão na rede e a pluralidade de discursos.

Assim, com o intuito de privilegiar os valores constitucionais previstos em nossa Carta Magna, a Lei 12.965 consagrou o Poder Judiciário como instância competente para a realização da correta ponderação entre os direitos envolvidos nos conflitos. Assim dispõe o Art. 19 do Marco Civil:

> Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

Portanto, os provedores de aplicações de Internet só poderão ser responsabilizados por conteúdo gerado por terceiros quando, após ordem judicial solicitando a exclusão de determinado conteúdo, não tomar as medidas necessárias para a remoção daquele conteúdo considerado lesivo[145]. Entendeu-se que atribuir ao Poder Judiciário a ultima ratio

---

[144] No ponto, o Superior Tribunal de Justiça já definiu que "(...) caso todas as denúncias fossem acolhidas, açodadamente, tão somente para que o provedor se esquivasse de ações como a presente, correr-se-ia o risco de um mal maior, o de censura, com violação da liberdade de expressão e pensamento (art. 220, § 2o, da Constituição Federal)." STJ, 3ª T., REsp. 1.568.935 – RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julg. 05.04.2016, DJe 13.04.2016

[145] No ponto, Chiara de Teffé afirma: "(...) visando assegurar a liberdade e evitar a censura privada, optou-se por se estabelecer um regime de responsabilidade subjetiva por omissão do provedor de aplicações da internet que não retira o conteúdo ofensivo após a devida notificação judicial. Portanto, a mera notificação extra judicial, em regra (as exceções serão vistas a seguir), não ensejará o dever jurídico de retirada do material questionado. O judiciário foi considerado a instância legitima para analisar e definir se um dado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sobre o que deve ou não ser removido era o caminho mais adequado para a conciliação entre os diversos direitos fundamentais em conflito[146]. Convém ressaltar que o Marco Civil da Internet abre duas exceções ao seu regime de responsabilização previsto no Art. 19: a pornografia de vingança e os direitos autorais.

4. PORNOGRAFIA DE VINGANÇA: REPERCUSSÕES NAS ESFERAS CIVIL E PENAL

O Marco Civil da Internet representou um significativo avanço ao combate dos cibercrimes, principalmente no que tange a pornografia de vingança. O artigo 19 desta lei trata sobre a responsabilidade dos provedores de aplicação, o qual estabelece que os provedores somente serão responsabilizados civilmente por danos provenientes de conteúdo de terceiros se, após específica ordem judicial, não tornar indisponível o conteúdo.

Contudo, o artigo 21 apresenta exceções à regra de responsabilização imposta pelo artigo acima. Dentro dessas exceções encontra-se a pornografia de vingança. Segundo a doutrina, essa situação ocorre quando "*alguém divulga, insere e/ou expõe, sem autorização dos retratados, em quaisquer ferramentas da rede, fotos e/ou vídeos com cenas íntimas, nudez ou prática de ato sexual que foram registrados ou enviados em confiança ao parceiro*"[147]. Da mesma forma, Vitória Buzzi afirma que:

> "O "termo pornografia de vingança", tradução da expressão em inglês "revenge porn", nomeia o ato de disseminar, sobre tudo na internet, fotos e\ou vídeos privados de uma pessoa, sem a sua autorização, contendo cenas de nudez ou sexo com objetivo de expô-la através da rápida viralização do conteúdo, e assim causar estragos sociais e emocionais na vida da vítima"[148].

---

conteúdo deve ou não ser removido de uma plataforma. Todavia, vale mencionar que a remoção de conteúdo não depende exclusivamente de ordem judicial, de forma que o provedor poderá, a qualquer momento, optar por retirar o conteúdo, de acordo com os seus termos de uso, quando poderá eventualmente responder por conduta própria. conforme já decidido pelo superior tribunal de justiça em diversos momentos, não constitui atividade intrínseca da rede social a fiscalização prévia dos conteúdos que são postados em sua plataforma de modo que não se pode reputar defeituoso o site que não examina e filtra os dados e imagens nele inseridos.". TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Direito à Imagem na Internet: Estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os Casos de Divulgação de Imagem Intima. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: RT, Vol 15. Ano 5, Abr-jun 2018, p. 93-127.

[146] SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. *Op. Cit*. p.82.

[147] BOTTINO, Celina. LEMOS, Ronaldo. SOUZA, Carlos Affonso. Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

[148] BUZZI, Vitória de Macedo. Pornografia da Vingança: Contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Florianópolis. Empório do Direito, 2015, p. 29.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Caso o conteúdo questionado contenha cenas de nudez, o provedor terá o dever de retirar do ar o material após a notificação extrajudicial da vítima[149]. Dessa forma, o art. 21 impõe responsabilidade subsidiária ao provedor de aplicações pela a violação da intimidade perante as situações de pornografia de vingança (cenas de nudez ou atos sexuais indevidos), se, após receber notificação, não indisponibilizar o conteúdo. Esta notificação, sob pena de nulidade, deverá conter elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante[150].

Veja-se a redação do referido dispositivo:

> Art. 21 - O provedor de aplicações de internet que disponibilize conteúdo gerado por terceiros será responsabilizado subsidiariamente pela 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 quando, após o recebimento de notificação pelo participante ou seu representante legal, deixar de promover, de forma diligente, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço, a indisponibilização desse conteúdo.
>
> Parágrafo único. A notificação prevista no caput deverá conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade do participante e a verificação da legitimidade para apresentação do pedido

Portanto, o provedor deve agir assim que receber notificação extrajudicial informando da divulgação desse tipo de conteúdo. A notificação deve, portanto, conter, sob pena de nulidade, elementos que permitam a identificação específica do material apontado como violador da intimidade[151]. Diante disso, a jurisprudência tem exigido da parte ofendida a indicação precisa do endereço das páginas (URL) onde o conteúdo lesivo se encontra disponibilizado ou armazenado, para impor a remoção desse conteúdo ao provedor responsável pelo local, com base no parágrafo 1º do artigo 19 do Marco Civil. Sobre o conceito de URL, o STJ se manifestou da seguinte forma:

> "URL é a sigla que corresponde à expressão Universal Resource Locator, que em português significa localizador universal de recursos. Trata-se de um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o

[149] BOTTINO, Celina. LEMOS, Ronaldo. SOUZA, Carlos Affonso. Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

[150] Artigo 21, parágrafo único, Lei 12.965/2014.

[151] TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. *Op. Cit.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> caminho até determinado site ou página. Dessa forma, com base na URL fornecida pelo recorrente, foi possível ao GOOGLE localizar especificamente a página na qual havia sido inserido o material de conteúdo ofensivo."[152]

O fundamento para a necessidade de se informar o URL é a impossibilidade técnica de o provedor controlar todo o conteúdo inserido em sua plataforma. No REsp nº 1.629.255/SP, a Ministra Nancy Andrighi tratou da necessidade de indicação de URL para remoção do conteúdo ora controvertido:

> "(...) a indicação clara e específica de sua localização na Internet é essencial, seja por meio de uma notificação do particular seja por meio de uma ordem judicial. Em qualquer hipótese, essa indicação deve ser feita por meio do URL, que é um endereço virtual, isto é, diretrizes que indicam o caminho até determinado site ou página onde se encontra o conteúdo considerado ilegal ou ofensivo. Essa necessidade está expressa na redação conferida ao §1o do art. 19 do Marco Civil da Internet, ao dispor sobre os requisitos de validade da própria ordem judicial que determina a retirada do conteúdo infringente. (...) A necessidade de indicação do localizador URL não é apenas uma garantia aos provedores de aplicação, como forma de reduzir eventuais questões relacionadas à liberdade de expressão, mas também é um critério seguro para verificar o cumprimento das decisões judiciais que determinarem a remoção de conteúdo na Internet. Conferindo precisão às ordens judiciais, torna-se mais difícil ao requerido escusar-se de seu cumprimento. Em sentido contrário, em hipóteses com ordens vagas e imprecisas, as discussões sobre a obediência ao Juízo e quanto à aplicação de multa diária serão arrastadas sem necessidade até os Tribunais Superiores. Por esses motivos, o Marco Civil da Internet elenca, entre os requisitos de validade da ordem judicial para a retirada de conteúdo infringente, a "identificação clara e específica do conteúdo", sob pena de nulidade."[153]

Em outro julgado, a Corte novamente entendeu pela necessidade de indicação dos URLs. Confira-se:

---

[152] STJ, 3ª Turma, REsp no 1.193.764/SP, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 14.12.2010, DJe em 08.08.2011.

[153] STJ, 3ª T., Resp. 1.629.255/SP, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 22.08.2017, DJe 25.08.2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> "(...) sendo certo que os autores da demanda não indicaram as URLS que corresponderiam especificamente ao(s) vídeo(s) de conteúdo ofensivo à imagem de seu falecido familiar e que a Corte local, ao negar provimento ao agravo interposto contra a decisão deferitória do pedido de antecipação de tutela por eles formulado, terminou por impor a ora recorrente obrigação impossível – consistente na remoção não apenas do vídeo denominado "duas escolhas diferentes, duas mortes", mas também de "todos os congêneres, sob quaisquer títulos em que se veicule idêntico conteúdo, em todo o site Facebook", independentemente da indicação de suas respectivas mencionadas URLs -, impõe-se o provimento do recurso especial intentado para o fim de cassar a decisão do juízo de primeiro grau impugnada pelo agravo de instrumento (art. 522 do CPC) que deu origem aos presentes autos".[154]

Em outros termos, quando o conteúdo postado por terceiros envolver imagem íntima sem autorização, a responsabilização do provedor não se daria pelo conteúdo em si, mas pela inércia em agir e remover o conteúdo após receber uma notificação extrajudicial por parte da vítima. Dessa forma, ele responderá subsidiariamente pelo dano causado[155]. O entendimento dos tribunais brasileiros já está, em sua maioria, em conformidade com o Marco Civil. Nesse sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul proferiu um importante julgado a respeito do tema. Em resumo, o caso trata-se da divulgação não autorizada de fotos íntimas da autora pelo seu ex-companheiro após o término da relação. O tribunal decidiu pela responsabilidade do réu acerca da divulgação das imagens da ex-companheira. Veja-se:

> APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. EXPOSIÇÃO DE FOTOS ÍNTIMAS NA INTERNET. OFENSA À INTIMIDADE E PRIVACIDADE. DANO À IMAGEM CONFIGURADO. VERBA INDENIZATÓRIA MAJORADA. 1. Incontroverso nos autos a autoria do ato lícito atribuída ao réu em face do conjunto probatório juntado, pois restou demonstrado que o envio das fotos partiu do computador do demandado. 2. Ainda que a autora tenha ingenuamente confiado em seu então namorado, deixando-se fotografar em posições eróticas, houve quebra de confiança da parte do réu, que divulgou as imagens por motivo de vingança, conduta esta que está a merecer firme reprovação ética e jurídica. 3. Quantum

[154] STJ, AgInt no Agravo em Recurso Especial 956.396/MG, rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, j. 19.04.2017, DJe 11.05.2017

[155] TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. *Op. Cit.*

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> indenizatório majorado para R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais), por se mostrar adequado às circunstâncias dos autos e à capacidade econômica do réu, compensando suficientemente à vítima e ao mesmo tempo para desestimular condutas semelhantes. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA E RECURSO ADESIVO DA AUTORA PROVIDO[156]. (Apelação Cível Nº 70065184418, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em 26/08/2015). (TJ-RS - AC: 70065184418 RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 26/08/2015, Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 28/08/2015).

Ante ao exposto, tendo em vista o grande número de mulheres que têm a sua privacidade exposta na internet, a redação do artigo 21 mostrou-se de extrema importância, principalmente na atual década, na qual o uso de redes sociais para disseminação de conteúdo teve um significativo aumento.

No âmbito penal, duas importantes alterações normativas acerca do tema em debate vieram em 2018. Nesse sentido, a Lei nº 13.718/2018 inseriu o art. 218-C ao Código Penal. De acordo com o dispositivo em questão, constitui crime:

> Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia;
>
> Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave; Aumento de pena (Incluído pela Lei nº 13.718, de 2018)

Por sua vez, a Lei nº 13.772/2018 criou o tipo penal do art. 216-B do Código Penal, segundo o qual é crime:

> Art. 216-B. Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes;

[156] TJRS, Apelação Cível Nº 70065184418, Nona Câmara Cível, Relator Des. Eugênio Facchini Neto, Julgado em 26/08/2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa;
>
> Parágrafo único. Na mesma pena incorre quem realiza montagem em fotografia, vídeo, áudio ou qualquer outro registro com o fim de incluir pessoa em cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo. (Incluído pela Lei nº 13.772, de 2018)

Portanto, verifica-se que, em razão da sensibilidade do tema, o ordenamento jurídico brasileiro busca proteger as vítimas nas mais diversas esferas. Na realidade, verifica-se que o público que mais sofre com tais condutas é o público feminino, sendo certo que, na maior parte dos casos, a divulgação ocorre em razão de alguma retaliação por um ex-companheiro. Mostra-se acertado a postura do legislador em ***(i)*** definir um regime particular de responsabilidade civil para facilitar a remoção do conteúdo da internet; e ***(ii)*** criminalizar as condutas daqueles que compartilham, de forma indevida, conteúdo íntimo alheio sem autorização.

4. CONCLUSÃO

Apesar de ter revolucionado a forma pela qual as pessoas se relacionam, a Internet, para além de suas qualidades, também pode ter impactos negativos em seus usuários. Por essa razão, mostrou-se necessária a criação de um regramento que possibilitasse, também no ambiente virtual, o respeito aos princípios e valores positivados na Constituição da República de 1988. Nessa direção, agiu bem o legislador ao aprovar o Marco Civil da Internet (Lei Federal nº 12.965/2014). Ao antecipar algumas questões maléficas proporcionadas pela Internet, o Marco Civil excepcionou o regime geral de responsabilidade dos provedores de aplicações de internet por conteúdo de terceiros.

Dessa forma, quando o conteúdo envolver "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", o provedor de aplicações de internet deverá retirar imediatamente o conteúdo após notificação extrajudicial, sob pena de responsabilização solidária. É certo que, em qualquer caso, a notificação deverá conter identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente.

Além da seara civil, as vítimas encontram-se também resguardadas na esfera penal. Em 2018, foram incluídos no código penal dois novos tipos penais, que criminalizam as seguintes condutas: (i) "oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia" (art. 218-C); e (ii) "Produzir, fotografar, filmar ou registrar, por qualquer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

meio, conteúdo com cena de nudez ou ato sexual ou libidinoso de caráter íntimo e privado sem autorização dos participantes"(art. 216-B).

REFERÊNCIAS

BOTTINO, Celina. LEMOS, Ronaldo. SOUZA, Carlos Affonso. Marco Civil da Internet: jurisprudência comentada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BUZZI, Vitória de Macedo. Pornografia da Vingança: Contexto histórico-social e abordagem no direito brasileiro. Florianópolis. Empório do Direito, 2015, p. 29

LEMOS, Ronaldo. A Internet brasileira precisa de marco regulatório civil. Tecnologia UOL, 22 mai. 2007. Disponível em: https://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm. Acesso em: 10.01.2021.

SOUZA, Carlos Affonso; LEMOS, Ronaldo. Marco Civil da Internet: Construção e Aplicação. Editar, 2016.

TEFFÉ, Chiara Antonia Spadaccini de. Direito à Imagem na Internet: Estudo sobre o tratamento do Marco Civil da Internet para os Casos de Divulgação de Imagem Íntima. Revista de Direito Civil Contemporâneo. São Paulo: RT, Vol 15. Ano 5, Abr-jun 2018, p. 93-127.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A COVID – 19 COMO DOENÇA OCUPACIONAL E A RESPONSABILIDADE CIVIL TRABALHISTA DO EMPREGADOR

GIOVANA SILVA SANTOS: Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins.

JANAY GARCIA[157]
(orientadora)

RESUMO: No ano de 2019, o mundo se deparava com os primeiros casos de contaminação do novo Coronavírus (COVID – 19), com início em Wuhan, na República Popular da China. A globalização, neste contexto, vem como um grande meio de proliferação do vírus, uma vez a facilidade de comércio e fluxo de pessoas entre países. Com objetivo de diminuir os altos números de contaminação e óbitos, as autoridades públicas implementaram o *lockdown* e adotaram a modalidade *home-office*, além de instituírem outras medidas de segurança nos ambientes de trabalho. Contudo, há de se levar em conta que essas medidas de segurança podem falhar, ocasionando de contágio no ambiente de trabalho. Frente a esse contexto o presente artigo investiga a forma que contaminação do trabalhador pela COVID - 19 pode ser caracterizada como doença ocupacional e qual a responsabilidade civil-trabalhista do empregador. Assim, a partir de discussões sobre os direitos trabalhistas atinentes à saúde dos trabalhadores e de eventual dano causado pela moléstia grave, buscou-se reconhecer o enquadramento da COVID-19 como doença ocupacional e apontar a responsabilidade civil-trabalhista do empregador. Para tanto, empregou-se o método de abordagem qualitativo, sendo colhidos os dados por meio dos instrumentos documental e bibliográfico.

Palavras-chave: COVID - 19; doença ocupacional; responsabilidade civil.

ABSTRACT: In 2019, the world was faced with the first cases of contamination of the new Coronavirus (COVID - 19), starting in Wuhan, in China. Globalization, in this context, comes as a great means of proliferation of the virus, since it is an ease of trade and flow of people between countries. In order to reduce the high numbers of contamination and deaths, public authorities implemented the lockdown and adopted the home-office modality, in addition to instituting other safety measures in work environments. However, it must be taken into account that these security measures can fail, causing contagion in the work environment. Faced with this context, this article investigates how contamination of the

157 Mestre em Políticas Públicas, pela universidade de Brasília, Pós Graduada em Direito do Previdenciário e Políticas Públicas, Advogada e professora da Universidade Católica do Tocantins e da Universidade Estadual do Tocantins.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

worker by COVID - 19 can be characterized as an occupational disease and what is the civil-labour responsibility of the employer. Then, based on the exercise of labor rights relating to the health of workers and the possible damage emitted by the serious illness, we sought to recognize the classification of COVID-19 as an occupational disease and point out the employer's civil-labour liability. Therefore, the qualitative approach method was used, and data were collected through documentary and bibliographic instruments.

Keywords: COVID-19; occupational disease; civil responsability.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito do Trabalho durante a pandemia. 2.1. A Medida Provisória Nº 927/2020. 3. Doença Ocupacional. 3.1. A COVID -19 como Doença Ocupacional. 4. Responsabilidade Civil Trabalhista do Empregador. Considerações Finais. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O novo Coronavírus foi um dos maiores acontecimentos do final do ano de 2019 e se mostrou ser ainda mais letal ao decorrer do ano de 2020, merecendo a devida atenção da Organização Mundial da Saúde (OMS) e, consequentemente, de todas as nações. Com sua proliferação entre países, seus efeitos negativos começaram a se espalhar em todas as formas de organização de sociedade, tanto no seu meio social, quanto no mercado de trabalho.

Com a chegada do vírus em território brasileiro, o poder executivo, legislativo e judiciário tiveram que lidar com situações, até então, inimagináveis. No que se refere ao viés trabalhista houve a necessidade de se regular as formas de trabalho nesse período atípico, assim, buscou-se soluções paliativas como *lockdown, home-office* e medidas de segurança contra a COVID- 19 nos ambientes de trabalho, visando a segurança e saúde dos funcionários e empregadores.

Contudo, apesar da tutela e aplicação das novas normas de segurança, vemos que estas podem falhar (ou simplesmente não serem aplicadas pelo empregador) e causar a contaminação do trabalhador pelo novo Coronavírus. Assim, uma vez falhando com direitos e garantias fundamentais de saúde dos empregados, há de se verificar o enquadramento do vírus como doença ocupacional e a responsabilidade civil-trabalhista do empregador.

Pretende-se analisar, por meio deste artigo, de que forma a contaminação do trabalhador pelo novo Coronavírus pode ser caracterizada como doença ocupacional e qual a responsabilidade civil-trabalhista do empregador. Portanto, objetiva-se verificar as repercussões jurídicas trabalhistas do novo Coronavírus no Brasil, discutir a contaminação

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pela COVID-19 como adoecimento de natureza ocupacional e identificar a possibilidade de responsabilização civil-trabalhista do empregador.

Será verificado o das normas jurídicas no Brasil, os direitos violados por conta da inobservância das normas de segurança, os fundamentos jurídicos que podem ser levados em consideração para que essa situação seja vista como doença ocupacional, considerando a possibilidade de responsabilização do empregador e fazendo contraponto com garantias fundamentais, constitucionais e trabalhistas.

Para tanto, empregar-se-á o método de abordagem qualitativo, haja vista a natureza qualitativa desta pesquisa, que se propõe a analisar seus dados de forma subjetiva, sendo este o método mais recomendado e adequado a esta análise, sobretudo considerando a sua complexidade e natureza sociopolítica. Por sua vez, os instrumentos de coleta de dados serão o bibliográfico e documental.

Inicialmente, abordar-se-ão aspectos atinentes ao direito trabalhista no período de pandemia, conceituando-se doença de natureza ocupacional e a responsabilidade civil do empregador, para, em seguida, discutir-se a contaminação do trabalhador pela COVID – 19 e a possibilidade de responsabilização civil-trabalhista por parte do empregador, discutindo-se normas, parecer, decretos e entendimentos jurídicos.

2. DIREITO DO TRABALHO DURANTE A PANDEMIA

Desde sua chegada ao Brasil, em fevereiro de 2020, o novo Coronavírus, que é caracterizado como uma infecção respiratória aguda causa pelo SARS-CoV-2, se mostrou ter potencial grave e apresentou fácil disseminação, podendo seus sintomas variar entre os mais comuns, menos comuns, mais graves e assintomáticos.

O referido vírus acarretou mudanças atípicas em todos os aspectos culturais, sociais e econômicos. Houve necessidade de se adaptar a este período e de acompanhar os anseios da sociedade, principalmente no viés econômico e, por conseguinte, no que tange à matéria de direito trabalhista.

Diante os fatos vividos no ano de 2020 e prevendo uma crise econômica advinda deste período de pandemia, houve implementação de medidas urgentes e de leis com objetivo de regularem direitos dos trabalhadores e empregadores, visando amenizar os impactos trazidos com a COVID – 19.

É neste período que vemos o surgimento de medidas judiciais e administrativas com objetivo de regularem sobre a forma de trabalho, segurança e saúde no ambiente laboral. Entre os protocolos adotados por Estados e municípios, observarmos: limitação de número de clientes dentro dos comércios, uso obrigatório de álcool em gel, aferição de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

temperatura e, ainda, incentivo às empresas para aderirem ao trabalho na modalidade *home office*, além de aconselhar aos cidadãos para seguirem o isolamento social.

Com os estabelecimentos fechados e com receio de uma grave crise econômica, o Presidente da República solicitou ao Congresso Nacional a decretação do estado de calamidade pública, feito através do Decreto Legislativo nº 06, de 20 de março de 2020, tendo vigência até 31 de dezembro de 2020, sendo que este trouxe a possibilidade de realização de gastos sem infringir a Lei de Responsabilidade Fiscal.

É em meio ao período de calamidade pública que houve necessidade de se regular ainda mais sobre as relações trabalhistas em meio à uma pandemia causada pelo SARS-CoV-2, desta forma, o Presidente da República, fazendo uso competência, editou Medidas Provisórias visando preencher lacunas advindas pelo referido quadro pandêmico. Vale citar três delas, sendo a Medida Provisória nº 927/2020, Medida Provisória nº 936/2020 e Medida Provisória nº 944/2020.

A primeira trouxe, de forma geral, em seu texto matérias como possibilidade de ajuste unilateral do regime de teletrabalho, necessidade imperiosa de trabalho nas dependências da empresa, antecipação de férias individuais, férias coletivas, licença com remuneração, aproveitamento e antecipação de feriados, banco de horas, diferimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), prorrogação de acordos e convenções coletivas, suspensão de exigências em segurança do trabalho e prorrogação da jornada de trabalho para os estabelecimentos de saúde.

A segunda, com objetivo de tutelar ainda mais na manutenção dos empregos, criou o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda, buscou-se com o programa supracitado:

> (a) a preservação do emprego e renda; (b) a garantia da continuidade das atividades laborais e empresariais; e (c) a redução do impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública." (MARTINEZ; POSSÍDIO, 2020, p. 33).

Por último, a terceira, levando em consideração tanto a fragilidade dos trabalhadores, quanto dos empregadores, instituiu o Programa Emergencial de Suporte a Empregos (PESE). O PESE teve como finalidade "contribuir para o cumprimento das obrigações da empresa com as suas folhas de pagamento" (MARTINEZ; POSSÍDIO, 2020, p. 44), sendo voltado para empresários individuais, sociedades empresárias e sociedades cooperativas.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, vemos um árduo trabalho do Poder Executivo, Legislativo e Judiciário em regular e tutelar a favor da economia e das relações de trabalho. Contudo, apesar desses esforços, vemos que ainda existem lacunas onde, mesmo diante a procedimentos e protocolos de segurança, os trabalhadores não deixam de estarem expostos a uma eventual contaminação e eventual adoecimento.

2.1. Medida Provisória nº 927/2020

Neste momento cabe fazer uma breve recordação sobre o conceito e os pressupostos de uma Medida Provisória. A Medida Provisória, no que tange ao âmbito federal, só poderá ser editada pelo Presidente da República e tem força de lei, desde que haja relevância e urgência no assunto demandado, ou seja, "há de estar configurada uma situação em que a demora na produção da norma possa acarretar dano de difícil ou impossível reparação para o interesse público" (BRANCO; MENDES, 2021, p. 2011).

Dito isto, adentrando especificamente na Medida Provisória nº 927/2020, além de trazer em seu texto todas as matérias já citadas no capítulo anterior, trouxe em seu artigo 29 o que se segue "art. 29. os casos de contaminação pelo coronavírus (covid-19) não serão considerados ocupacionais, exceto mediante comprovação do nexo causal". Assim, o texto excluiu a contaminação pelo coronavírus da lista de doenças ocupacionais e, ainda, passou o ônus da prova exclusivamente para o trabalhador, assunto que veio se tornar motivo de debates entre as entidades sindicais e juristas, acarretando em ADIns (6342, 6344, 6346, 6348, 6349, 6352 e 6354) para julgamento da constitucionalidade ou inconstitucionalidade do artigo supracitado.

Destacando o julgamento da ADIn nº 6342, o relator, Ministro Alexandre de Moraes, liminarmente suspendeu a eficácia do artigo 29, da Medida Provisória 927/2020, reconhecendo precedestes do Supremo Tribunal Federal no que tange a responsabilidade objetiva do empregador a depender do caso.

> MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUTIONAL E DIREITO DO TRABALHO. MEDIDA PROVISÓRIA 927/2020. MEDIDAS TRABALHISTAS PARA ENFRENTAMENTO DO ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA RECONHECIDO PELO DECRETO LEGISLATIVO 6/2020. NORMAS DIRECIONADAS À MANUTENÇÃO DE EMPREGOS E DA ATIVIDADE EMPRESARIAL. ART. 29. EXCLUSÃO DA CONTAMINAÇÃO POR CORONAVÍRUS COMO DOENÇA OCUPACIONAL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR. ART. 31. SUSPENSÃO DA ATUAÇÃO COMPLETA DOS AUDITORES FISCAIS DO TRABALHO. AUSÊNCIA DE RAZOABILIDADE. SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DOS ARTS. 29 E 31 DA MP 927/2020. CONCESSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> PARCIAL DA MEDIDA LIMINAR. 1. A Medida Provisória 927/2020 foi editada para tentar atenuar os trágicos efeitos sociais e econômicos decorrentes da pandemia do coronavírus (covid-19), de modo a permitir a conciliação do binômio manutenção de empregos e atividade empresarial durante o período de pandemia. 2. O art. 29 da MP 927/2020, ao excluir, como regra, a contaminação pelo coronavírus da lista de doenças ocupacionais, transferindo o ônus da comprovação ao empregado, prevê hipótese que vai de encontro ao entendimento do Supremo Tribunal Federal em relação à responsabilidade objetiva do empregador em alguns casos. Precedentes. 3. Medida liminar parcialmente concedida para suspender a eficácia dos arts. 29 da Medida Provisória 927/2020. (STF - ADI: 6380 DF 0089939-04.2020.1.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/05/2020, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 09/11/2020).

Devido ao prazo de vigência da Medida Provisória ter se encerrado no dia 19 de julho de 2020, a referida ADIn (como todas as outras citadas que discorrem sobre a demanda) acabou por perder o objeto. Desta maneira, nos deparando novamente com uma lacuna referente ao enquadramento da COVID – 19 como doença ocupacional.

3. DOENÇA OCUPACIONAL

Conforme artigo 200, da Carta Magna de 1988, é uma garantia constitucional aos trabalhadores a segurança e um meio ambiente de trabalho saudável. Na mesma direção, o referido ordenamento jurídico, no artigo 7º, inciso XXII, traz que são garantias dos empregados, que exerçam suas funções nas cidades ou em ambientes rurais, direitos que aprimore sua condição social e que causa a "redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança".

Tal garantia é refletida na Consolidação das Leis Trabalhistas de 1943, que em seu artigo 157 e incisos, uma vez que impõe ônus ao empregador visando que este cumpra as normas de segurança e higiene no ambiente laboral, guiando os trabalhadores para cumprimento de medidas que visam evitar acidentes e doenças ocupacionais. Reforçando este entendimento, o autor Ricardo Resende (2020, p. 888) sabiamente discorre sobre a importância em cuidar do meio ambiente de trabalho, sendo de obrigação do empregador tutelar pelo bem-estar do empregado no que tange a proteção de sua vida, saúde e produtividade do trabalho.

Porém, quando observamos adoecimento do trabalhador, estamos diante à uma matéria de doença ocupacional. Apesar da preocupação do legislador em proteger e tutelar a parte mais frágil da relação de trabalho, qual seja o trabalhador, acidentes em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ambiente laborais podem ocorrer e devem ser observados suas características. A doença ocupacional está regulada através no artigo 20, incisos I e II, da Lei nº 8.213/1991, vejamos:

> Art. 20. Consideram-se acidente do trabalho, nos termos do artigo anterior, as seguintes entidades mórbidas:
>
> I - doença profissional, assim entendida a produzida ou desencadeada pelo exercício do trabalho peculiar a determinada atividade e constante da respectiva relação elaborada pelo Ministério do Trabalho e da Previdência Social;
>
> II - doença do trabalho, assim entendida a adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente, constante da relação mencionada no inciso I.

Desta forma, vemos que a doença ocupacional é dividida em doença profissional e doença do trabalho. A primeira se caracteriza por sua natureza (adoecimento) se dar exclusivamente por conta do trabalho desenvolvido, assim sendo, são doenças de particularidades e peculiaridades desenvolvidas em decorrência do exercício de uma profissão.

Já a segunda "não possuem no trabalho a sua causa única ou exclusiva, mas assim são classificadas porque o ambiente de trabalho é o fator que põe a causa mórbida em condições de produzir lesões incapacitantes" (BELMONTE; MARTINEZ; MARANHÃO, 2020, p. 283), isto é, ao contrário da doença profissional, a doença do trabalho não ocorre exclusivamente da atividade laboral, contudo, é adquirida por conta das circunstâncias em que o trabalho é exercido.

Ainda, vale ressaltar que, para o enquadramento do trabalhador nas hipóteses de doença ocupacional, deve haver constatação do nexo de causalidade no que se refere à atividade laboral desempenhada e o empregador. Para isso, o artigo 20, §1º, da Lei nº 8.213/1991, estreita e taxa as doenças que não são consideras ocupacionais, assim vejamos:

> Art. 20 (...)
>
> § 1º Não são consideradas como doença do trabalho:
>
> a) a doença degenerativa;
>
> b) a inerente a grupo etário;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

c) a que não produza incapacidade laborativa;

d) a doença endêmica adquirida por segurado habitante de região em que ela se desenvolva, salvo comprovação de que é resultante de exposição ou contato direto determinado pela natureza do trabalho.

Para melhor visualização da aplicabilidade dos incisos do artigo supracitado, situações que, em substancialmente não possuem ligação com exercício laboral, vale explicar que doença degenerativa é aquela em que envolve fatores genéticos que acarretam a perda das funções vitais do portador da enfermidade. Inerente a grupo etário são moléstias ocasionadas naturalmente por conta da idade avançada.

A que não produz incapacidade laborativa decorre de pequenos acidentes que não ensejam em uma moléstia grave ou acometimento sério ao trabalhador, como, por exemplo, uma queda ou pequeno corte. A doença endêmica é aquela que se desenvolve em uma localidade específica.

Desta maneira, podemos concluir que a COVID – 19 não se encaixa na concepção de doença profissional, mas sim como doença do trabalho, uma vez que, de acordo com artigo 20, inciso II, "doença adquirida ou desencadeada em função de condições especiais em que o trabalho é realizado e com ele se relacione diretamente". Caracterizar o tipo de acometimento que ocorreu com o trabalhador é importante para que se estabeleça o auxílio que será garantido à vítima do adoecimento.

3.1. COVID – 19 como Doença Ocupacional

Como sabemos, desde fevereiro de 2020, estamos passando por uma pandemia nunca vivida no Brasil. Por se tratar de uma situação atípica, tal momento nunca foi expressamente previsto pelo legislador e, como discorrido no item 2.1. deste artigo, foram necessárias Medidas Provisória, Leis, protocolos e outras medidas de segurança, para preencher lacunas no viés trabalhista.

Até o presente momento não há uma norma que regule expressamente sobre a COVID – 19 como doença ocupacional. Pelo contrário, o artigo 29, da Medida Provisória nº 927/2020, que tutelava diretamente sobre este assunto, foi liminarmente suspensa e posteriormente perdeu seu objeto, conforme já debatido. Porém, isso não significa que este direito não possa ser requerido pelo trabalhador.

A contaminação pelo coronavírus em ambiente laboral poderá ser reconhecida como doença ocupacional, sempre observando o contexto fático, empregando o texto do artigo 20, §2º, da Lei nº 8.213/1991, que diz:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Em caso excepcional, constatando-se que a doença não incluída na relação prevista nos incisos I e II deste artigo resultou das condições especiais em que o trabalho é executado e com ele se relaciona diretamente, a Previdência Social deve considerá-la acidente do trabalho.

Assim, quando a moléstia decorrer das circunstâncias específicas em que atividade laboral é realizada e com ela se associa diretamente, estará diante a caracterização da COVID – 19 como doença ocupacional.

Ademais, com fim de estabelecer o auxílio ao trabalhador, a contaminação do vírus de maneira acidental pelo empregado, desde que esteja desempenhando sua função laboral, poderá constituir acidente de trabalho por doença equiparada, nas condições do artigo 21, inciso III, da Lei nº 8.213/1991. Vale ressaltar que, discorre o artigo 337, do Decreto nº 3.048/1999, que "o acidente do trabalho será caracterizado tecnicamente pela Perícia Médica Federal, por meio da identificação do nexo entre o trabalho e o agravo".

4. RESPONSABILIDADE CIVIL TRABALHISTA DO EMPREGADOR

No caso de descumprimento, por parte do empregador, no que se refere as legislações que tutelam sobre a segurança e saúde no ambiente de trabalho para o desenvolvimento das atividades de seus funcionários, este terá que responder pelo dano causado, podendo ser responsabilidade civil objetiva ou subjetiva, conforme artigo 7º, da Carta Manga de 1988, que diz que:

> São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
>
> (...)
>
> XXVIII - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Maurício Godinho Delgado (2019, p. 69) leciona que, através da promulgação da Carta Magna de 1988, novos entendimentos foram trazidos para o Direito do Trabalho, tornando possível a responsabilização civil-trabalhista do empregador por danos morais, materiais e estéticos, desde que estes venham ocorrer diante acidentes de trabalho ou doenças ocupacionais em ambientes laborais, observando os requisitos jurídicos.

No que tange a responsabilidade civil-trabalhista propriamente dito, de acordo com Carlos Leite, a responsabilidade objetiva acontece quando quem deu causa ao dano, podendo ser moral ou material, terá o dever de reparar o ocorrido sem que haja a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

necessidade de provar o dolo ou a culpa. Neste caso, o autor do dano responderá independente da culpa, basta que esteja configurado o liame entre o dano e a causa, ou seja, "que fique configurado o nexo causal entre a atividade desenvolvida e o dano sofrido pela vítima" (2020, p. 483), assim dispõe do Código Civil de 2002:

> Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.
>
> Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Por outro lado, a responsabilidade subjetiva é configurada quando quem deu causa ao ato ilícito, alcança este desfecho por meio do dolo ou da culpa em sua conduta. Diferente da responsabilidade anterior, este só será compelido a indenizar pelo dano causado (moral ou material) se ficar comprovado o dolo ou a culpa em seu comportamento. Em regra geral, o Código Civil de 2002 adota a responsabilidade civil subjetiva, conforme podemos observar nos artigos 186 e 187:

> Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.
>
> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Deste modo, de acordo com Martinez e Possídio (2020, p. 121), em regra a responsabilidade civil-trabalhista do empregador será subjetiva, consequentemente, para que seja configurada, dependerá de evidências que apontem a conduta dolosa ou culposa do causador do dano.

Em algumas exceções será aplicada a responsabilidade objetiva, sendo nesta categoria considerado apenas a conexão entre o dano e a atividade laboral realizada, sem necessidade de comprovar o dano e a culpa do empregador, casos esses que serão previamente regulados por meio de normas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

bordou-se, ao decorrer deste trabalho, aspectos gerais e conceituais referente a COVID – 19, doença ocupacional e sobre responsabilidade civil-trabalhista, transcorrendo pelas disposições constantes na Medida Provisória nº 927/2020, Lei nº 8.213/1991, Código

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Civil, Consolidação das Leis do Trabalho, bem como entendimentos dos órgãos superiores e de renomados doutrinadores, até a apresentação da matéria referente doença ocupacional e a responsabilidade civil-trabalhista do empregador, momento em que se debateu os tipos de doenças ocupacionais previstas em lei e os tipos de responsabilidades trazidas em nosso ordenamento jurídico. Ao final, foi abordado sobre a COVID – 19 como doença ocupacional e a responsabilidade civil-trabalhista do empregador.

Desta forma, foram cumpridos os objetivos previamente almejados, quais sejam, verificar as repercussões jurídicas trabalhistas do novo Coronavírus no Brasil, discutir a contaminação pelo Novo Coronavírus como adoecimento de natureza ocupacional e identificar a possibilidade de responsabilização civil-trabalhista do empregador.

De toda discussão, notou-se que, desde surgimento da COVID – 19, houve mudanças sociais, econômicas e trabalhistas. O legislador teve que acompanhar os anseios da sociedade e, ainda, transformações que foram necessárias para amenizar os impactos trazidos por esse vírus. Novos cenários fáticos de responsabilização civil-trabalhista foram surgindo e a contaminação de trabalhadores, por vezes pela falta de observância do empregador aos procedimentos de segurança e higiene, se tornou uma realidade a ser tutelada pelo Poder Legislativo, Executivo e Judiciário.

Constatou-se que o vírus SARS-CoV-2 não se caracteriza como uma doença profissional, mas sim como doença do trabalho. Ainda, dependendo do contexto fático, pode ser tida como acidente de trabalho por doença equiparada, mediante possibilidade da contaminação acidental do trabalhador quando estiver exercendo sua função laboral. Para que seja devidamente caracterizada como doença ocupacional, nas hipóteses acima discorridas, deverá o empregado passar pela Perícia Médica Federal que deverá constatar tecnicamente o nexo causal entre o trabalho e o adoecimento.

Por fim, verificou-se a responsabilidade civil-trabalhista do empregador, que será, conforme Código Civil, na maioria das vezes subjetiva, assim, para que seja caracterizada, está ficará à mercê evidências que demonstrem a conduta dolosa ou culposa do causador do dano. Porém, havendo ressalvas, uma vez que em alguns casos poderá ser aplicado a responsabilidade objetiva, momento este que será considerado a conexão entre o dano e a atividade laboral realizada, sem que haja a comprovação do dado e culpa do empregador, sendo necessário que estes casos estejam previamente regulados em normas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa Do Brasil de 1988**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 de set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943.** Brasília: Presidência da República, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm. Acesso em: 01 de out. de 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Ação direta de inconstitucionalidade 6342/DF. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Brasília, DF. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754346856>. Acesso em: 05 de out. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.** Brasília: Presidência da República, 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8213cons.htm>. Acesso em: 24 de abr. de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.048, de 06 de maio de 1999.** Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 07 de out. de 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília: Presidente da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 07 de out. de 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 6, de 20 de março de 2020.** Brasília: Senado Federal, 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 30 de set. de 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 927, de 22 de março de 2020.** Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 30 de set. de 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 936, de 01 de abril de 2020.** Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 30 de set. de 2021.

BRASIL. **Medida Provisória n. 944, de 03 de abril de 2020.** Brasília: Presidência da República, 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv944.htm>. Acesso em: 30 de set. de 2021.

BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **Direito do Trabalho na crise da COVID – 19.** 1. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho.** 18. ed. São Paulo: Editora LTDA, 2019.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito do Trabalho.** 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARTINEZ, Luciano; POSSÍDIO, Cyntia. **O Trabalho em Tempos do Coronavírus.** 1. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Método, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DA DISTRIBUIÇÃO DE ABSORVENTES PARA MULHERES EM ESTADO DE MISERABILIDADE

ANA LAURA PÁDUA PALMA: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário de Santa Fé do Sul - São Paulo.

EDUARDO CURY

(orientador)

RESUMO: O atual tema busca demonstrar a dificuldade em se alcançar a dignidade básica frente aos direitos sociais previstos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, evidenciando como mulheres carentes precisam lidar todos os meses com o período menstrual e os reflexos sociais e psicológicos gerados pela chamada "pobreza menstrual", pois, todos os meses mulheres de todas as idades menstruam, no entanto, não são todas que possuem acesso à higiene básica para lidar com o ciclo menstrual, expondo de tal modo, mulheres carentes a diversos problemas, tais como, doenças geradas pela má utilização do absorvente ou pelo uso de objetos inadequados para o estancamento do sangue, colocando a mulher carente em lugar de vulnerabilidade e tirando sua dignidade.

Palavras-chave: Absorventes. Dignidade básica. Ciclo menstrual.

ABSTRACT: The current theme seeks to demonstrate the difficulty in achieving basic dignity in the face of social rights provided for by the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, showing how needy women need to deal every month with the menstrual period and the social and psychological consequences generated by the so-called "menstrual poverty", because every month women of all ages menstruate, however, not all have access to basic hygiene to deal with the menstrual cycle, thus exposing needy women to various problems, such as, diseases generated by the misuse of the tampon or by the use of inappropriate objects to stop the blood, putting the needy woman in a place of vulnerability and taking away her dignity

Keywords: Distribution of absorbents. Basic dignity. Menstrual poverty.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Menstruação; 2.1 O Tabu por trás da menstruação; 2.2 Qual o preço que se paga por menstruar? 3. Pobreza menstrual. 4. Doenças vaginais e como elas afetam as mulheres. 5 As ações afirmativas do Estado e sua importância para as mulheres em estado de miserabilidade. 6. Os respaldos garantidos pela Constituição Federal de 1988. 7. Conclusão. 8. Referências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

O tema desenvolvido neste artigo é de grande relevância de estudo, tratando-se de um tópico pouco comentado na atualidade, havendo desta forma uma lacuna sobre o tema em doutrinas.

Averígua-se a inconstitucionalidade do Estado pela omissão e mitigação da dignidade humana pela falta de distribuição de absorventes para mulheres hipossuficientes pelo SUS – Sistema Único de Saúde.

Deste modo, busca-se demonstrar a importância da distribuição de absorventes de maneira pública e gratuita para mulheres em situação de miserabilidade e a dificuldade em se alcançar a dignidade básica frente aos direitos sociais previstos no Art. 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o Princípio da Unidade Constitucional, e os demais tópicos contidos no ordenamento jurídico a respeito do assunto.

2 MENSTRUAÇÃO

O início da menstruação, também chamado de menarca, se inicia em meninas por volta dos 8 a 12 anos de idade, variando muito conforme os fatores genéticos da menina. Pontua-se que "o ciclo menstrual" dura de 3 a 7 dias e ocorre em média em ciclos de 28 dias, até que a mulher chegue em torno dos 50 anos. Quando deixa de menstruar nessa época, a mulher entra no período denominado menopausa, que é o encerramento de sua vida reprodutiva". (AMABIS; MARTHO, 2006)

2.1 O TABU POR TRÁS DA MENSTRUAÇÃO

Durante muitos anos a mulher foi socialmente vista como o sexo frágil, o que impulsionou o conflito de gêneros, em que o patriarcado dominou, não dando espaço para a mulher se desenvolver e exercer seus direitos como cidadã. Inobstante, com o passar dos anos, movimentos feministas foram ganhando visibilidade e dando mais espaço para a mulher dentro da sociedade, cada vez mais desmitificando a ideia de sexo frágil. Podemos observar um dos marcos pela luta das mulheres expresso no inciso I do art. 5º da Constituição federal: "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;". Contudo, ainda existe um tabu muito grande quando se fala de menstruação, gerando um certo desconforto e vergonha em mulheres ao falarem sobre o assunto.

Por conseguinte, o que era para ser considerado um simples fator biológico do sexo feminino, ainda é alvo de muito constrangimento. Tal fato pode ser constatado em um documentário vencedor do óscar chamado "Absorvendo Tabu", escrito e dirigido pela cineasta americana Rayka Zehtabchi, disponível pela produtora Netflix, o qual mostra uma

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sociedade em que a mulher é vista como "impura" durante o ciclo menstrual, além de retratar o modo como grande parte da população, entre mulheres e homens, desconhece o termo "menstruação" e sequer sabem o que é um absorvente, passando, desta forma, a se referir ao ciclo menstrual como um "problema feminino".

Os apelidos criados pela população indiana fazem com que as mulheres se sintam envergonhadas pelo fato de menstruarem, gerando, assim, um constrangimento em falarem sobre o período menstrual. À vista disso, mulheres, mesmo que sejam da mesma família, passam a não conversar sobre a menstruação e, com isso, pela falta do conhecimento e a falta de compreensão esses familiares acabam transmitindo uma "culpa" a sua geração mais nova, deste modo, agravando a situação e fazendo com que a mulher tenha cada vez mais sua honra e dignidade ceifada.

2.2 QUAL O PREÇO QUE SE PAGA POR MENSTRUAR?

Infelizmente, a realidade das mulheres indianas não está tão distante da nossa, atualmente temos um número muito grande de mulheres vivendo nas ruas do nosso país. Não se tem o número exato, mas segundo a FIPE (Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas), o Brasil tem uma média de 101.854 (cento e um mil, oitocentos e cinquenta e quatro) mil pessoas em situação de rua no Brasil. Patrícia Figueiredo, do G1 de São Paulo, apresenta um número que se estima que da população que vive nas ruas, aproximadamente 20% são mulheres.

Além disso, consoante a Agência do Brasil, a população carcerária no Brasil é uma das maiores populações carcerárias femininas do mundo, tendo um número de 42.355 (quarenta e duas mil, trezentos e cinquenta e cinco) mulheres que vivem atrás das grades. Observa-se que estas mulheres têm suas liberdades restritas pelo direito de punir do Estado, todavia, este mesmo Estado não dá meios para que elas menstruem com dignidade enquanto cumprem suas penas.

De acordo com a escritora Nana Queiroz, as mulheres presas recebem "dois pacotes com oito absorventes cada. Ou seja, uma mulher com um período menstrual de quatro dias tem que se virar com dois absorventes ao dia; uma mulher com um período de cinco, com menos que isso" (2015, p. 103). Deste modo, a falta de absorventes faz com que por muitas vezes ele seja tratado como moeda de troca dentro das prisões e, na sua falta, estas mulheres precisam usar a imaginação e criar "absorventes caseiros", sem nenhuma higiene, ficando, destarte, expostas a diversas bactérias.

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, traz em seu texto a consagração do direito à saúde expresso em seu art. 6º: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Deste modo, consoante Kelbert (2011, p. 76), "ao conceber os direitos sociais como direitos fundamentais, o Estado brasileiro assumiu um compromisso para com a sua efetivação, o que significa que deve pautar sua atividade com vistas à realização daqueles direitos".

Contudo realidade que mulheres carentes vivenciam é oposta aos direitos a elas garantidos. Todos os meses, mulheres de diversas idades e classes sociais passam por um ciclo menstrual que dura entre 3 a 7 dias. Segundo a Korui, uma marca brasileira de produtos reutilizáveis e naturalmente ecológicos, "Uma mulher tem cerca de 450 ciclos menstruais durante a vida e utiliza, em média, 20 absorventes por ciclo. Considerando estes números, estima-se que sejam usados 10.000 absorventes durante toda a idade fértil. Se considerarmos um custo médio de R$ 0,60 por absorvente, chegamos ao valor alarmante de R$ 6.000,00! ".

Por mais que estas mulheres tenham o acesso à saúde pelo Sistema Único de Saúde do Brasil, o SUS, elas não têm o amparo do Estado quando falamos sobre a distribuição de absorventes, de modo que necessitam encontrar meios pelos quais possam substituir o absorvente tais como: panos; pedaços de roupas velhas; algodões; pedaços de pão; pedaços de jornais e materiais por muitas vezes já utilizados, o que pode ocasionar diversas doenças e fungos vaginais. Logo, é evidente a exposição à inúmeras situações deploráveis que essas mulheres são expostas.

3 POBREZA MENSTRUAL

Segundo Nicole Campos (**apud PV MULHER)**, gerente técnica de programas da Plan International Brasil, a pobreza menstrual tem a ver com a falta de recursos de meninas e mulheres para acessar produtos que mantêm uma boa higiene no período da menstruação, com a infraestrutura do seu ambiente, especialmente de saneamento. O termo também se refere à falta de acesso à educação necessária para gerenciar sua higiene menstrual. Para um grupo de mulheres mais vulneráveis, a pobreza menstrual está relacionada a uma questão de direitos humanos e de necessidades básicas que não são atendidas.

Quando falamos sobre a pobreza menstrual é de grande relevância citar o documentário "How do homeless women cope with their periods?", traduzido para o português "Como as mulheres desabrigadas lidam com a menstruação?". Trata-se de um documentário disponibilizado pela empresa Youtube e produzido por Abbey Adkison, Iris Mansour e Janet Upadhye. O documentário, como o próprio nome já faz inferir, mostra a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

realidade de mulheres em situação de rua, evidenciando que elas precisam todos os meses escolher entre comprar comida ou absorvente.

O mesmo ocorre no Brasil, uma prova alarmante foi a pesquisa online feita pela empresa de absorventes "Sempre Livre" que mostrou que 22% de um grupo de mulheres de uma faixa etária entre 12 a 25 anos de idade afirmam não ter acesso a produtos adequados de higiene básica para lidar com a menstruação, porque não são de fácil acesso ou porque falta dinheiro. Sendo assim, mulheres brasileiras também se deparam com a difícil escolha: comer ou poder menstruar com dignidade? No entanto, esta escolha vai totalmente contra o Princípio da Unidade Constitucional, unidade que busca evitar conflitos, antinomias ou antagonismos entre suas normas.

> *A principal utilização desse princípio é definir a inexistência de hierarquia entre normas constitucionais, "uma vez que todas decorrem da mesma fonte e têm o mesmo fundamento de validade: o poder constituinte originário" (CUNHA JÚNIOR, 2012, p.221).*

Tendo em vista, fazer com que um grupo tenha de escolher o que lhe é mais importante é desumano. Neste caso, a escolha é entre comer ou menstruar, pois mulheres que enfrentam a "pobreza menstrual" não possuem meios para arcar com ambos. Logo, a realidade enfrentada pelas mulheres que vivem nas ruas do nosso país se encontra em desacordo com o que estipula a Constituição Federal, especialmente em seu art. 6º, que dispõe acerca da saúde e alimentação como direitos sociais.

4 AS DOENÇAS VAGINAIS E COMO ELAS AFETAM AS MULHERES

Normalmente, as infecções vaginais têm sintomas como: o corrimento vaginal, coceira, vermelhidão, dor na região genital, ardência, desconforto e um forte odor vaginal que pode ter cheiro de peixe. Por vezes, a coceira pode ser insuportável, chegando a interferir o sono da mulher. Do mesmo modo, pode gerar dores na prática de relações sexuais, igualmente ocasionando a micção frequente, que é o ato involuntário de expelir urina.

Contudo, não somente as infecções são as causadoras de sintomas, podendo os sintomas também advir pela falta de asseio, que pode estar vinculada a falta de produtos de higiene ou a má utilização deles, como o uso de roupas íntimas apertadas e a falta de absorventes, que podem acabar estimulando o crescimento de bactérias e fungos, além da irritação e lesão do tecido pelve, que atinge diretamente as defesas naturais do corpo e pode gerar graves problemas para a mulher, como tumores e outras complicações que colocam a vida da portadora em risco.

Ademais, o corrimento vaginal pode resultar em doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), como a infecção por clamídia ou gonorreia, deste modo grupos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

distintos também são atingidos pela falha que o Estado vem cometendo com as mulheres carentes, além do mais também são colocados em perigo.

5 AS AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO E SUA IMPORTÂNCIA PARA AS MULHERES EM ESTADO DE MISERABILIDADE

Segundo a Proext (Pró- Reitoria de Extensão) da Universidade Federal do Amazonas as ações afirmativas são as atuações feitas tanto pela iniciativa privada quanto pela iniciativa pública com o viés de corrigir as desigualdades sociais, oferecendo oportunidades a todos.

Sem dúvidas se faz imprescindível a presença de ações afirmativas quando falamos da distribuição de absorventes, pois a falta do apetrecho íntimo, além de contrariar os tocantes a respeito dos direitos humanos, também alavanca o desequilíbrio social e coloca o País mais distante de seu objetivo que é a redução das desigualdades sociais. Conforme Canotilho (2008, p. 97), os direitos sociais, "na qualidade de direitos fundamentais, devem regressar ao espaço jurídico-constitucional, e ser considerados como elementos constitucionais essenciais de uma comunidade jurídica bem ordenada".

Felizmente, tal assunto tem sido alvo de debate em alguns locais, deste modo, contribuindo para a criação de ações afirmativas, como a que foi criada pelos deputados Rosenverg Reis do MDB e Renan Ferreirinha do PSB, contando com 29 coautores, criaram um projeto para a inclusão de absorventes em cestas básicas, como item de higiene básica. Além do absorvente, a cesta básica também garante a inclusão de fraldas geriátricas e fraldas infantis, complementando os produtos para alimentação.

> *O direito da mulher sobre a higiene menstrual é uma questão de saúde pública. Os médicos ginecologistas recomendam a troca desses produtos a cada seis horas, mas mulheres em situação de vulnerabilidade econômica não possuem condições financeiras de comprar os absorventes, Rosenverg Reis (Deputado MDB).*

Segundo a UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) a liberdade é a mais alta importância para o pleno cumprimento dos direitos humanos, contudo, mulheres que enfrentam a chamada "pobreza menstrual" todos os meses se deparam com sua liberdade sendo corrompida por um fenômeno natural de seu corpo, que não deveria ser motivo de privação da liberdade.

Os direitos sociais se ligam ao direito à igualdade, pois são pressupostos do gozo dos direitos de liberdade à medida que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona o surgimento de condições mais compatíveis com o exercício efetivo da liberdade (MEIRELES, 2008, p. 79).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Contudo, quando o Estado negligencia sua população lhe deixando faltar com seus direitos, mesmo que seja uma pequena parcela da população, ele se compromete como um todo, pois é o povo que faz o Estado.

6 OS RESPALDOS GARANTIDOS PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1°, III, da Constituição Federal de 1988 é sem dúvidas o princípio de maior grau axiológico da Constituição, sendo o garantidor dos direitos individuais e fundamentais a diferentes indivíduos, de modo a assegurar condições básicas para uma vida digna, com saúde e todos os meios possíveis que influenciem o desenvolvimento como ser de direitos. Assim sendo, trata-se do epicentro dos direitos humanos e fundamentais.

No entanto, a desatualização do sistema básico de saúde brasileiro em relação à falta de distribuição de absorventes afeta a vida de um quinhão da população do País, causando grande infelicidade e prejudicando aqueles que mais necessitam, posto que hodiernamente no Brasil há uma parcela de pessoas hipossuficientes que dependem de programas do Estado, como o bolsa família, o que acaba nos apresentando outro contexto, chamado de "pobreza menstrual", já citado, sendo o atual sistema de saúde pública incapaz de oferecer garantias às mulheres que vivem em estado de miserabilidade.

Nisto, aprofunda-se que as mulheres que vivem em estado de miserabilidade têm suas honras ceifadas, não somente por estarem expostas na rua, mas também por não conseguirem menstruar com o mínimo de dignidade. Com isso, vale salientar que o inciso X do art. 5° da Constituição Federal, especificamente, é o garantidor da proteção a honra do ser humano, o qual estabelece ser um direito inviolável.

Ademais, observa-se que existem outras disposições que também tutelam a honra, como o artigo 11.1 do Pacto de San José da Costa Rica, ratificado pelo Brasil, que estabelece: "toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade". Ante todo o exposto, constata-se que há uma grande falta de efetivação do referido direito especialmente no que tange à temática em análise.

Ainda, reflete-se acerca do art. 3º da CRFB/88, porquanto este estipula como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a redução das desigualdades sociais, mas o que se observa é que o Estado brasileiro vem falhando no cumprimento de seus objetivos, esquecendo de sua população hipossuficiente e priorizando apenas o lucro, já que o povo brasileiro paga por impostos abusivos e não tem o retorno na qualidade de vida.

Isso posto, mostra-se como essencial não apenas a existência de um conjunto normativo que discorra sobre a distribuição de absorventes em postos de saúde às mulheres hipossuficientes, mas sim a sua efetivação.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

7 CONCLUSÃO

O projeto demonstra os meios para uma proteção frente as necessidades que a mulher hipossuficiente enfrenta durante o ciclo menstrual, fenômeno natural que ocorre em média 7 dias de todos os meses, expondo a mulher a diversos constrangimentos, ceifando assim sua honra, imagem e outros direitos fundamentais e irrenunciáveis.

Desse modo, demonstra-se ser imprescindível que o Estado passe a ser coerente com as garantias expressas na Constituição Federal, em especial no seu art. 5º, o qual expõe sobre as garantias fundamentais dos direitos humanos, possuindo um papel como garantidor para o desenvolvimento das classes menos favorecidas. Para tanto, enfatiza-se a igualdade sob o prisma material, isto é, o preceito de tratar de modo igual os iguais e de modo desigual os desiguais, na proporção de suas desigualdades.

Ademais, por derradeiro, também se pede a complacência por parte da sociedade como um todo para a redução das desigualdades, sobretudo por meio de ações afirmativas, mecanismo de reparação social que visa lapidar a desigualdade social no País, para que, assim, as mulheres em estado de miserabilidade possam se sentir seguras em menstruar, sem precisarem passar por diversos constrangimentos e possíveis doenças que são expostas pela falta de amparo por parte do Estado na distribuição de produtos de higiene básica.

Referências:

ABSORVENDO o tabu (Period. End of Sentence). Direção: Rayka Zehtabchi. Coprodução, edição e projeção de som por Sam Davis. [S.l.]: Netflix, 2018. 26 minutos.

ADKISON. A; MANSOUR. I; UPADHYE. J. **How do homeless women cope with their periods?** Disponível em: https://www.youtube.com/watch?v=ABch4VYOJZ0&feature=emb_title. Acesso em 28 de Jul. de 2020.

AMABIS, José Mariano; MARTHO, Gilberto Rodrigues. **Fundamentos da Biologia Moderna**. 4 ed. São Paulo: Editora Moderna, 2006.

ARAGÃO. G. **Unidade da Constituição. O que é isso?** Disponível em: https://gersonaragao.jusbrasil.com.br/artigos/215430796/unidade-da-constituicao-o-que-e-isso. Acesso em 28 de Jul. de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição Federal de 1988. Promulgada em 5 de outubro de 1988**. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituição.htm. Acesso em 28 de Jul. de 2020.

CANOTILHO. J. J. G**. Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. Ed. São Paulo: Revista dos tribunais, 2008.

DANTAS. P. R., **A honra como proteção jurídica.** Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-honra-como-objeto-de-protecao-juridica/. Acesso em 29 de Jul. de 2020.

FIGUEIREDO. P**. Minoria na população de rua, mulheres foram vítimas em 51% dos casos de violência contra moradoras de rua no Brasil**. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2019/12/26/minoria-na-populacao-de-rua-mulheres-foram-vitimas-em-51percent-dos-casos-de-violencia-contra-moradores-de-rua-no-brasil.ghtm. Acesso em 27 de Jul. de 2020.

G1.RIO. **Alerj aprova projeto de lei que inclui absorventes e fraldas infantis e geriátricas na cesta básica.** Disponível em: https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2020/06/17/alerj-aprova-projeto-de-lei-que-incui-absorventes-e-fraldas-infantis-e-geriatricas-na-cesta-basica.ghtml. Acesso em 28 de Jul. de 2020.

KELBERT. F. O. Reserva do possível e a efetividade dos direitos sociais no direito brasileiro. Porto Alegre: Livraria do advogado editora, 2011.

KORUI. **Quanto custa a menstruação?** Disponível em: https://korui.com.br/quanto-custa-a-menstruacao/. Acesso em 28 de Jul. de 2020.

LENCIONE. C. **Brasil tem mais de 100 mil pessoas em situação de rua, aponta IPEA**. Disponível em: https://observatorio3setor.org.br/carrossel/brasil-100-mil-pessoas-em-situacao-de-rua/. Acesso em 27 de Jul. de 2020.

LISBOA. V. **População carcerária feminina no Brasil é uma das maiores do mundo.** Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2018-11/populacao-carceraria-feminina-no-brasil-e-uma-das-maiores-do-mundo. Acesso em 28 de Jul. de 2020.

MANUAL. MSD. **Considerações gerais sobre infecções vaginais**. Disponível em: https://www.msdmanuals.com/pt-pt/casa/problemas-de-sa%C3%BAde-feminina/infec%C3%A7%C3%B5es-vaginais-e-doen%C3%A7a-inflamat%C3%B3ria-

p%C3%A9lvica/considera%C3%A7%C3%B5es-gerais-sobre-infec%C3%A7%C3%B5es-vaginais. Acesso em 28 de Jul. de 2020.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 29. Ed. São Paulo: Malheiros 2004

PROEXT. **Sobre ações afirmativas e comunidades tradicionais**. Disponível em: https://proext.ufam.edu.br/dpa/sobre-acoes-afirmativas.html. Acesso em 22 de Ago. de 2020.

PV MULHER. **O que é pobreza menstrual e como ela pode se agravar durante a pandemia de Covid- 19.** Disponível em: https://pvmulher.com.br/o-que-e-pobreza-menstrual-e-como-ela-pode-se-agravar-durante-a-pandemia-de-covid-19/. Acesso em 28 de Jul. de 2020.

QUEIROZ. N. **Presos que menstruam**. 1 ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Record, 2015. p 103.

UNICEF. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos> Acesso em 22 de Ago. de 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O GARANTISMO JURÍDICO E AS FLEXIBILIZAÇÕES DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES

LUIZ GUSTAVO MENDES DE PAULA FALLEIROS: Advogado, pós-graduado em Direito e Processo do trabalho pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, mestrando em Direito do Trabalho pela PUC/SP.

RESUMO: Este ensaio tem o escopo de analisar a teoria do garantismo, desenvolvida por Luigi Ferrajoli em sua obra "Direito e razão: Teoria do Garantismo Penal" (2013). Na obra em questão, o jurista italiano idealiza uma estrutura de proteção dos direitos fundamentais dentro de um texto constitucional. Portanto, pretende-se analisar a aplicabilidade desta teoria dentro da Constituição Federal de 1988 e no Direito do Trabalho e fomentar o debate ao mostrar uma "nova" perspectiva sobre as recentes alterações legislativas que possam ter afrontado, direta ou indiretamente, os direitos fundamentais dos trabalhadores sob a perspectiva da teoria de Luigi Ferrajoli. A metodologia adotada foi a pesquisa teórica, por meio de revisão bibliográfica e método dedutivo. A partir da investigação, concluiu-se que, apesar da possibilidade da aplicação da teoria do garantismo, ela não vem sendo empregada no direito do trabalho brasileiro ultimamente, tendo em vista as recentes flexibilizações e desregulamentações de direitos fundamentais dos trabalhadores.

Palavras-chave: Garantismo judicial; direito do trabalho; flexibilização; desregulamentação e direito coletivo do trabalho.

ABSTRACT: This text aims to analyze the theory of garantism, elaborated by Luigi Ferrajoli in his book "Law and Reason:Theory of Legal Garantism''. In this work, the Italian jurist idealizes a structure for the protection of fundamental rights within a constitutional text.Therefore, this article intends to analyze the applicability of this theory within the Federal Constitution of 1988 and in Labor Law, fostering a debate by showing this "new" perspective on recent legal changes that may have directly or indirectly confronted fundamental worker's rights workers under the perspective of Luigi Ferrajoli's theory. The methodology adopted was the theoretical research, through a bibliographic review and a deductive method. Through this investigation, it was possible to conclude that, despite the possibility of applying the theory of garantism, it has not been implemented in Brazilian labor law lately, considering the recent flexibilizations and deregulations of worker's fundamental rights.

Keywords: Legal garantism; labor law; deregulation; collective labor law.

1.INTRODUÇÃO

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Há muito se debate a importância dos direitos e garantias fundamentais, em especial quando se correlaciona com o princípio da dignidade da pessoa humana em uma interpretação *lato sensu,* essa perspectiva foi trazida à tona por Ferrajoli (2013) em sua teoria conhecida como a Teoria do Garantismo Judicial, que busca, em uma perfunctória análise, a defesa desses direitos fundamentais dentro de elementos constitucionalizados. Tais direitos estão presentes dentro do Estado Democrático de Direito, que vem sendo introduzido há anos em vários textos constitucionais, inclusive na Constituição Federal de 1988, submetendo as normas infraconstitucionais aos preceitos básicos do texto constitucional, sob pena da inconstitucionalidade.

No que concerne os direitos fundamentais, analisando a Lei Maior, é possível listar o Direito do Trabalho, que é considerado um direito social de segunda geração, e para muitos doutrinadores, tido como direito social e não direito privado[158]. Isso traz uma reflexão sobre a aplicabilidade da teoria do garantismo para essa esfera em especial, apontando a confirmação de um direito constitucionalmente previsto no fito de promover e garantir aqueles direitos fundamentais, através das próprias normas constitucionais previstas. Dito isso, o que busca-se neste ensaio é a harmonização entre a teoria proposta por Ferrajoli dentro do espectro do direito do trabalho, considerando a substancialidade de tais direitos e fazendo uma análise da limitação de poder do Estado em intervir em direitos fundamentais e até onde podem ser propostas mudanças.

A Constituição Federal (1988), em seu texto, veda qualquer alteração lesiva aos direitos dos cidadãos e essa garantia trazida pelo texto constitucional tem fortes bases na confirmação da garantia dos direitos humanos há anos trazida ao debate. As reflexões trazidas pela teoria do garantismo judicial levantaram a hipótese de que, se em razão do Direito do Trabalho ser considerado um direito social e nele estarem incrustados direitos fundamentais, poderia a teoria aqui estudada ser aplicada em suas especificidades. Em caso afirmativo, convém indagar qual seria o seu alcance dentro de uma possível flexibilização ou desregulamentação dos direitos trabalhistas, em especial no debate trazido pela Lei 13.467 de julho de 2017, popularmente conhecida como Lei da Reforma Trabalhista. Para esse ensaio, a metodologia adotada foi pesquisa teórica, valendo-se de métodos dedutivos e da pesquisa bibliográfica.

2.O GARANTISMO PROPOSTO POR LUIGI FERRAJOLI E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Em um primeiro plano, é preciso conceituar o que é o garantismo e suas bases. Luigi Ferrajoli, em sua obra, trouxe o garantismo como um novo modelo normativo de direito dentro do princípio da legalidade.

[158] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17ed. LTR. Pág. 83

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A teoria proposta por Ferrajoli seria uma nova forma de se entender o direito, com foco nos aspectos formais e substanciais que devem coexistir para que o direito seja considerado válido. Essa coexistência entre aspectos apresentados pelo jurista Ferrajoli tem como objetivo resguardar a possibilidade de garantir a todos aqueles sujeitos de direito e todos os direitos fundamentais que efetivamente estejam positivados no texto constitucional. Portanto, pode-se entender que a categoria dos direitos fundamentais é um dado ontológico para que se possa analisar a existência e validade de um direito, ou seja, determinar se a norma é válida ou não, observando dois elementos específicos, o elemento formal e o elemento substancial.

O primeiro elemento, o aspecto formal, consiste no formalismo que está incrustado no procedimento prévio, funcionando como um pressuposto de legitimidade do surgimento de uma nova norma. Em outras palavras, essa norma somente será considerada legítima se ela for composta e estruturada de acordo com todos os procedimentos formais previstos no ordenamento jurídico, conceito esse bem próximo do que Kelsen entende como validade na teoria pura do direito.

O que diferencia a ideia de Ferrajoli é um novo elemento por ele explorado dentro do conceito de validade, que é o elemento substancial na perspectiva do universo jurídico, que consiste, em uma breve síntese, em elementos de conteúdo material fundamentado na norma para que essa norma seja válida. Assim sendo, a nova regra somente será válida se observado o binômio formalidade x subjetividade, sempre em harmonia com os direitos fundamentais previstos em um texto constitucional. Esses elementos são interpretados como direitos fundamentais, visto que por meio deles se resgata a ideia de ética material. Nesse sentido, leciona Acelino Rodrigues Carvalho em sua obra:

> Garantismo é um modelo normativo de direito próprio do Estado constitucional de direito, e configura um sistema de limites e vínculos a todos os poderes, públicos e privados, estatais e internacionais; garantismo configura uma teoria do direito, qual seja o juspositivismo crítico, em oposição ao juspositivismo normalista e pressupõe um desnível normativo configurando, por uma vez, uma teoria de validade garantismo designa uma filosofia política no sentido de que as instituições públicas somente se justificam pelo reconhecimento e proteção dos direitos fundamentais.[159]

Em resumo, o garantismo jurídico defendido por Luigi Ferrajoli é um conjunto de normas que visa proteger o sujeito de direito dos abusos de poder por parte do ente estatal, vinculando o Estado aos direitos e garantias fundamentais, sendo necessário partir

[159] CARVALHO, Acelino Rodrigues, Constituição e Jurisdição: Legitimidade e Tutela dos Direitos Coletivos. Curitiba: Juruá, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

do pressuposto que a teoria do garantismo judicial assegura os dois pilares do estado democrático de direito.

Essa raiz trazida pela teoria de Ferrajoli está presente na Constituição Federal de 1988; a natureza do texto constitucional nasceu sob o emblema da democracia em harmonia com os direitos fundamentais trazidos em seu texto. Ainda, a Carta Cidadã é um conjunto de regras que disciplinam a organização dos poderes e criam regras que definem princípios e valores que devem ser bases para a legislação infraconstitucional.

O preâmbulo da Constituição Federal adota a ideia de Estado Democrático de Direito, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais em harmonia com o formalismo trazido pelo próprio Texto Constitucional, o que efetivamente garante a aplicabilidade da teoria do garantismo elaborada por Ferrajoli. Dessa forma, a teoria do garantismo assegura a proteção dos direitos fundamentais a serem positivados dentro do ordenamento jurídico, e se não assim o fizerem, o Estado respaldará que tais direitos poderão ser acionados em juízo, o que resta claro que os direitos fundamentais consagrados em nossa constituição possuem aplicação em consonância com a teoria proposta e explicada neste ensaio, podendo ser reivindicados diante de qualquer ameaça de lesão.

Entre esses direitos sociais e fundamentais a serem tutelados está presente o direito do trabalho, que muito embora seja considerado como um direito fundamentalmente social, na atual situação, não só está sujeito à ameaças como está sendo alvo de constantes mudanças que desregulamentam o seu objetivo.

3.O GARANTISMO E SUA APLICABILIDADE AO DIREITO DO TRABALHO

Superado esse ponto, analisando as bases teóricas e o conceito trazido por Ferrajoli na teoria do garantismo jurídico dentro do espectro do direito do trabalho, ainda que a ideia do garantismo judicial não tenha sido tecida originalmente para a aplicação prática dentro do Direito do Trabalho, esta teoria, por se tratar de uma teoria geral do direito, nas palavras do professor Ferrajoli, pode ser aplicada em outros campos do direito:

> como paradigma da teoria geral do direito, a todo campo de direitos subjetivos, sejam estes patrimoniais ou fundamentais, e a todo conjunto de poderes, públicos ou privados, estatais ou internacionais[160]

É totalmente plausível a sua extensão para uma aplicabilidade prática dentro do Direito Juslaboral. Partindo do pressuposto que a teoria do garantismo visa a tutela dos

[160] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. 4º Ed. Revista dos Tribunais. 2013

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

direitos fundamentais, sua aplicação para além do direito penal, onde foi originalmente aplicada, é absolutamente factível. O conjunto de garantias citadas por Ferrajoli tem como objetivo atingir os direitos sociais, neste aspecto, cito o direito do trabalho que, além de mencionado na obra do autor, é assegurado como direito fundamental em nossa Constituição Federal.

Partindo dessa linha, a Teoria do Garantismo alcançou a atuação prática no direito do trabalho, vez que o mesmo é considerado como um direito fundamental e ultimamente vem sofrendo diversos ataques por parte do poder público influenciado por uma ideologia neoliberal, suprimindo direito desses trabalhadores, indo na contramão de todo trabalho e desenvolvimento feito nessa área, inclusive normativas internacionais que reconhecem o trabalho como um gênero de direitos humanos.

Artigo 23

1. Todo ser humano tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho e à proteção contra o desemprego.

2. Todo ser humano, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho.

3. Todo ser humano que trabalha tem direito a uma remuneração justa e satisfatória que lhe assegure, assim como à sua família, uma existência compatível com a dignidade humana que se acrescentarão, se necessário, outros meios de proteção social.

4. Todo ser humano tem direito a organizar sindicatos e a neles ingressar para a proteção de seus interesses.[161]

Os próprios títulos internacionais garantem o direito do trabalho e do trabalhador como direitos inerentes à pessoa humana, o que por consequência o colocam como direitos fundamentais de modo que a Constituição Federal, em seus artigos 7º e 8º, positivaram tais direitos, sem mencionar as diversas leis infraconstitucionais que tutelam tal direito, tais como a CLT, Lei Complementar 150/15, etc.

O constituinte, no fito de atender a onda constitucionalista social do século XX, inseriu o direito do trabalho como um direito fundamental, o que resultou em uma considerável ampliação do alcance dos direitos sociais.

[161] https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

De fato, a constitucionalização do direito do trabalho representa um grande avanço, considerando que ele foi alçado ao status de um direito fundamental gozando do garantismo proposto por Ferrajoli, onde, em tese, teria uma "proteção" contra as tentativas de desregulamentação ou flexibilização de tais direitos, protegendo o sujeito de direito de uma "punição" estatal com a retirada de seus direitos e essa é a posição até então defendida pela doutrina especializada.

> (...) os direitos trabalhistas são fundamentais e, como tal, se impõem aos cidadãos em suas relações interpessoais e interprivadas, constituindo-se em limite à autonomia da vontade de negociar. Sendo assim, não podem ser negociados, transacionados ou renunciados, salvo quando a lei expressamente autorizar.
>
> Não foi por outro motivo que a CLT, apesar de editada em 1943, já previa a nulidade de todo e qualquer ato que objetivasse fraudar ou burlar direitos trabalhistas nelas previstos – art. 9º, 444 e 468, da CLT.
>
> Desta forma, é forçoso concluir que todos os direitos trabalhistas previstos na lei são indisponíveis, e só poderão ser disponibilizados quando a lei assim autorizar.[162]

Em conclusão, a Teoria do Garantismo Judicial, uma garantia ao sujeito de direito aos possíveis abusos de direitos sobre os direitos fundamentais, pode ser aplicada ao direito do trabalho ao passo que, como já discorrido no presente ensaio, tem sim seu caráter social ao ponto de ser colocado no rol dos direitos fundamentais previstas no texto constitucional, o que por óbvio recebe a proteção garantista proposta por Ferrajoli.

Atualmente, estamos sob influência de uma nova onda neoliberal que transformou muitos conceitos e direitos fundamentais que vieram a ser alvo de reformas. A Lei 13.467/17, conhecida como a Lei da Reforma Trabalhista, por exemplo, seguiu esse novo fluxo, objetivando a flexibilização e, até mesmo a desregulamentação dos direitos dos trabalhadores, direitos esses considerados fundamentais.

4.A REFORMA TRABALHISTA SOB A LUZ DO GARANTISMO

Antes de abordarmos efetivamente a reforma trabalhista e a dualidade contra o conceito de Garantismo Judicial, faz-se necessário entender os conceitos de flexibilização e desregulamentação dos direitos do trabalhador.

O primeiro, consiste, em breve síntese, em um conjunto sistemático de regras de direito do trabalho que visem tornar menos rígidas as relação de trabalho, já o segundo

[162] CASSAR, Vólia Bomfim. Direito do Trabalho. 17 Ed. Editora Método.PÁGINA

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tem como conceito a retirada de regras que objetiva a flexibilização e diminui a rigidez dos direitos dos trabalhadores, retirando-os.

Superado esses conceitos, citamos a correlação entre a Reforma Trabalhista e como ela impactou de forma contrária a teoria do harantismo judicial proposta por Ferrajoli.

Desde 2016 o Brasil vem experienciando o retorno de pautas neoliberais buscando um estado minimalista, que de forma compulsória e célere aplicou os interesses do poder econômico nas diversas searas da economia e nas políticas públicas, entre elas o direito do trabalho.[163]

Seguindo essas não tão novas correntes, foi aprovada a Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, com sua vigência em 11 de dezembro daquele mesmo ano. A nova lei então figurou como uma das mais significantes mudanças na Consolidação das Leis do Trabalho, modificando diversos dispositivos e restringindo a atuação da Justiça do Trabalho, retirando efeitos das súmulas do Tribunal Superior do Trabalho. Além disso, a lei limitou a atuação judicial e flexibilizou vários direitos fundamentais dos trabalhadores, tudo isso sob o escopo de criação de novos postos de emprego, o que não se efetivou na prática dentro desses já cinco anos desde a sua promulgação e vigência.

Uma das mais contestadas mudanças na Reforma Trabalhista é a inclusão do artigo 611-A da CLT, que tentou trazer a figura da superioridade hierárquica do negociado sobre o legislado, afastando a figura do hipossuficiente do trabalhador, além de dar a possibilidade de flexibilização de vários direitos por meio de negociação coletiva, logo após a mesma lei ter enfraquecido a atuação sindical retirando sua mais importante fonte de custeio no momento em que tornou facultativa a contribuição sindical.

> Art. 611 – A. A Convenção ou Acordo Coletivo de Trabalho tem força de lei quando dispuser sobre:
>
> I – pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
>
> II – banco de horas anual;
>
> III – intervalo intrajornada, respeitando o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

[163] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 17 Ed. LTr. 2017 – Pág. 75

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

IV – adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE) que trata a Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015;

V – plano de cargos, salários e função compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;

VI – regulamento empresarial;

VII – representante dos trabalhadores no local de trabalho;

VIII – teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;

IX – remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;

X – modalidade de registro de jornada de trabalho;

XI – troca do dia de feriado;

XII – enquadramento do grau de insalubridade;

XIII – prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;

XIV – prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo;

XV – participação nos lucros ou resultados da empresa;[164]

Como observa-se acima, diversos direitos dos trabalhadores, com a vigência da Lei da Reforma Trabalhista, podem ser e já são objeto de negociação coletiva, sem observar restrições e garantias fundamentais previstas no texto constitucional. Ainda, a prevalência dessas normas sobre a lei é uma ameaça e permite a redução indiscriminada de direitos que podem ser praticadas pelos sindicatos patronais e dos trabalhadores.

Este tema é extenso e gera grande debate, por esse motivo nos concentraremos no caso da supressão do intervalo intrajornada para refeição e descanso. Anteriormente à Lei 13.467/17, a redução do intervalo intrajornada para refeição e descanso só era possível por um ato do Ministério do Trabalho em que o empregador **comprovasse que em seu ambiente de trabalho houvesse refeitório e que seus empregados não laborassem** em regime de sobrejornada. A motivação da concessão do intervalo intrajornada para refeição

[164] BRASIL, Consolidação das Leis do Trabalho.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e descanso de no mínimo uma hora tem fortes relações com o direito da saúde e segurança do trabalho, evitando jornadas exaustivas e garantindo a esse trabalhador um tempo mínimo para sua refeição, descanso e desconexão dentro de sua jornada de trabalho. Esse direito é fundamental e garantido pelo Texto Constitucional no artigo 7º, XXII e artigo 71, da CLT. A Reforma Trabalhista, por meio deste artigo trouxe a possibilidade de flexibilização deste direito fundamental do trabalhador, dando aos sindicatos a possibilidade de reduzir direitos fundamentais.

Não só a Lei 13.467/17 buscou extirpar outro direito fundamental do trabalhador, qual seja, as horas *in intinere*, interpretando que o empregador não mais está à disposição do trabalhador no momento em que está no trajeto casa – trabalho, trabalho – casa. A atual redação do artigo 58, §2º da CLT retirou o direito que esses obreiros detinham em razão da sua disponibilidade ao empregador, direito esse que poderia ser considerado como uma grande conquista, tendo em vista que a disponibilização de transporte coletivo particular é muito mais proveitoso ao empregador do que ao empregado, que sempre gozou da mão de obra do laborista pontualmente.

Por fim, pode-se dizer que a crise econômica e a volta das pautas neoliberais foram palcos desse novo cenário que possibilitou as supressões dos direitos fundamentais dos trabalhadores, retirando direitos e precarizando as relações de trabalho. Os trabalhadores tiveram e estão tendo sua dignidade afetada, pois essa nova normativa vai de encontro com a Teoria do Garantismo Judicial trazida à baila por Ferrajoli. Todos esses direitos abordados no presente ensaio e outros que não foram citados são direitos fundamentais da classe trabalhadora, e, portanto, são inderrogáveis pela discricionariedade administrativa ou pela autonomia privada, individual ou coletiva[165], e essa afirmação é base para afirmar que essa nova lei fere os direitos fundamentais dos trabalhadores.

5.CONCLUSÃO

O presente artigo trouxe alguns conceitos como o da teoria do Garantismo Judicial e a sua harmonia com o texto constitucional brasileiro, onde a carta cidadã prevê aqueles direitos elementares para promover a dignidade da pessoa humana estabelecendo parâmetros sociais gerais e estabelecendo princípios e valores sólidos que devem ser a base das normas infraconstitucionais, estabelecendo um sistema de garantia tanto no aspecto formal quanto no aspecto substancial para que seja evitado qualquer abuso de direito entre as partes, em especial por parte do Estado.

A Constituição Federal, carta cidadã baseada nos princípios, direitos e garantias fundamentais inerentes à pessoa humana pautadas em uma rigidez e elaborada sobre a raiz da teoria garantista, vem sendo deixada de lado. A motivação para isso vem de um

[165] FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão. 4º Ed. Revista dos Tribunais. 2013

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

forte movimento neoliberal que vem crescendo ao longo dos anos, pautados na ideia de estado mínimo.

A teoria garantista de Ferrajoli é perfeitamente aplicável no direito do trabalho. Ela aponta que esses direitos fundamentais que se originaram de uma histórica luta da classe trabalhadora e foram expostos como fundamentais não só pela Constituição Federal, mas como em tratados internacionais internalizados pelo Brasil, devem ser protegidos e ampliados, uma vez que beneficiam o trabalhador, e principalmente, garantem uma condição social visando a dignidade da pessoa humana.

Contudo, na contramão do sugerido pelo Garantismo jurídico, a Reforma Trabalhista veio com o escopo de atacar de forma incisiva o direito do trabalho visando a desregulamentação e, em maior escala, a flexibilização dos direitos dos obreiros sem observar os parâmetros e padrões do que seria aceitável uma vez que o Texto Constitucional trouxe a ideia de garantia dos direitos fundamentais, em especial aqueles que tutelam as relações de emprego em *stricto sensu*[166].

A teoria do garantismo jurídico traz a ideia, em uma análise específica sobre a criação da Lei 13.467/17 (lei da reforma trabalhista), que os parâmetros rígidos e as garantias trazidas pelo Texto Constitucional foram quebrados. A partir do momento que houve a supressão e a flexibilização dos direitos do trabalhador por ato estatal, quebrou-se o paradigma de que esses direitos fundamentais seriam imutáveis e que não poderiam sofrer ataques.

Nessa linha, a flexibilização e a desregulamentação dos direitos dos trabalhadores não atingem somente o aspecto econômico dos trabalhadores, mas também sua consciência como ser humano, pois seus direitos fundamentais são infringidos por normas mais brandas que não visem sua proteção. Portanto, não basta apenas a positivação do direito fundamental, mas seu efetivo gozo, inclusive com a garantia de que ele não será tolhido, o que efetivamente não acontece com essas frequentes flexibilizações.

Portanto, conclui-se que por mais que seja aplicável a Teoria do Garantismo Judicial, ela não vem sendo implementada ante as constantes desregulamentações e flexibilizações presentes hodiernamente no direito do trabalho. A Lei 13.467/17 não só fere o Texto Constitucional como também não observa os preceitos mínimos prescritos pelos ensaios do professor Luigi Ferrajoli, não garantindo os direitos fundamentais desses trabalhadores, tendo como núcleo dessas mudanças o pode público por meio de novas leis que tem o fim precípuo de retirar direito dos trabalhadores sob a máscara de criação

[166] Nota: relações de emprego stricto sensu correspondem a ideia de relações de emprego, espécie do gênero relações de trabalho, as clássicas relações de emprego que são tuteladas pela Constituição Federal, CLT e legislação extravagante.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de novos empregos, tentando substituir a figura de um trabalhador hipossuficiente por um trabalhador hipersuficiente.

6.REFERÊNCIAS

BRASIL, Presidência da República. **Consolidação das Leis do Trabalho**. 1943.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Direito do Trabalho**. 17 Ed. Editora Método

CARVALHO, Acelino Rodrigues, Constituição e Jurisdição: **Legitimidade e Tutela dos Direitos Coletivos**. Curitiba: Juruá, 2015.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17 Ed. LTr. 2017

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:Teoria do Garantismo Penal.** 4º Ed. Revista dos Tribunais. 2013

UNICEF, Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em:

https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos Acessado em 21/06/2021

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

NOTAS SOBRE A FUNDAMENTALIDADE DO DIREITO DE PROTESTAR PARA A DEMOCRACIA

BISMAK RODRIGUES DA SILVA JÚNIOR: Bacharelando do Curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

RAFAEL SILVA OLIVEIRA

(Orientador) [167]

RESUMO: Partindo do pressuposto de que a história de uma nação não é feita aquém dos anseios de seu povo e que os ecos oriundos da vocalização das contradições internas e das feridas abertas de uma civilização jamais devem ser ignorados, o estudo resultante deste artigo busca fazer viável uma reflexão acerca do direito de protestar e de sua fundamentalidade aos regimes democráticos de governo, das formas legítimas de participação política e do valor dos anseios expressados diretamente pelos cidadãos do Estado. O direito de protestar, mesmo sendo um dos pilares das democracias modernas, não é uma garantia prevista de maneira expressa na Constituição Federal Brasileira. Deste modo, a pesquisa de cunho bibliográfico descritivo pretende discutir acerca dos revestimentos de legalidade e da fundamentalidade atribuídos ao direito de protestar e de como a relação por ele estabelecida com o conceito de direito de resistência pode nos propiciar valiosas reflexões acerca das formas legítimas de ampliação da participação popular nas decisões da política institucional.

Palavras-Chave: Direito de Protestar. Fundamentalidade. Participação Política. Democracia. Direito de Resistência.

ABSTRACT: Based on the assumption that the history of a nation is not made without the wishes of its own people and that the echoes coming from the vocalization of internal contradictions should never be ignored, the study resulting from this article aims to make viable a reflection about the right to protest and its fundamental importance to democracies, the legitimate forms of political participation and the value of the wishes expressed directly by citizens of the State. The right to protest even being a pillar of modern democracies is not a guarantee expressly provided in the Brazilian Constitution. In this way, this descriptive bibliographical research intends to discuss the legality and fundamentality of the right to protest and how the relationship established by this right with the concept of the right of resistance can provide us a valuable reflection on the legitimate forms of increasing popular participation in the decisions of institutional politics.

167 Graduado em Filosofia pela Universidade Federal do Tocantins; Especialista em Ética e Ensino de Filosofia; Mestre em Filosofia. Professor do colegiado de Direito na Universidade de Gurupi – UnirG.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Keywords: Right to Protest. Fundamental Importance. Political Participation. Democracy. Right of Resistance.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Noções conceituais e revestimentos de legalidade: afinal, quão fundamental é o direito de protestar para a democracia?. 3. Ampliando a noção de participação política: por uma democracia mais participativa. 4. Conclusão. 5. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A história de uma nação não é feita aquém dos anseios de seu povo. O eco oriundo da vocalização das contradições internas de uma sociedade e o enfrentamento das feridas abertas de uma coletividade jamais deve ser ignorado. A doutrina jurídica constitucional e a ciência política moderna não relutam em admitir que enxergar a democracia contemporânea como fruto de lutas e reivindicações populares é um bom começo para as mais variadas reflexões que podem ser extraídas das experiências desse tipo de regime de governo.

Em vista disso, partindo de um debate acerca da fundamentalidade do direito de protestar, que ressalta a valorização das reinvindicações sociais, os capítulos que estruturam este texto buscam evidenciar que esse direito e as manifestações populares devem ser enxergados, por todos os brasileiros, como pressupostos intrínsecos de um saudável modelo democrático.

Ao Brasil, que se configura como um Estado Democrático de Direito desde o ano de 1988, é imperativo garantir um direito de protestar aos seus cidadãos. Embora o direito de manifestação popular se encontre entre os temas de interesse das ciências jurídicas que gozam de tímidas divergências doutrinárias acerca de seu conceito, amplitude e importância são justamente elas, e uma notável carência de aprofundamento sobre as questões oriundas de seu exercício, que fazem ser pertinente discutir a respeito da fundamentalidade do protesto para as atuais democracias.

De antemão é preciso explicitar que o ordenamento jurídico brasileiro não garante expressamente um direito de protesto social. Contudo, não há de se questionar sua existência e relevância dada a constatação, copiosamente defendida ao longo do texto, de que a essência dos protestos se externaliza por meio dos desdobramentos interpretativos da combinação de três garantias fundamentais de liberdade elencadas no Art. 5º da Constituição Federal Brasileira (CF/88).

Logo, as discussões aqui propostas se amparam na perceptível dificuldade de acesso à literatura especializada a respeito do tema, na falta de previsão expressa na CF/88 (e consequentemente na legislação infraconstitucional) bem como no caráter ineficaz ou

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de mera perturbação comumente atribuídos às manifestações de rua por uma parcela considerável de nossa população. Além de discutir um dos pilares da democracia moderna e frisar a real importância a ser dada ao direito de protestar, este trabalho intenta propiciar reflexões acerca das formas legítimas de ampliação, por vias extra institucionais, da participação do povo nas decisões cotidianas da política institucional.

2. NOÇÕES CONCEITUAIS E REVESTIMENTOS DE LEGALIDADE: AFINAL, QUÃO FUNDAMENTAL É O DIREITO DE PROTESTAR PARA A DEMOCRACIA?

Tendo como premissa uma livre associação da expressão direito ao protesto com o que comumente se entende por manifestação popular, ao nos dispormos a examinar os significados atribuídos ao verbo protestar, uma pesquisa em um dicionário de língua portuguesa indicará a natural predisposição de o relacionarmos com as palavras rebelião, insurreição, brado e clamor (FERREIRA, 2001). No mesmo sentido, outra formulação, também encontrada no dicionário, é a de que protestar consiste em "reclamar com veemência." (FERREIRA, 2001, p. 564).

Embora pertinentes as acepções apresentadas pelo parágrafo anterior, compreender o significado isolado do verbo protestar não nos é suficiente e ainda pode representar um reducionismo pejorativo acerca do entendimento do conceito. Ao refletirmos sobre o direito de protestar devemos ter em mente que seu exercício extrapola a noção de mera reclamação ou reinvindicação de algo, vez que protestos são "verdadeiras janelas para a manifestação da democracia" (GODOY, 2011, p. 119) e servem como demonstrativo de que "é somente no dissenso que a democracia é verdadeiramente constituída e operada" (GODOY, 2011, p. 119).

Logo, o presente texto procura discutir acerca da importância concedida pelo cidadão brasileiro, que a ele tiver acesso, ao direito de protestar e às manifestações populares. Salienta-se que, mesmo reconhecendo a possibilidade de este ser mais amplo do que aquele, esta não é uma questão a ser aqui analisada. Os termos foram utilizados como sinônimos no decorrer dos parágrafos.

Ao longo das pesquisas bibliográficas para formação do referencial teórico deste trabalho foi possível verificar que o direito de protestar não se encontra entre temas com expressiva discussão doutrinária no Direito. A perceptível carência de aprofundamento sobre as questões oriundas do exercício do direito de protestar se constitui como um dos motivos que fazem ser pertinente a análise aqui proposta.

É importante destacar que há a impossibilidade de elencar e tecer comentários sobre todas as maneiras que o direito de protesto pode ser entendido ou todos os enfoques que a ele podem ser atribuídos. Contudo, as ideias apresentadas a seguir não possuem a pretensão de serem excludentes entre si e quanto mais ampla for a noção deste

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

instituto jurídico, mais qualificada poderá ser a consciência democrática de quem decidir compreendê-lo.

Não sendo você alguém que elegeu o direito como a área do conhecimento humano merecedora de sua atenção e disposição exploratória, e se, porventura, a consecução de fins úteis não se fizer a única razão pela qual novos conhecimentos passam a constituir seu repertório, a leitura da Constituição Brasileira, por mais despretensiosa que seja, se mostra bastante valiosa. A aventura proporcionada pelas ideias que constituem ou configuram a maneira que conhecemos "nosso país de agora" pode ser interessante.

É importante compreender que a Constituição Federal não faz uso das expressões protesto e manifestação com a finalidade de restar caracterizado algum tipo de direito ou garantia específica de protestar. De fato, a CF/88 não estabelece de maneira expressa uma garantia ao cidadão brasileiro de insurgir, individualmente ou de maneira conjunta, nos momentos em que julgar necessária a externalização de suas ideias sobre determinado tema (FUGAÇA; LORENZETTO, 2019).

Contudo, em posse dessa informação, não devemos encarar o protesto como um "não direito", vez que o texto constitucional possui "contrapartidas necessárias para que o protesto possa ser revestido de legalidade" (FUGAÇA; LORENZETTO, 2019, p. 2).

Seguindo a mesma linha de pensamento dos autores supracitados, a organização não governamental (ONG) de Direitos Humanos Artigo19[168] enfatiza o caráter de direito fundamental do protesto e das manifestações públicas no caderno "Exercendo direitos em protestos", publicado no site brasileiro da ONG, e ressalta sua importância para a saúde das democracias ao considerá-los "a base prática e funcional do sistema democrático" (MARQUES; VALENTE, 2020, p. 20).

A partir da leitura da Artigo19, bem como de pesquisas acadêmicas que versam sobre a maneira como a constituição brasileira trata o direito de manifestação popular, é possível afirmar que o revestimento de legalidade do direito ao protesto tem seu núcleo essencial amparado na junção de três liberdades garantidas por incisos do Art. 5º da CF/88, a saber: a liberdade de expressão, nos incisos IV e IX; a liberdade de reunião, no inciso XVI e a liberdade de associação, no inciso XVII.

Para aferirmos a amplitude de um direito que é composto pela aglutinação de outros direitos, uma análise de seus elementos constitutivos se faz necessária. Começando

168 "A ARTIGO19 é uma organização não-governamental de direitos humanos nascida em 1987, em Londres, com a missão de defender e promover o direito à liberdade de expressão e de acesso à informação em todo o mundo. Seu nome tem origem no 19º artigo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU. Com escritórios em nove países, a ARTIGO19 está no Brasil desde 2007 [...]". Texto retirado da seção "Quem Somos" encontrada no site: https://artigo19.org/sobre/.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

pela liberdade de expressão, o texto constitucional, no inciso IV do Art. 5º, dispositivo que por vezes pode ser enxergado como um tipo de "cláusula geral" (SARLET, 2018, p. 518) da liberdade de expressão, se limita a dizer que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (BRASIL, 1988).

Pelo fato de conciso ser o texto constitucional cabe à doutrina jurídica a missão de esmiuçar as questões oriundas de tal garantia fundamental. Inegável é a importância da liberdade de expressão para o ordenamento jurídico de nosso país, a ponto de ela ser considerada "um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos" (BRANCO, 2019, p. 405).

Partindo de um conceito mais amplo, "a liberdade de expressão consiste, mais precisamente, na liberdade de exprimir opiniões, portanto, juízos de valor a respeito de fatos, ideias, portanto, juízos de valor sobre opiniões de terceiros [...]" (SARLET, 2018, p. 520).

É válido destacar também o caráter transindividual da liberdade de expressão e sua íntima relação com o princípio universal da dignidade da pessoa humana e com o Estado Democrático de Direito, como bem explicitado por Ingo Wolfgang Sarlet (2018, p. 523):

> [...] a liberdade de expressão, para além de um direito individual (na condição de direito subjetivo), representa, como já frisado, um valor central para um Estado Democrático de Direito e para a própria dignidade humana, na qual, como já visto, encontra um dos seus principais fundamentos (senão o seu principal fundamento). Assim, em função de tal circunstância, cuida-se de um valor da comunidade política como um todo, e nesta perspectiva a liberdade de expressão adquire uma dimensão transindividual, como, de resto, já se verificou, ocorre em termos gerais com os direitos fundamentais na sua perspectiva objetiva.

Não menos importante do que a primeira, a segunda liberdade que constitui a ideia de um direito fundamental ao protesto é a liberdade de reunião. Como fora exposto anteriormente, tal liberdade é encontrada no inciso XVI do Art. 5º da Constituição Federal que dispõe:

> todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente; (BRASIL, 1988).

Tratada da mesma maneira que o direito de liberdade de expressão ou manifestação do pensamento, a liberdade de reunião é vista pela doutrina constitucional pátria como uma garantia "umbilicalmente ligada à democracia" (NUNES JÚNIOR, 2017, p. 903) e à república.

Ao se debruçar sobre o tema, Paulo Gustavo Gonet Branco afirma que a liberdade de reunião "pode ser vista como instrumento da livre manifestação de pensamento, aí incluído o direito de protestar" (BRANCO, 2019, p. 446).

Sem adentrarmos ao complexo e extenso tema a respeito dos parâmetros de limitação de uma garantia constitucional, percebemos a pacificidade esperada do exercício da liberdade de reunião, bem como se tornam identificáveis os seus elementos, sendo eles: a pluralidade de participantes; o tempo ou duração; sua finalidade e o lugar escolhido para a realização do ato (MORAES, 2018).

No mesmo sentido, o requisito de impossibilidade de frustração de outra reunião convocada anteriormente à que se deseja realizar deve sempre ser observado. Retornando nosso olhar à importância desta garantia, dignas de destaque são as palavras de André de Carvalho Ramos, que elucida que a liberdade de reunião deve ser vista como "direito-meio" uma vez que ela "viabiliza a liberdade de expressão e a liberdade de associação, permitindo a participação da sociedade civil na vida política e social" (RAMOS, 2020, p. 524).

A última liberdade de que trataremos é a de associação. Associações, em sentido amplo, podem ser entendidas como coligações de pessoas "em caráter estável, sob uma direção comum, para fins lícitos" (BRANCO, 2019, p. 455). O Art. 5º da CF/88, em seu inciso XVII determina que "é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar" (BRASIL, 1988).

Segundo José Afonso da Silva (2016), sobre o dispositivo constitucional analisado, é possível indicar a base contratual, a permanência (que diferencia a liberdade de associação da de reunião) e o fim lícito como elementos constitutivos da associação. Quanto à abrangência da garantia constitucional em exame o mesmo autor aponta que ela contém quatro direitos distintos:

> [...] o de criar associação (e cooperativas na forma da lei), que não depende de autorização; o de aderir a qualquer associação, pois ninguém poderá ser obrigado a associar-se; o de desligar-se da associação, porque ninguém poderá ser compelido a permanecer

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> associado; e o de dissolver espontaneamente a associação, já que não se pode compelir a associação a existir. (SILVA, 2016, p. 269-270).

Assim como o que fora apontado nos parágrafos anteriores, é inegável a importância da liberdade de associação para o atual constitucionalismo brasileiro (BRANCO, 2019). O papel desempenhado pelas associações na constituição do direito de protestar está na facilitação da obtenção ou reclamação por algo, visto que "quando não podem obter os bens da vida que desejam, por si mesmo, os homens somam esforços [...]" (BRANCO, 2019, p. 455) e o resultado da aludida junção de interesses é justamente a associação:

> Associando-se com outros, promove-se maior compreensão recíproca, amizade e cooperação, além de se expandirem as potencialidades de autoexpressão. A liberdade de associação propicia autoconhecimento, desenvolvimento da personalidade, constituindo-se em meio orientado para a busca da autorrealização. Indivíduos podem-se associar para alcançar metas econômicas, ou para se defenderem, para mútuo apoio, para fins religiosos, para promover interesses gerais ou da coletividade, para fins altruísticos, ou para se fazerem ouvir, conferindo maior ímpeto à democracia participativa. Por isso mesmo, o direito de associação está vinculado ao preceito de proteção da dignidade da pessoa, aos princípios de livre iniciativa, da autonomia da vontade e da garantia da liberdade de expressão. (BRANCO, 2019, p. 455-456).

Para além das garantias constitucionais já apresentadas e comentadas, a fundamentalidade do direito de manifestação e do protesto social também se ampara nas importantes noções constitutivas do que comumente é chamado pela doutrina jurídica e política de direito de resistência. Como bem explicitado por Fernando Antônio Alves (2014), o exercício do direito de protestar, historicamente, se fundamenta no conceito de resistência. Entende-se por resistência: "todo movimento popular de questionamento do poder, traduzindo-se num direito político, por excelência, que se desdobra no ordenamento jurídico de um povo a partir do reconhecimento ou não de direitos [...]" (ALVES, 2014, p. 137).

O autor também aponta a boa relação mantida por democracias saudáveis com as manifestações populares e que isto é claramente percebido através da maneira em que o Estado e as autoridades que o representam lidam com a expressão da não conformação de algum grupo de pessoas dado que "[...] os contornos da resistência e a reação estatal diante de formas de manifestação popular a questionar a ordem estabelecida é que irão diferenciar modelos democráticos ou autoritários de Estado" (ALVES, 2014, p. 137).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A história autoritária do Estado Brasileiro deve sempre ser considerada quando nos dispomos a compreender a desconfiança atribuída ao protesto tanto pelo Estado quanto pelos cidadãos brasileiros.

> Como o Brasil é uma democracia ainda em fase de amadurecimento, levando em conta seu passado autoritário e as sucessivas cartas constitucionais que se seguiram até a consolidação de um novo modelo de Estado democrático, a partir da Constituição de 1988, muito ainda terá que ser visto e concebido, até que no país manifestações e protestos de rua não sejam vistos como objeto de repressão estatal pura e simples, mas sim como mais uma das formas de exercício da cidadania, dentro de um espaço público que permita o debate político, mesmo que não seja da forma legalmente prevista pelo poder político oficial (ALVES, 2014, p. 170).

Podemos, assim, construir uma reflexão acerca do entendimento de resistência como "ferramenta legítima de superação das desigualdades sociais, que, embora repreendida e criminalizada pelo sistema normativo burguês, deve ser realizada tendo em vista a necessária construção de uma sociedade realmente livre e democrática" (CASTILHO, 2011, p. 40).

Dentre os autores que se destacam por dedicarem seus estudos sobre a temática, Roberto Gargarella (2005) se mostra muito importante para a estruturação do conceito de resistência que se pretende alcançar aqui. Na obra intitulada "*El Derecho a la Protesta*" o jurista argentino defende veementemente a ideia de que do direito de protestar emanam as prerrogativas de exigir a recuperação de outros direitos, o que faz com que a garantia ao protesto seja por ele chamada de "primeiro direito".

Diante do exposto, é inegável a íntima relação mantida entre a resistência e grupos marginalizados socialmente. Afinal, eles encontram nela o meio necessário para se fazerem ouvidos na sociedade que historicamente os marginaliza, como bem observado por Natalia Martinuzzi Castilho (2011) ao analisar as ideias de Roberto Gargarella.

> O autor entende a atitude positiva de certos grupos em pôr um fim à situação de sofrimento e violação de direitos a partir dessa perspectiva, ao analisar o exemplo de famílias sem-teto, ou sem-terra usam uma propriedade em desuso com o objetivo de manter seus direitos básicos de comida e abrigo. Considera do mesmo modo a iniciativa desses grupos em realizar protestos para pressionarem o Estado a atender suas reivindicações. (CASTILHO, 2011, p. 46).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O protesto e a resistência não podem ter seu núcleo de existência dissociado do princípio da igualdade, previsto no caput do Art. 5º da CF/88, a saber: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]" (BRASIL, 1988). Acerca disso, Godoy (2011, p. 119) destaca:

> Se o Direito pretende honrar a promessa de tratar a todos como iguais, deve assegurar então àqueles que hoje são excluídos um tratamento mais atencioso. Enquanto isso não acontece, o Direito deve dar especial proteção aos que reclamam por ser tratados como iguais e deve, portanto, proteger e não calar os protestos.

Portanto, a resistência, as manifestações e o protesto se mostram reais instrumentos da pretendida obtenção de uma igualdade concreta, real e democrática, vez que em uma democracia o respeito ao princípio da igualdade detém o papel de "[...] determinar que todas as pessoas possuem a mesma dignidade e valor moral [...] todo sujeito tem o igual direito de interferir nas discussões e decisões públicas sobre os rumos de sua comunidade" (GODOY, 2011, p. 126).

3. AMPLIANDO DA NOÇÃO DE PARTICIPAÇÃO POLÍTICA: POR UMA DEMOCRACIA MAIS PARTICIPATIVA

Ao analisar de maneira histórica as funções desempenhadas pela ciência do direito é possível chegar à conclusão de que ela assumiu progressivamente o papel de encontrar possíveis soluções aos conflitos oriundos das, a cada dia mais complexas relações humanas. Pode-se constatar, portanto, que a importância do direito de manifestação para as democracias se ampara nas realidades fáticas do Brasil e do mundo como bem apontado por Fernando de Brito Alves e Jairo Neia Lima (2017):

> Os últimos anos têm sido marcados pela constante emergência de grandes manifestações populares como a Primavera Árabe, o Occupy Wall Street, a Revolta do Guarda-Chuva em Hong Kong, entre tantas outras. No Brasil, junho de 2013 retratou a ocupação das ruas por milhares de pessoas. [...] Nos últimos dois anos, a questão da corrupção e do impeachment levaram às ruas milhares de pessoas, seja para apoio ou discordância com as decisões políticas tomadas cada vez mais em foros afastados da participação popular. (ALVES; LIMA, 2017, p. 47).

Aprofundando-nos na ideia de que o direito possui, necessariamente, um caráter conciliatório, como já dito anteriormente, dentre os numerosos problemas enfrentados por

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

esta ciência social está a garantia da coexistência e convergência de pensamentos antagônicos, onde reside a garantia do direito de protesto e manifestação. Tudo isso corrobora para demonstrar a grande importância deste direito em um Estado Democrático de Direito. Para a pesquisadora Ana Amélia Penido Oliveira (2019):

> [...] entende-se que dentro de um Estado Democrático deve caber uma pluralidade de pensamentos e grupos políticos, tendo a sua existência e possibilidade de associação, reunião e de fazer lutas garantidas e asseguradas enquanto Direito. Considerando a heterogeneidade desse tipo de sociedade apontamos ser inerente a existência dos conflitos sociais, pois são através deles que muitas vezes ficam latentes as reivindicações e divergências entre os grupos políticos. [...] Sendo assim, enfatizamos que as lutas sociais são essenciais para manter a vitalidade de um Estado Democrático de Direito. (OLIVEIRA, 2019, p. 16).

A doutrina constitucional brasileira, bem como a ciência política moderna, não reluta em admitir que enxergar a democracia contemporânea como fruto de lutas e reivindicações populares é um bom começo para as mais variadas reflexões que podem ser extraídas das experiências obtidas por meio desse tipo de regime de governo (TRINDADE, 2018). A maneira como uma nação valoriza, garante e exerce o direito de protesto e manifestação em seu território está umbilicalmente ligada com a forma em que é tratada a participação política por este mesmo corpo social.

No primeiro artigo da CF/88 pode ser evidenciado, ao utilizar a expressão "todo poder emana do povo", que a democracia, em seu sentido amplo, deve ser tida como um dos princípios fundamentais de nossa república, fato denominado pela doutrina constitucional como princípio democrático (MORAES, 2020). A noção de que, em nosso Estado, o povo é o primeiro detentor de soberania é um dos desdobramentos lógicos deste princípio democrático.

Manifestações populares se configuram como pressuposto intrínseco de uma experiência democrática saudável (OLIVEIRA, 2019). Portanto, cabe ao Brasil, que se configurou como um Estado Democrático de Direito através da Carta Constitucional de 1988, a missão de garantir livre exercício do direito de protesto e manifestação e assim integrar, de maneira mais efetiva, seus cidadãos nos processos decisórios do país.

> O pensamento contemporâneo sobre democracia tende a revalorizar a participação política como forma de ressignificar a democracia existente, retomando o desafio de como incluir diretamente a população no processo decisório, ainda que isso implique em

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> repensar o funcionamento tradicional das instituições (OLIVEIRA, 2019, p. 29).

Em complemento à ideia de que o Estado deve garantir e viabilizar aos seus cidadãos a livre expressão de descontentamento com a ordem posta, em maior ou menor grau, é imprescindível à saúde de um regime democrático que os habitantes do local que elege a democracia como modelo de regime de governo mantenham uma sólida relação com a política interna de seu país, para além do exercício do direito ao voto, uma vez que "[...] o desestímulo do povo à participação dos assuntos de interesse público é uma forma de desvalorizar o seu poder o que resulta na sua perda" (TORRES; VIANA, 2017, p. 65-66).

Como já apontado anteriormente, o Brasil, que sofre os reflexos de seu período ditatorial até os dias de hoje, não será capaz de ter uma real experiência democrática se a participação ativa de seu povo na política continuar a ser desestimulada da maneira como ela é na atualidade. Assim, "um novo pacto democrático só se efetivará com uma nova relação entre o povo e a política, o que depende de uma nova configuração de ambos" (PINTO, 2017, p. 480). A dificuldade de tornar mais ampla a ideia de participação política, por nós enfrentada há muitos anos, é explicitada por Tiago Aparecido Trindade:

> [...] um dos principais desafios que interpela os cientistas políticos no presente contexto em relação a este debate parece ser o de avançarmos em uma concepção de participação política mais ampla, que seja capaz de conceber as ações de protesto (sejam elas promovidas por movimentos organizados ou não) como formas legítimas de participação no contexto de um ordenamento democrático. (TRINDADE, 2018, p. 14).

Ao analisarem a tensão mantida entra a soberania popular e o Estado de Direito (como uma das consequências do constitucionalismo moderno), os pesquisadores Vera Karam de Chueiri e Miguel G. Godoy (2010) destacam, através das ideias de Roberto Gargarella, a necessidade de inclusão dos anseios de quem está à margem dos processos de tomada de decisões na política institucional.

> As sociedades plurais requerem mais do que uma simples representação ou deliberação. É preciso uma ampla representação e uma ampla deliberação e isso só é alcançado por meio da inclusão institucional daqueles que estão à margem do processo deliberativo (GARGARELLA,1998, p. 274 *apud* CHUEIRI; GODOY, 2010, p. 171).

Assim, acredita-se que a ideia de que um dos meios possíveis para tornar o anseio de uma maior inclusão social algo concreto e efetivo é, sem dúvidas, a valorização do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

direito de protestar, que nem em mera elucubração conceitual deve ter a possibilidade de seu exercício totalmente impedida.

4. CONCLUSÃO

Indignações, quando demonstradas, mesmo que de maneira fundamentada e pacífica, tendem a causar desconforto, em maior ou menor grau, em quem se dispõe a ouvir. Da convicção de que não somos ensinados, e, por consequência, não incentivados, a externar com veemência aquilo que nos assola, incomoda, fere e, porventura, restringe nossas possibilidades de existir no mundo, é que se deu a concepção inicial do conjunto de ideias que viriam a formar este texto.

Embora seja inviável esgotar todas as possibilidades de descrever algo, dado que qualquer conceito se mostra incompleto em algum grau ou sob alguma ótica, este trabalho facilita o encontro das condições necessárias à compreensão do instituto jurídico do direito de protestar e se manifestar, com aqueles que, porventura, nele se aventurarem.

Após termos contato com as noções de liberdade de expressão, associação e reunião, é imperiosa a conclusão de que é justamente de um sentido amplo de liberdade, princípio democrático por excelência, que se retira a fundamentalidade do direito de manifestação popular, contido implicitamente na Constituição Federal Brasileira. Quanto à devida valorização a ser dada pelo povo ao protesto, restou evidenciado que não há de se falar em democracia saudável quando uma boa relação com o direito de resistência não se fizer realidade no imaginário dos cidadãos e nas práticas das instituições componentes do Estado.

Dados os apontamentos postos até aqui, é possível considerar o direito de protestar como um pilar da democracia moderna e que, por isso, o exercício deste direito é algo que deve ser incentivado uma vez que ele contribui de maneira bastante positiva para a formação de uma visão coletiva e crítica acerca da participação direta do povo na discussão dos assuntos que lhe interessa. Conclui-se, por fim, que a redução da participação política ao momento do voto, como pode ser facilmente percebido no imaginário do brasileiro, oferece um imenso risco à democracia.

5. REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando Antônio. **Movimentos Sociais, Direito de Resistência e Normatividade**: a Resistência Civil em Conflito com a Lei e a Ordem nos Movimentos de Protesto, no Âmbito do Estado Constitucional. In: Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito, vol. 9, n. 1 – PPGDir UFRGS, 2014. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ppgdir/article/view/44721/35165>. Acesso em: 04 de outubro de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ALVES, Fernando de Brito; LIMA, Jairo Neia. **Quando o poder constituinte desafia os poderes constituídos**: uma abordagem filosófica sobre a confiança democrática na desobediência civil e no direito ao protesto social. In: Revista Brasileira de Direito, v. 13, n.1, p. 45-59, 30 de mar. 2017. Disponível em: <https://seer.imed.edu.br/index.php/revistadedireito/article/view/1790>. Acesso em: 08 de agosto de 2021.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Direitos fundamentais em espécie: Liberdades**. In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de direito constitucional. 14, ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. p. 404-482.

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

CASTILHO, Natalia Martinuzzi. **O direito de resistir ao direito**: **a experiência do Movimento dos Conselhos Populares (MCP) na ocupação Raízes da Praia e os limites e possibilidades da afirmação constitucional do direito de resistência**. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Ceará, 2011. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/33732>. Acesso em: 15 de setembro de 2021.

CHUEIRI, Vera Karam de; GODOY, Miguel G. **Constitucionalismo e democracia**: **soberania e poder constituinte**. Revista Direito GV, v. 6, n. 1, p. 159–174, jun. de 2010. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/R4fdDzgNCj6Y7ms4PgQXmhP/?lang=pt>. Acesso em: 01 de outubro de 2021.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, 1910-1989. **Miniaurélio Século XXI Escolar**: O minidicionário da língua portuguesa / Aurélio Buarque de Holanda Ferreira; coordenação de edição, Margarida dos Anjos, Marina Baird Ferreira; lexicografia, Margarida dos Anjos... [et. al.]. 4. ed. rev. ampliada. – Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2001.

FUGAÇA, Abner Arias; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Elementos a respeito do direito fundamental ao protesto**. In: VI Jornada de Direitos Fundamentais, V.2 – Rede interamericana de Direitos Fundamentais e Democracia, 2019. Disponível em: <https://www.unifor.br/documents/392178/3101527/GT6+Bruno+Meneses+Lorenzetto+e+Abner+Arias+Fugaca.pdf/7ae84e89-17ed-ceeb-e30a-277e46cbee97>. Acesso em: 25 de agosto de 2021.

GARGARELLA, Roberto. **El derecho a la protesta: El primer derecho**. 1. ed. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2005.

GODOY, Miguel Gualano de. **Constitucionalismo e democracia**: **uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella**. Dissertação (Mestrado) – Universidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Federal do Paraná, 2011. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/25553>. Acesso em: 04 de agosto de 2021.

MARQUES, Camila (Coord.); VALENTE, Laura (Coord.). **Exercendo direitos em protestos**. Artigo19, 2020. Disponível em: <https://artigo19.org/2020/11/18/caderno-exercendo-direitos-em-protestos/>. Acesso em: 20 de setembro de 2021.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 1. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

OLIVEIRA, Ana Amélia Penido. **As ruas em disputa: entre o direito ao protesto e a perturbação da ordem**. Tese (Doutorado em Relações Internacionais) – UNESP; UNICAMP; PUC-SP; Programa de Pós-Graduação em Relações Internacionais San Tiago Dantas, 2019. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/handle/11449/180879>. Acesso em: 11 de outubro de 2021.

PINTO, Célia Regina Jardim. **Tempos de pós-democracia**: **ausência do povo.** Revista Tempo e Argumento, v. 9, n. 21, p. 472–481, 27 set. 2017. Disponível em: <https://revistas.udesc.br/index.php/tempo/article/view/2175180309212017472>. Aesso em: 30 de setembro de 2021.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos Fundamentais em espécie**. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. Curso de Direito Constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 417-841.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 39. ed. ver. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

TRINDADE, Thiago Aparecido. **Os limites da democracia: a legitimidade do protesto no Brasil Participativo**. Revista Brasileira de Ciências Sociais, v. 33, n. 97, 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/KRp5hTksByjYxQRbY5vDNLJ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 18 de agosto de 2021.

TORRES, Vivian de Almeida Gregori; VIANA, Waleska Cariola. **Os mecanismos necessários para a manutenção da democracia**. Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos, v.3, n.1, p. 61-81, jan./jun. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/2075>. Acesso em: 03 de outubro 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

APLICABILIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE PRORROGADO COM ÊNFASE AO INSTITUTO DA AÇÃO CONTROLADA E INTERVENÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA

MURILO HELLOIN DE HOLANDA SERRA:
Bacharelando em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO

RESUMO: A análise feita no presente artigo, almejou-se buscar informações sobre a prisão em flagrante, seus conceitos, espécies e sua natureza jurídica, focando na modalidade de prisão em flagrante prorrogado, e os meios de investigação, como a ação controlada e as infiltrações dos agentes, ferramentas essas utilizadas pela polícia judiciaria no combate contra o crime organizado. Trazendo ainda, um breve histórico contendo a origem e evolução das organizações criminosas, e o surgimento da lei 13.964/19 (pacote anticrime), que trouxe alterações nas leis, nº 12850/03 – Lei das Organizações Criminosas, nº 11.343/06 – Lei de Drogas e nº9.613/98 – Lei da Lavagem de Dinheiro, abordadas ao longo do artigo. Buscando ainda, comentar sobre o avanço da legislação em desfavor da criminalidade, sobre tudo, o crime organizado, tornando a severidade dais leis penais mais eficientes e tomando medidas para a ordem e segurança da população, relacionando-se, com criação de novas leis, programas de conscientização, orientação e divulgação para a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão em Flagrante. Flagrante prorrogado. Ação controlada. Legislação.

ABSTRACT: The analysis carried out in the present work aimed to seek information on the arrest in flagrante, its concepts and its legais nature, focusing on the modality of arrest in flagrante delicto, and the means of investigation, such as controlled action and agent infiltrations, these tools are used by the judicial police in the fight against organized crime. It also brings a brief history containing the origin and evolution of criminal organizations, and the emergence of law 13.964/19 (anti-crime package), which brought changes to the laws, nº 12850/03 – Law of Criminal Organizations, nº 11.343/06 – Law of Drugs and nº9.613/98 – Money Laundering Law, addressed throughout the article. Also seeking to comment on the advancement of legislation against crime, especially organized crime and the severity of criminal laws and the measures taken for the order and security of the population in relation to the creation of new laws, awareness programs, guidance and dissemination. The study was carried out through surveys of bibliographic data from books, articles and websites, using a descriptive approach, which becomes an instrument of knowledge for those seeking clarification of doubts that arise in the various areas of knowledge, thus having to pass on to those who the clarifications that often remain unexplained are interested in the subject studied.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

KEYWORDS: Prison in Flagrante. Flagrant extended. Controlled action. Legislation.

SUMÁRIO: 1 – Introdução; 2 – Conceito de prisão em flagrante; 2.1 – Natureza jurídica da prisão em flagrante; 2.2 – Objetivos da prisão em flagrante; 2.3 – Características da prisão em flagrante prorrogado; 3 – Conceito, origem e evolução das organizações criminosas; 4 – Conceito de ação controlada, suas características e as leis que ela se aplica; 5 – O advento da lei 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME); 6 – Conclusão; 7- Referências.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1 - INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por finalidade apresentar a aplicabilidade da prisão em flagrante prorrogado em conjunto, com o instituto da ação controlada e a intervenção da polícia judiciária, tendo em vista vários noticiários nas mídias que versam sobre a violência que permeiam as organizações criminosas e que assolam a população brasileira diariamente, e com as crescentes formações de grupos organizados que ditam regras e aterrorizam a sociedade, promovendo um sentimento de impunidade e reflexão social.

Será firmado neste artigo, um breve histórico sobre o crime organizado até a atualidade, neste sentido será demonstrado o conceito e a aplicação da ação controlada, objeto de trabalho central para o meio de investigação pela polícia judiciária, visto que é notório os flagrantes crescentes, sejam por crimes nos mais diversos tipos, entre as organizações criminosas, tráfico de drogas e a lavagem de dinheiro, dessa forma é de grande importância entender como os grupos organizados agem no cotidiano da população brasileira e na vida profissional de quem presta serviço na segurança pública.

Desta forma, a presente pesquisa dividiu-se em 4 etapas, a primeira trata sobre os conceitos da prisão em flagrante, sua natureza jurídica, seus objetivos e a espécie flagrante prorrogado, a segunda etapa abordou sobre o conceito das organizações criminosas, contendo seu ponta pé inicial, sua evolução histórica diante de décadas e seu aperfeiçoamento ao passar do tempo.

A terceira etapa discorre sobre o instituto da ação controlada, seus conceitos e as leis que ela se aplica, quarta e última etapa aborda sobre o surgimento da lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime). Em vista disso, o interesse pelo estudo almeja-se contribuir para o entendimento e reconhecimento das leis que promovem a segurança pública, e sobre os meios utilizados pela polícia judiciária para investigar os crimes organizados.

2 - CONCEITO DE PRISÃO EM FLAGRANTE

A prisão em flagrante é aquela prisão em que o sujeito de regra é pego realizando o crime, ressalta-se que o flagrante não é apenas isso, tem características importante, como suas modalidades de flagrante, e basicamente, nós temos duas modalidades, o flagrante legal e doutrinários, quando se fala flagrante legal isso não

significa que as outras modalidades sejam ilegais, e sim flagrantes que se encontra de forma expressa na lei.

Conforme, aponta Lima (2018, p. 936):

> A expressão 'flagrante' deriva do latim *'Flagrare'* (queimar), e '*flagrans'*, 'flagrantis' (ardente, brilhante, resplandecente), que, no léxico, significa acalorado, evidente, notório, visível manifesto. Em linguagem jurídica, flagrante seira uma característica do delito, é a infração que está queimando, ou seja, que está sendo cometida ou acabou de sê-lo, autorizando-se a prisão do agente mesmo sem autorização judicial em virtude da certeza visual do crime. Funciona, pois, como mecanismo de autodefesa da própria sociedade.

O flagrante é subdividido em espécies, tendo assim, o flagrante próprio, flagrante impróprio, flagrante presumido, flagrante compulsório e o facultativo, esses são as modalidades conhecidas como flagrante legal. Por sua vez, também temos o flagrante doutrinário ou os flagrantes doutrinários, onde primeiro se destaca o flagrante esperado, posteriormente o flagrante prorrogado, que será abordado ao longo do artigo, flagrante provocado ou preparado e por último ainda a figura do flagrante forjado.

A prisão em flagrante tem seu primeiro dispositivo no código de processo penal, em seu Art. 301:

> "...Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito". (DECRETO-LEI Nº3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941).

Vale reforçar que na Constituição Federal no seu Art. 5, LXI, expõe:

> "...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". (CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988).

Relatando que qualquer um poderá prender o agente infrator cometendo o ato criminoso, desde que o infringente seja pego cometendo o crime em flagrante delito, ou no segundo caso dependerá de uma ordem fundamentada de um juiz, tendo como exceção a prisão em flagrante e prisão disciplinar dos militares, portanto é uma prisão que ocorre sem que tenha previamente uma ordem judicial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com relação as variações de prisões, a prisão em flagrante está inserida na modalidade de prisão provisória, categorizada com a natureza precautelar e pré-processual, sem necessitar de uma autorização escrita de autoridade competente, desde que a pessoa se encontre em determinadas circunstâncias expressamente previstas em lei. Assim, explicita Nicolitt (2014, p. 731):

> A prisão em flagrante não é propriamente uma prisão cautelar e sim precautelar, pois não se dirige a preservar o resultado final do processo visando tão somente a colocação do preso a disposição do juiz para que este adote ou não uma medida cautelar, ou seja, converta o flagrante em prisão cautelar.

A prisão em flagrante é utilizada para agir em uma circunstância de imediatismo para combater uma infração, apresentando assim as razões pela qual faz-se reprimir o ato apócrifo e fazer a coleta de provas.

2.1- Natureza jurídica da prisão em flagrante

A natureza jurídica da prisão em flagrante é caracterizada como, medida cautelar de caráter pessoal com restrição de liberdade, para tanto toma-se como requisito a responsabilidade cautelatória, levando-se sempre em consideração o Art. 302 do CPP, e as ponderações que venham a elas serem retiradas, nas quais serviram de propósito para serem analisadas posteriormente, para sua legalidade em ocasião.

Extraordinariamente enfatiza Lima (2018, p. 940):

> Sem embargo de opiniões em sentido contrário, pensamos que a prisão em flagrante tem caráter precautelar. Não se trata de uma medida cautelar de natureza pessoal, mas sim precautelar, porquanto não se dirige a garantir o resultado final do processo, mas apenas objetiva colocar o capturado à disposição do juiz para que adote uma verdadeira medida cautelar: a conversão em prisão preventiva a (ou temporária), ou a concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, cumulada ou não com as medidas cautelares diversas da prisão.

Desta forma, seguindo a corrente majoritária que defende o caráter jurídico da prisão em flagrante, sendo uma medida pré-processual ou precautelar, que se dá basicamente na primeira fase do processo criminal. A prisão em flagrante é uma ação administrativa e pode ser comandada por autoridade policial. Dessa forma, Lopes (2015, p. 608) explana que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> A prisão em flagrante é uma medida precautelar, de natureza pessoal, cuja precariedade vem marcada pela possibilidade de ser adotada por particular ou autoridade policial, e que somente está justificada pela brevidade de sua duração e o imperioso dever de analisar em até 24h, onde cumprirá ao juiz analisar sua legalidade e decidir sobre a manutenção da prisão (agora como preventiva) ou não.

Vale ressaltar para que na ocasião do ato, evitem ou minimize maiores danos decorrentes do crime, é necessário embasamento do artigo 302 do Código de Processo Penal-CPP:

> [...] flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoal, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração" (DECRETO-LEI Nº 3.689, 1941).

MARCÃO (2019) discorre ainda que, a excepcionalidade da prisão em flagrante se encontra descrita no art. 5º, LXI, da CF. Diante do que a Constituição Federal explicita, toda prisão tem que ser acompanhada de ordem expressa da autoridade judiciária competente, onde deverá ser respeitada a presunção de inocência, culpabilidade e estado de inocência, sendo assim, o infrator só será preso em flagrante delito.

2.2 - Objetivos da prisão em flagrante

Segundo Lima (2018) um dos objetivos da prisão em flagrante, é manter a ordem social e assegurar as garantias que a lei propõe para o cidadão, tem a necessidade de que seja aplicada as medidas de restrição de liberdade, assim assegurando a segurança em favor da sociedade como um todo, buscando um impulso entre a sociedade para predominar a segurança e a paz da população, mostrando assim não somente o destino, mais também a detenção dos desordeiros que vierem a cometer os delitos e desse modo fazer a aplicação da sanção penal.

Nesse sentido, para Marcão (2019, p. 699):

> O objetivo da prisão em flagrante – por nós identificado como a *colheita* da prova ardente – é que justifica a afirmação da necessidade dos requisitos apontados, visto que, assim compreendida, *tem por escopo garantir o resultado final do processo* ou ao menos influenciar positivamente na colheita de prova (ou parte dela) que servirá de base para sua instauração.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A prisão em flagrante dispõe-se sobre as evidências do instante em que a situação delituosa atual esteja se consumando, requer tanto atualidade, bem como visibilidade, ou seja, requer que o ato seja visto por alguém no momento exato para que identifique o evento crime, já a visibilidade em questão refere-se a um elemento especial para a concretização do ato, porém não é um elemento essencial a toda espécie de flagrante, considerando a possibilidade de ser efetuada a prisão do responsável, e que faça entender que seja o autor do ato criminoso. Portanto, flagrante em sentido próprio, estar em um quadro que seja o autor do crime.

Nesse segmento ensina Greco Filho (2013, p. 303):

> O flagrante é a situação, prevista na lei, de imediatidade em relação à pratica da infração penal que autoriza a prisão, independentemente de determinação judicial. Duas são as justificativas para a existência da prisão em flagrante: a reação social imediata à pratica da infração e a captação, também imediata, da prova.

Dessa forma, a prisão em flagrante é uma diligencia tomada para fazer a privatização da liberdade de um indivíduo que acaba de comete um crime, apoderando-se da natureza cautelar e processual, sem carência de ordem escrita de juiz absoluto, tendo assim uma resposta imediata ao delito passando para a sociedade uma ideia de segurança e impedir a evasão do sujeito para ter a sua identificação e em alguns casos, para impedir a consumação do crime ou de minorar as consequências do ato criminoso.

2.3 - Características da prisão em flagrante prorrogado

No flagrante prorrogado a autoridade policial judiciaria retarda a intervenção dos agentes e não efetua a prisão naquele momento, esse meio de espera é necessário para ter uma maior autonomia de investigação para obter um número maior de provas e identificar um número maior de envolvidos na organização, para assim fazer a intervenção e a prisão dos criminosos em um momento mais adequado diante dos atos infracionais cometidos, conhecida como ação controlada esta espécie de flagrante esta prevenido na lei 12.850/13 (Lei das Organizações Criminosas).

Conforme relata Renato Brasileiro (2018, p. 948):

> A Ação controlada consiste no retardamento da intervenção policial, que deve ocorrer no momento mais oportuno do ponto de vista da investigação criminal ou da colheita de provas. Também conhecida como flagrante prorrogado, retardado ou deferido, vem prevista na Lei de Drogas, na Lei de Lavagem de Capitais e na nova Lei das Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/13).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Atualmente as organizações criminosas estão cada vez mais especializadas envolvendo cada vez mais pessoas, assim a polícia judiciária deve ter cuidado redobrado com o intuito de obter maior embasamento de vestígios probatórios. Assim a prisão em flagrante devera obedecer a critérios mais rígidos para ter um cenário mais objetivo em relação as operações e atuações das organizações criminosas. Dessa forma a autoridade policial tem um conhecimento mais aprofundado sobre o universo que envolver essa ação delituosa e ter êxito para aplicar a prisão.

Ainda se denomina o flagrante prorrogado, a ação policial que monitora e controla as ações desenvolvidas no âmbito das citadas organizações criminosas. A ação será controlada, postergando o flagrante para um momento de maior visibilidade e de maior oportunidade de angariar provas para a persecução penal.

Segundo Távora (2015, p. 835):

> É um flagrante de feição estratégica, pois a autoridade policial tem a faculdade de aguardar, do ponto de vista da investigação criminal, o momento mais adequado para realizar a prisão, ainda que sua atitude implique na postergação da intervenção. Mesmo diante da ocorrência da infração, pode-se deixar de atuar, no intuito da captura do maior número de infratores, ou da captação de um maior manancial probatório.

De fato, a prisão em flagrante prorrogado é aplicada necessariamente quando a investigação estiver focada nas práticas delituosas cometidas por organização criminosa ou, a qualquer ato relacionado a ela, não se valendo a quaisquer outra conjectura ilegal.

3 - CONCEITO, ORIGEM E EVOLUÇÃO DAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

O crime organizado é uma formação criminosa composta por vários integrantes e que há hierarquias entre eles, todos os membros dessa organização são remunerados, se reúnem para a prática de inúmeras ações criminosas com um único objetivo que é ter lucro, o crime organizado tem um plano de fundo na sua atuação, implantando a disseminação do ódio, medo, pânico, caos social e da ordem pública.

Sobre organização criminosa, sua origem, evolução e formas de organização verificaram que a população menos favorecida socialmente e financeiramente são alvos de recrutamentos para atuarem nas práticas das ações criminosas, sendo assim, promovendo uma renda familiar não tão justa, visto que são oportunidades não benéficas para as famílias promovendo cada vez mais a inequidade, ou seja a injustiça social.

Dessa forma, a lei 12.850/13 em seu primeiro artigo, relata definição de organização criminosa:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

Levando em consideração a criação da lei de orientação e punições para quem comete os crimes, e a caracterização para identificar as organizações criminosas no que diz respeito ao quantitativo de pessoas envolvidas para que sejam reconhecidas como associação criminosa.

Para especificar a origem histórica do crime organizado no contexto mundial não é das coisas mais fáceis, mais fazendo um apanhado dos pontos mais importantes envolvidas tem-se a ratificação dos delitos ocorrido no processo.

De acordo com Rafael Pacheco (2011, p. 22):

> Os relatos demonstram que algumas das organizações criminosas tradicionais conhecidas na atualidade, estas tratadas adiante, não eram inicialmente dedicadas a atividades criminosas. A maioria teve como nascedouro movimentos populares, o que facilitou sobremaneira sua aceitação na comunidade local, assim como o recrutamento de voluntários para o exercício de suas posteriores atividades ilícitas. As descrições mais remotas dessas associações podem ser identificadas no início do século XVI e tinham como fundo motivador e organizacional os movimentos de proteção contra as arbitrariedades praticadas pelos poderosos do Estado, em relação a pessoas que geralmente residiam em localidades rurais, menos desenvolvidas e desamparadas de assistência dos serviços públicos.

Diante da breve leitura da passagem, é óbvio que a origem do crime organizado se justifica de uma certa perspectiva. Logo ao decorrer do tempo as características também vão mudando, com todas as mudanças, as relações interpessoais, o poder e o dinheiro adquiriram uma dimensão considerável, tornando assim, o objetivo principal dos crimes organizados a exploração das instituições que se opunham em primeiro lugar. Dessa forma, essas instituições viraram uma oportunidade nos olhos dos criminosos para usar na pratica de crimes.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No Brasil, é importante frisar o momento histórico da formação do crime organizado nas décadas de 60 e 70, houve um grande êxodo rural de pessoas saindo do campo e indo para as cidades grandes evidentemente para os grandes centros urbanos, principalmente Rio de Janeiro e São Paulo, que acabaram muito saturados e por consequência as pessoas foram ocupando as regiões próximas a essas metrópoles acabaram formando favelas, ou seja, regiões periféricas a essas cidades, formando inúmeras comunidades em todas as regiões do brasil.

Essas regiões periféricas foram regiões muito carentes nas prestações de serviços públicos principalmente no serviço de segurança pública, serviços de habitação, a renda e emprego, tudo isso acabou fomentando ao crime, não que a pobreza e a desigualdade social causaram a criminalidade, mas acabou sendo um elemento que favorecendo a criminalidade.

Em decorrência disso, acorreu uma explosão no sistema carcerário brasileiro, em razão de grandes índices da criminalidade e cada vez mais registrando a presença de pessoas do mesmo perfil, ou seja, moradores das periferias e boa parte deles negros e sem escolaridade, esses presos quando no interior do sistema prisional tiveram contato com vários presos da época da ditadura militar, e esses presos comuns acabaram se encontrando com esses presos políticos e passando grandes informações para aos presos comuns em termos de organização eram presos que entendiam muito de estruturação e organização de movimentos e isso foi crucial para o surgimento do crime organizado no Brasil, como Descreve Carlos Amorim (2006, p.92):

> Na Ilha Grande, enquanto os presos comuns traficavam drogas, os presos políticos traficavam papéis e informações. A maioria dos depoimentos sobre a tortura no Brasil, divulgados no exterior, saiu de dentro de presídios. Muitas orientações e analises politicas partiam da Galeria B do Cândido Mendes para os poucos grupos que ainda restavam ativos na rua. Papéis saíam. Papéis entravam. O correio – como acontece ainda hoje para o Comando Vermelho carioca e o PCC paulista – sempre esteve baseado nas visitas de parentes e advogados dos presos políticos.

Outro fator importante foi o tráfico de drogas que trouxe um lucro muito grande para as organizações criminosas, os presos começaram a se organizar e em decorrência disso obtiveram um retorno muito grande na venda dessas drogas ilícitas, o tráfico de droga foi durante a muitos anos e é até hoje o principal braço de atuação das organizações criminosas no Brasil.

Com a inteligência dos membros hierárquicos das organizações criminosas, foram se aperfeiçoando hoje lidam com inúmeros tipos de delitos e com outros meios que

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

acabam trazendo muito recursos para o crime organizado, é o caso do tráfico de armas, cigarros, falsificação de mercadorias, roubo a banco, roubo de cargas, desvio de verbas públicas e dá associação entre o crime organizado e o poder público, ou seja, inúmeros delitos para manter a principal base de atuação do crime organizado do brasil hoje que é o poder econômico.

Portanto as organizações criminosas formaram verdadeiro impérios no brasil e literalmente são empresas do crime, vale ressaltar que algumas dessas organizações criminosas criaram suas próprias leis tendo até sistema de previdências, como exemplo a facção criminosa PCC. O crime organizado é um problema global, não sendo algo que está somente no Brasil mais sim no mundo inteiro e as organizações criminosas se estende cada vez mais os seus domínios para fora dos países, ou seja, são elementos transnacionais indo de uma nação para outra.

4 - CONCEITO DE AÇÃO CONTROLADA, SUAS CARACTERÍSTICAS E AS LEIS QUE ELA SE APLICA

A ação controlada é uma técnica especial de investigação utilizada pelos agentes responsável, que retardar o acontecimento daquela ação mesmo tendo ciência dela para uma ocasião mais favorecida e aplicar a prisão, ou seja, poderá prender em flagrante uma pessoa em momento posterior, não naquele instante, onde o infrator está desempenhando o delito, em razão de ter mais oportunidade de coletar mais provas, identificar mais autores, partícipes de um crime e resgatar o produto daquele crime, o proveito daquela infração penal, inclusive no resgate de uma vítima com mais segurança.

No ordenamento jurídico brasileiro existe 3 tipos de leis especificas que vão tratar da ação controlada, sendo a primeira, a lei nº 12.850/2003, que trata das organizações criminosas, está precisamente no seu Art. 8º, posteriormente a lei de drogas nº 11.343/2006 no seu Art. 53, nos seus incisos I, II, parágrafo único e por último a lei de lavagem de dinheiro nº 9.613/1998, no seu Art. 1º, § 6, e o Art. 4º, B da mesma lei.

Da ação controlada segundo a lei de organizações criminosas no seu art. 8º consiste:

> "...em retardar a intervenção policial ou administrativa relativa à ação praticada por organização criminosa ou a ela vinculada, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz à formação de provas e obtenção de informações" (PLANALTO DA REPÚBLICA BRASILEIRA LEI Nº 12.850, DE 2 DE AGOSTO DE 2013).

Basicamente essas leis precisam ter previa autorização judicial, em relação a lei de organização criminosa em seu artigo 8º, exige somente que a autoridade que venha

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

realizar essa ação, comunique previamente as autoridades superiores que irá realizar essa ação de investigação de maneira controlada, ou seja, o conhecido flagrante postergado, mas não necessitará de autorização, somente dar a ciência ao poder judiciário para realizar a investigação.

Em relação a lei de drogas e da lavagem de dinheiro é necessário a autorização previa judicial, a autoridade que dará a autorização para a investigação poderá pedir mais detalhes dessa ação, como a identidade de quem será investigado e o que será investigado.

Da ação controlado decorrente da lei de drogas no seu Art. 53, fundamenta-se:

> "... em qualquer fase da persecução criminal relativa aos crimes previstos nesta Lei, são permitidos, além dos previstos em lei, mediante autorização judicial e ouvido o Ministério Público, os seguintes procedimentos investigatórios :I - a infiltração por agentes de polícia, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes; II - a não-atuação policial sobre os portadores de drogas, seus precursores químicos ou outros produtos utilizados em sua produção, que se encontrem no território brasileiro, com a finalidade de identificar e responsabilizar maior número de integrantes de operações de tráfico e distribuição, sem prejuízo da ação penal cabível. Parágrafo único. Na hipótese do inciso II deste artigo, a autorização será concedida desde que sejam conhecidos o itinerário provável e a identificação dos agentes do delito ou de colaboradores". (LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006).

Os procedimentos averiguados acima oportuniza a utilidade da ação controlada para ter uma investigação aprimorada e na obtenção de novas provas, assim se utilizando da infiltração de agentes para a investigação das organizações criminosas, focado principalmente contra o tráfico de drogas.

O crime de lavagem de dinheiro resumidamente é um conjunto de operações que tem por objetivo ocultar a origem do dinheiro ilícito das atividades criminosas, por meio de diversas formas, onde os autores pegam dinheiro sujo que vem de um crime e vão tentar dar vida a esse dinheiro.

Da ação controlada resultante da lei de lavagem de dinheiro, baseia-se em seu Art. 1º, § 6:

> "...Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. § 6º Para a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> apuração do crime de que trata este artigo, admite-se a utilização da ação controlada e da infiltração de agentes". (LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998).

Respectivamente o Art. 4º B, da mesma lei, abrange:

> "...A ordem de prisão de pessoas ou as medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores poderão ser suspensas pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata puder comprometer as investigações". (LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998).

Dessa forma, a ação controlada é um instrumento indispensável para o combate das organizações criminosas e grupos organizados, leis essas que teve alteração com o surgimento do pacote anticrime (Lei 13.964/19).

5 - O ADVENTO DA LEI 13.964/19 (PACOTE ANTICRIME)

O surgimento da lei 13.964/19, que teve sua vigência na data do dia 23 de janeiro de 2020, e sua sanção no dia 24 de dezembro de 2019. Lei essa que modificou e incluiu vários dispositivos nas leis atuais, tendo como princípio normativo o enrijecimento na luta ao crime e aperfeiçoamento das leis do ordenamento jurídico brasileiro, modificando a legislação para atual situação brasileira no combate as organizações criminosas (Lei nº 12850/13), lei de drogas (Lei nº 11.343/06) e lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/98), para assim, ter um país mais seguro e um sentimento de mais segurança e menos impunidade na sociedade.

As mudanças promovidas pela lei anticrime em relação a lei das organizações criminosas foi a adição de dois parágrafos no artigo 2º, o § 8 e § 9, onde no primeiro aborda se o sujeito for uma liderança dos grupos organizados, estiver armado ou que tenha acesso a armas deverá cumprir pena diretamente em prisões de segurança máxima. No outro parágrafo retrata que o condenado tendo ou não liderança no crime organizado, sentenciado por organização criminosa, ele não terá o privilégio da progressão de regime, livramento condicional ou a outros benefícios penais, se for caracterizado que teve elementos de provas suficientes, que o indivíduo faz parte ou tenha vinculo ao crime organizado, como aponta Nucci (2020, p. 151):

> A lei 13.964/2019 tornou mais rígido o cumprimento da pena de lideranças de organizações criminosas armadas ou que tenham armas à disposição. Para tanto determina que esses sentenciados devem iniciar o cumprimento da pena em estabelecimentos penais de segurança máxima.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, como demonstra Gonçalves (2020, p. 215) endurecimento de norma penal não se mostra eficaz, tratando-se de um Direito Penal Simbólico, feito para atender os clamores da população, que se sente insegura, muito pela sensação de sempre está exposta a criminalidade.

Outras importantes alterações na lei nº 12.850/13, foi um conjunto de normais incluída na parte destinada a contribuição premiada que teve o acréscimo dos artigos 3º-A, 3º- B e 3º C, a primeira mudança foi deixar clara a natureza jurídica da colaboração, antes da atualização da lei, dizia que a delação era um ensejo para obtenção de novas prova, agora com a lei 13.964/19, o dispositivo relata que a delação além de meios de obtenção de provas se tornou também um negócio jurídico processual.

Se antes a lei já dizia que era um meio de obtenção de provas e a jurisprudência já tomando partido dizendo que não dava para condenar só com a colaboração, agora está expresso na lei anticrime que altera a lei de organização criminosa, deixando claro que, só com a colaboração premiada não é possível recebimento de denuncia ou queixa, adoção de medidas cautelares e a sentença condenatória.

Na Lei de drogas (Lei nº 11.343/06), o pacote anticrime teve uma única mudança, onde foi acrescido no artigo 33º, § 1, o inciso IV, que veio corroborar o que já era tratado na jurisprudência, a lei agora diz que, nas mesmas penas do artigo citado acima, aquele que vende ou entrega droga, ou matéria prima destinada a produção da droga, para policial disfarçado desde que já exista indícios, ou seja, elementos de provas contundentes da pratica criminosa preexistente. Assim, se o policial disfarçado chega e o sujeito vai vender ou entregar a droga, já existindo elementos de provas que demonstrem a pratica do crime, em outras palavras, o traficante já estava transportando a droga, trazendo consigo ou qualquer outro meio, o flagrante é licito, pois o crime já estava ocorrendo, diferentemente do flagrante Preparado onde o policial provoca o sujeito a cometer o crime, entendimento do STF sumula 145, nesse caso não existira o crime.

De acordo com o julgamento do STF:

> EMENTA: "HABEAS-CORPUS". Flagrante preparado. Nulidade. Processo Penal. Precedentes do STF. Súmula 145. Não há crime na operação preparada de venda de droga, quando não preexiste sua posse pelo acusado. Fica descaracterizado o delito para o réu que tão só dele participou em conluio com policiais, visando a repressão ao narcotráfico. Ordem conhecida e deferida, para anular o acórdão condenatório e restabelecer a sentença absolutória de primeiro grau, cassada a ordem de prisão. (HC 70235, Relator(a): PAULO BROSSARD, Segunda Turma, julgado em 08/03/1994, DJ 06-05-1994 PP-10469 EMENT VOL-01743-02 PP-00372)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Na lei de lavagem de dinheiro ou lavagem de capitais (Lei nº 9.613/98), a mudança promovida pela lei anticrime, basicamente, foi apenas acrescentada no artigo 1º dessa lei, o parágrafo sexto, onde traz a possibilidade de se aplicar na investigação envolvendo a lavagem de dinheiro, dois institutos, a ação controlada e a figura do agente infiltrado. Dessa forma, antes da atualização da lei pelo pacote anticrime, não se fazia alusão a esses dois meios de investigação, agora a própria lei de lavagem de dinheiro já traz expressamente, independentemente de termos a organização criminosa, poderá ter a aplicação desses dos métodos para as investigações.

6 - CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos observados, o presente artigo, retratou sobre os conceitos e as características da prisão em flagrante, origem e evolução do crime organizado, e o surgimento da lei anticrime, tendo o enfoque na modalidade de prisão em flagrante prorrogado, utilizando-se da ação controlada e infiltrações dos agentes, ferramentas indispensáveis para o meio de investigação das organizações criminosas, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro.

A base central do trabalho foi apontar que ao decorrer do tempo o crime organizado teve um crescimento astronômico e seu desenvolvimento trouxe várias preocupações para as autoridades. Em vista disso, a legislação brasileira passou a adotar estratégias e alterações no ordenamento jurídico brasileiro para acompanhar os avanços dos grupos organizados, visto que, a cada momento estão mais categorizados e aperfeiçoados, tirando proveito das técnicas e recursos tecnológicos para o cometimento das infrações penais.

Conclui-se que, diante das alterações feitas na legislação brasileira é imprescindível que a segurança pública, dos governos federais, estaduais e municipais, se empenhe na função de resguardar a população trazendo segurança contra os infringentes. Oferecendo com as alterações nos diplomas legais um enrijecimento das normas para maior capacidade e eficiência na aplicação da lei contra os agentes violadores. Concretizando assim, para a sociedade ter um sentimento de mais segurança, proteção e prevenção contra os grupos organizados.

7 - REFERÊNCIAS

AMORIM, Carlos. **CVPCC: a irmandade do crime/** Carlos Amorim – 7ª ed.- Rio de Janeiro: Record, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS Nº 70235-0 RIO GRANDE DO SUL.** Impetrante Nelson Soares de Oliveira. Coator: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator Paulo Brossard. Brasília, DF, 08 de março de 1994. Diário da Justiça 06 de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

maio de 1994 Disponível em http://re-dir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=72294. Acesso em 19/10/2021.

BRASIL, Lei nº 12850/13 de 02 de agosto de 2013. **Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011- 2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 11/09/2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988**. art. 144**, disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25/09/2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. **Art. 5º da CF de 1998**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm, acesso 25/09/2021.

DECRETO-LEI Nº3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. **Código de Processo penal**, **Art. 301**, **302 e seus incisos**. Disponível em: www.Planalto.gov.br/ccvil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm, acesso 16/08/2021.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. **9. ed.** São Paulo: Saraiva,2012. **Manual de processo penal. 10. ed**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GONÇALVES, Antônio Baptista. **PCC e facções criminosas: a luta contra o Estado no domínio pelo poder**/ Antônio Baptista Gonçalves. – 1.ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

LEI Nº 11.343, DE 23 DE AGOSTO DE 2006. **Lei de drogas**. **Art. 53, incisos I, II, e parágrafo único**, disponível em: www.planalto.gov.br/ccvil_03/ato2004/2006/lei/11343.htm. Acesso em 26/09/2021.

LEI N° 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. **Pacote anticrime**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em 27/09/2021.

LEI Nº 9.613, DE 3 DE MARÇO DE 1998. **Lei Lavagem de Dinheiro**. **Art. 1º, § 6 e Art. 4º B,** disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em 26/09/2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manuel de Processo Penal.** 6, ed. Volume Único. Salvador: Juspodivm, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

LOPES, Aury Junior. **Direito Processual Penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2015.

MARCÃO, Renato **Curso de Processo Penal** / Renato Marcão. – 5. Ed. -São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NICOLITT, André Luiz. **Manual de Processo Penal**. -5. ed. rev. atual, e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza**. Pacote Anticrime Comentado**: Lei 13.964, de 24.12.2019. 1.ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACHECO, Rafael. **Crime Organizado: Medidas de Controle e Infiltração Policial**. 1ª edição. Curitiba. Ed. Juruá, 2011.

TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 10ª ed. – Salvador, juspodivm 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

AS DISCUSSÕES RELATIVAS A IMPOSSIBILIDADE DA ALTERAÇÃO DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS DOS IDOSOS MAIORES DE 70 ANOS: UMA BREVE ANÁLISE SOBRE AS DECISÕES DO JUDICIÁRIO

AMANDA MARTINS DE OLIVEIRA: Graduanda em Direito – Bacharelato – 10º Semestre, das Faculdades Integradas de Paranaíba/MS – (FIPAR);

ALEX RIBEIRO CAMPAGNOLI [(1)]

SUELI DA SILVA AQUINO [(2)]

(orientadores)

RESUMO: O casamento sempre possuiu uma expressiva tradição quanto a sua historicidade, isto devido a sua grande notoriedade e ocorrência relacionada a suas evoluções das quais por muitos anos foram resultantes de conquistas de direitos a família e, em especial ao idoso. Este estudo teve como objetivo a esclarecer alguns aspectos gerais sobre o tema, e identificar os fatores relativos à limitação imposta aos direitos do idoso no que tange a separação total de bens, tendo como fundamento a dignidade da pessoa humana, analisando as decisões atuais do judiciário. A metodologia do estudo buscou-se utilizar da pesquisa bibliográfica, analisando textos da área e com ênfase no art. 1.641 do CC. – Lei nº 12.344/10 e dos julgados que estabeleceram contradições sobre o tema. Portanto, conclui-se que, apesar de parecer atentatória aos princípios constitucionais, essa limitação tem viés de proteção, buscando garantir que o princípio da dignidade da pessoa humana esteja presente em suas vidas.

Palavras-chave: Idosos. Regime obrigatório. Separação total de bens. Casamento.

ABSTRACT: *Marriage has always had an expressive tradition as to its historicity, this due to its great notoriety and occurrence related to its evolution, which for many years were the result of conquests of rights to the family and, in particular, to the elderly. This study aimed to clarify some general aspects on the subject, and to identify the factors related to the limitation imposed on the rights of the elderly regarding the total separation of assets, based on the dignity of the human person, analyzing the current decisions of the judiciary. The methodology of the study sought to use bibliographical research, analyzing texts in the area and with an emphasis on art. 1641 of the CC. – Law No. 12,344/10 and judgments that established contradictions on the subject. Therefore, it is concluded that, despite appearing to violate constitutional principles, this limitation has a protective bias, seeking to ensure that the principle of human dignity is present in their lives.*

Keywords: Seniors. Mandatory regime. Full separation of goods. Wedding.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

O casamento sempre possui uma expressiva tradição quanto a sua historicidade e evolução no decorrer dos anos na humanidade, desde o período histórico – século VIII quando se iniciava o império romano, do qual o matrimonio era visto como um consórcio, desde os períodos atuais – do século XXI.

Diante disto, foram-se consolidando as conquistas advindas do processo evolução, e elaboração – aperfeiçoamento das leis, das quais passaram a assegurar os direitos civis – da família e, em especial ao regime de bens daqueles que por alguma incapacidade física ou psíquica passavam a se tornar impedidos de realizar alguns dos atos da vida civil, como é o caso do estudo a "longevidade" daqueles que possuem 70 anos.

Vale lembrar que no atual ordenamento Jurídico brasileiro, encontra-se presentes os quatro diferentes tipos de regime de separação de bens, dos quais possuem autonomia a serem escolhidos pelos nubentes de acordo com seus interesses pessoais/morais e materiais. No entanto, não são todos em todos os casos que os nubentes possuem a autonomia de escolher o regime de bens, tornando-se necessário se casar, obrigatoriamente, sob o regime de separação de bens, independente da modalidade.

No antigo Código Civil de 1916, o Art. 258, inciso II, se mantinha obrigatório o regime da separação total de bens relativos ao matrimônio daquelas pessoas que já tinham idade superior a 60 (sessenta) anos, tendo em vista que o Estatuto do Idoso o asseguramento de direitos pelo Estatuto do idoso, ou seja, às pessoas desta faixa etária de idade.

Haja vista as diversas mudanças cotidianas ocorridas no decorrer dos anos, a expectativa de vida tem aumentado e, consequentemente, o número de matrimônio de idosos, portanto, em 2010, foi sancionada a Lei 12.344 que modificou o inciso II, do Art. 1.641, do qual passou alterando a idade dos nubentes de sessenta para setenta anos.

Posto isto, no decorrer do artigo, será debatido a relevância do tema no que tange ao contexto atual, tendo em vista a limitação de direitos feita aos idosos, frente à notoriedade dos princípios relativos a um Estado Democrático de Direito fundado na dignidade da pessoa humana. Bem como a análise das decisões do judiciário mais atuais, já existentes, que demonstraram pareceres favoráveis e contrários ao tema, isto devido a sua inconstitucionalidade.

2 DA EVOLUÇÃO DO CASAMENTO NO TEMPO E SEUS ASPECTOS GERAIS SOB OS REGIMES

No direito Romano, o casamento era considerado como um consórcio entre o homem e sua mulher, para o resta da vida. Com o passar dos anos, este conceito foi se

aprimorando de forma que passou a ser entendido como casamento a ideia de satisfação das necessidades recíprocas dos cônjuges. Contudo, o casamento medieval se realizava pela nobreza em um ato de repercussão política e econômica, enquanto o casamento religioso era fundado no amor e na influência católica (LISBOA, 2013).

No conceito contemporâneo, casamento nada mais é do que um contrato entre duas pessoas que, por vontades próprias, manifestam o consentimento em relação à união, formando uma sociedade conjugal que possui reconhecimento governamental, cultural, religioso ou social.

Para casar-se, é necessário preencher o requisito da capacidade civil, qual seja, maior de 16 anos com o consentimento dos pais ou de representantes legais enquanto não atingida a maioridade civil. Com a maioridade, os nubentes são livres para se casar, no entanto, há alguns impedimentos, elencados no artigo 1521 do Código Civil, quer sejam:

> Art. 1.521. Não podem casar: I - os ascendentes com os descendentes, seja o parentesco natural ou civil; II - os afins em linha reta; III - o adotante com quem foi cônjuge do adotado e o adotado com quem o foi do adotante; IV- os irmãos, unilaterais ou bilaterais, e demais colaterais, até o terceiro grau inclusive; V - o adotado com o filho do adotante; VI - as pessoas casadas; VII - o cônjuge sobrevivente com o condenado por homicídio ou tentativa de homicídio contra o seu consorte (BRASIL, 2002, p. 561).

Além de tudo, o casamento não é um simples contrato como muitos pensam, pois gera obrigações a ambos os cônjuges, quer seja a fidelidade reciprocidade (amorosa, financeira e pessoal), a vida em comum no domicílio conjugal, a mútua assistência (aspectos pessoais e patrimoniais), o sustento, guarda e educação dos filhos e, por fim, o respeito e consideração mútuos (tratar de forma digna), conforme preceituado no artigo 1566 do Código Civil (BRASIL, 2002).

Para regular os interesses materiais dos nubentes em um eventual término da sociedade conjugal, surgiu o regime de bens, em outras palavras, é chamado de regime de bens todo o conjunto de regras que serão aplicadas aos bens dos nubentes, quer sejam anteriores ao casamento, ou aos que forem adquiridos na constância do matrimônio.

O Código Civil traz quatro tipos de regime de bens, quer sejam eles, comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens, separação total de bens e comunhão final dos aquestos. Na comunhão universal de bens, todos os bens dos nubentes se comunicam, quer sejam os anteriores ao casamento ou os quer forem adquiridos na sua constância,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

independentemente, do nome registral em que esteja este bem. Para esse regime de bens, é necessário fazer um pacto antenupcial (DANTAS, 2013).

Na comunhão parcial de bens, os bens que foram adquiridos anteriormente ao casamento não se comunicam, já os bens que forem adquiridos na constância do casamento, serão de ambos os cônjuges. Na separação total de bens, os bens dos nubentes não se comunicam, cada um tem seus bens separados do outro cônjuge.

Na comunhão final dos aquestos, durante a vigência do casamento, é aplicada a regra do regime de separação total de bens e, quando da dissolução da união, as regras são as do regime de comunhão parcial de bens, ou seja, são somados todos os bens que foram adquiridos na constância do casamento e repartidos pela metade para cada cônjuge (DANTAS, 2013).

Esse regime é comum para as pessoas que possuem grandes patrimônios, pois, mediante ele, é dispensada a *outorga uxória* do cônjuge virago. O Código Civil brasileiro possui diferentes tipos de regimes de bens, dos quais são representados pela comunhão parcial de bens, comunhão universal de bens, separação de bens e participação final nos aquestos.

De modo que os nubentes, possam escolher de acordo com a liberdade de escolha, sua vontade, adotarem o regime que mais lhes agradam ou optar por um regime misto. A mutabilidade é necessária de autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, sendo possível então a alteração do regime de bens (SANTOS & PORATH, 2020).

A comunhão parcial de bens é mais comum no Brasil. Isso porque o Código Civil de 2002 institui que, não havendo escolha expressa dos nubentes, vigorará o regime de comunhão parcial de bens, visto que em regra, o mais comum a ser adotado é o regime da união estável, do qual também se aplica a separação parcial de bens (SANTOS & PORATH, 2020).

De antemão, o regime da comunhão parcial de bens se caracteriza pela comunicação apenas dos bens adquiridos onerosamente, por um ou pelos dois, durante o casamento ou a união estável. De modo que, os bens e valores que cada cônjuge possuía quando do início da relação, assim como tudo o que receberem por sucessão ou doação não se comuniquem bens (SANTOS & PORATH, 2020).

Portanto, ainda que a legislação destinar que os bens móveis adquiridos na constância do casamento ou da união estável, quando não se provar que o foram em data anterior, serão considerados bens comuns.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Outrossim, a administração do patrimônio comum compete a qualquer um dos cônjuges, salvo quando houver determinações anteriores, como por exemplo dívidas contraídas durante o relacionamento.

Já na comunhão universal de bens, quando houver estipulação contrária pelos nubentes, se tinha como prevalente a comunhão universal de bens. Isto porque ainda é muito comum se deparar com esse tipo de regime em casais das gerações anteriores.

Na comunhão universal de bens geralmente se tem a criação de uma única massa patrimonial, na qual todo o patrimônio anterior ao casamento é do casal e os bens futuros, gratuitos ou onerosos, comunicar-se-ão.

A exemplo temos aqueles bens de uso pessoal, como livros, instrumentos de profissão tal como os proventos dos trabalhos pessoais e pensões que não integram o patrimônio comum (SANTOS & PORATH, 2020).

2.1 DA UNIÃO ESTÁVEL E O CASAMENTO

Muito dos idosos que se casam são tidos como enganados pela população em geral, ou melhor são vistos como vítimas do golpe do baú, isto porque muitos jovens hoje em dia se casam com os idosos apenas para lhes tomar os bens, que por anos estes levaram a conquistar, vez que, com o casamento, a futura viúva teria parte da herança do idoso, tendo em vista que a escolha do regime de bens era livre entre os nubentes, independentemente, da idade.

Percebendo isso e com a intenção de poupar os idosos, o Código Civil trouxe em seu artigo 1.641 que os idosos de idade igual ou superior a 60 anos, obrigatoriamente, teriam que se casar sob o regime de separação total de bens (BRUNETI, 2019).

Entretanto, com o passar dos anos, os brasileiros começaram a ter uma qualidade de vida melhor, o que aumentou a expectativa de vida. Dessa forma, entrou em vigor a Lei 12.344/10 que alterou o inciso II do art.1641, passando ser obrigatória a separação total de bens após os 70 anos de idade.

A finalidade da Lei é bem clara, evitar que os idosos sejam vítimas de interesseiros, conforme menciona Gisele Siqueira de Moraes, presidente de Defesa dos Direitos dos Idosos da Ordem dos Advogados do Brasil (JACINTO, 2016).

Contudo, os relacionamentos que são movidos a base de interesses patrimoniais podem existir em qualquer fase da vida, afinal, é possível enganar-se ou ser enganado, independentemente, da idade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A união estável, muito assemelhada ao casamento civil, nada mais é do que um contrato entre duas pessoas, independente de orientação sexual, que vivem em relação de convivência duradoura e estabilizada, a qual não altera o estado civil das partes.

Existem duas formas para se obter a união estável, quais sejam através de escritura pública ou por contrato particular. O primeiro, para obter a escritura pública de união estável, é firmado no cartório, sob a presença do tabelião, sendo dispensáveis as testemunhas.

O contrato particular é firmado pelo casal e deve ser feito na presença de um advogado, estabelecendo as regras que serão aplicadas no que tange ao regime de bens ou em uma futura dissolução. Para haver validade, este contrato deve ser assinado por duas testemunhas, com reconhecida e deve ser apresentado ao Cartório de Registro de Títulos e Documentos para que seja assim registrado. (Associados, 2014).

Os casais que vivem em união estável, a qualquer momento, poderão converter sua união em casamento, alterando o Registro Civil. Contudo, os direitos e deveres os quais regem ambos deveriam ser iguais.

Portanto, em uma união estável, em regra, é aplicado o regime de separação parcial de bens, salvo quando feita escritura pública que defina um regime de bens diverso, esta união pode ser convertida em casamento, que poderá ser feita em cartório ou por meio judicial (BRUNETTI, 2019).

Caso os idosos, antes de completarem os 70 anos, já viviam em união estável, poderá ser requerida a conversão dessa união em casamento (decisão unânime da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça – STJ), sendo que o regime de bens permanecerá o mesmo que vigorava na união, ou seja, se a união era baseada no regime de comunhão parcial de bens, com a conversão em casamento, o regime de bens continuará o mesmo, dispensando a obrigatoriedade do regime de separação total de bens (MACHADO, 2017).

2.2 DOAÇÃO DE BENS DOS NUBENTES MAIORES DE 70 ANOS

Quando se fala em doação, é preciso elucidar que se trata de um contrato formal, tendo de um lado uma pessoa capaz denominada doadora, de outro lado temos a pessoa à qual o objeto se destina, este denominado donatário, lembrando que o objeto do contrato deve ser lícito, possível e determinável, conforme art. 104, inciso II do Código Civil. Entretanto, para que ocorra a consumação do contrato de doação, se faz necessária a aceitação do donatário, devendo este, manifestar seu aceite (BRASIL, 2002).

Na legislação Brasileira, é permitido que o concessor disponha de até no máximo 50% de todo o seu patrimônio, em vida, pois, os outros 50% deverão ser transmitidos aos herdeiros, quer sejam o cônjuge, filhos, netos, pais, avós etc., variando em cada caso

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

concreto. O Artigo 548 do Código Civil de 2002 dispõe que será nula quando for feita a doação de todos os bens do doador ou rendas suficientes para a sua subsistência (BRASIL, 2002).

O Artigo 544 do Código Civil de 2002 trata de adiantamento de herança, nos casos de doação de bens aos filhos ou cônjuge. Portanto, como são entendidas pela legislação, as doações feitas aos filhos ou cônjuge são uma antecipação de herança, ou seja, possuem viés totalmente diverso de uma doação aos chamados terceiros. Dessa forma, quando do falecimento do doador, a antecipação de herança, ora doação, deverá ser arrolada no inventário, sendo compensada nas respectivas quotas relacionadas aos demais herdeiros (SANTANA, 2008).

Para Gonçalves (2017), é necessária a existência do *animus donandi* para a caracterização de doação. Portanto, para que seja efetivada a doação, depende apenas do doador ou de quem recebeu aceitá-la.

No caso dos idosos nubentes, com idade igual ou superior a 70 anos, estes são impedidos de exercer o direito de escolha do regime de bens em seu matrimônio, pela afirmação do legislador de proteção ao idoso, no entanto, o idoso pode dispor de parte de seus bens (como já citado anteriormente, no máximo 50%), para doar à então companheira, que, obedecendo os requisitos, poderá aceitar a doação. Esse é um meio de garantir a liberdade do idoso de dispor de seu patrimônio da forma que lhe aprouver, respeitando seu percentual.

2.3 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Um dos mais importantes princípios, dentre os constantes na Constituição Federal, um princípio que veio amadurecendo com o tempo, no qual muitos lutavam para conseguir o mínimo possível para que qualquer indivíduo tivesse o direito de uma vida digna (VIANA & DUARTE, 2017).

Foi através de pequenas conquistas que se chegou ao que se vive hodiernamente, basta fazer um retrocesso histórico e analisar a forma como os antepassados viviam, através da história é possível perceber as atrocidades vivenciadas no passado, sempre com o objetivo de um dia seus descendentes viverem em um mundo melhor. Não se chegou ao mundo ideal, longe disso, mas grandes avanços vêm acontecendo com relação ao tema, a notoriedade de diversos países dado ao tema, sendo que, diversos deles receberam tal princípio, sendo seu marco mais relevante a promulgada pela ONU (VIANA & DUARTE, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Após a Segunda Guerra Mundial, diante dos absurdos acometidos contra o ser humano, como um brado de vitória, foi promulgada a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1948 pela Organização das Nações Unidas – ONU, trazendo de forma expressa:

> "**Artigo 1º:** Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade."

Princípio esse, recebido pela Constituição Federal de 1988, promulgada após o período de regime ditatorial militar, vivenciado entre 1964 e 1985, em seu art. 1º, inciso III:

> **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> III – a dignidade da pessoa humana.

Porém, apesar de notório avanço nas relações humanas no que tange ao princípio, ainda está longe de seu exímio cumprimento, visto que, diversas vezes é possível ver casos em que o princípio é ignorado (SARMENTO, 2016).

Para torná-lo cristalino, o presente princípio deve ser conceituado, para tanto, se faz necessário conhecer a definição de José Afonso da Silva que o fez de forma esplêndida:

> "[...] dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais (observam Gomes Canotilho e Vital Moreira) o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo- constitucional e não uma qualquer ideia apriorista do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoas tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invoca-la para construir teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trata de garantir as bases da existência humana" (SILVA, 1999, p. 109).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É possível extrair de tal definição, que o princípio da dignidade da pessoa humana visa garantir e proteger todos os direitos do indivíduo, por esse motivo, é muito amplo, abrindo margem para sua utilização em todo o âmbito jurídico, nas mais diversas matérias (SILVA, 2017).

2.3.2 Princípio da Isonomia

Um princípio muito relevante para o bom andamento das normas jurídicas, de suma importância no que tange ao tema abordado no presente artigo, uma vez que, para se alcançar uma igualdade, deve-se buscar o princípio da isonomia, conforme frase muito famosa de Aristóteles: "devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade".

Em um primeiro momento, pode parecer um tanto quanto injusto a aplicação desse princípio, mas ao analisar com afinco, é notória sua necessidade para que haja um equilíbrio na sociedade. Um exemplo para retratar a aplicabilidade desse princípio, uma criança de 6 anos, deve responder por um crime cometido da mesma forma que uma pessoa de 26 anos?

Ao se aplicar o princípio é notória uma limitação da aplicabilidade da lei, mas não passa de uma proteção ao indivíduo e é justamente nesse intuito que o art. 1.641 do C.C. é aplicado, por razões protetivas e cuidados, os mesmos cuidados aplicados quando se fornece uma vaga exclusiva ao idoso, atendimento preferencial, falar em igualdade é aplicar a frase aristotélica supracitada, não tem por objetivo ofender sua liberdade e muito menos oprimir o indivíduo, o objeto disso é proteção e cuidado.

2.3.4 Princípio da liberdade

Após um longo período sob o regime ditatorial, em que ocorreram uma série de restrições a população, houve uma preocupação do legislador em acrescentar esse princípio, visando proteger a liberdade de cada indivíduo, vem expressamente no artigo 5º, inciso II da CRFB ditando “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”, para tornar cristalina a definição, segue definição do constitucionalista do português José Gomes Canotilho:

> "As liberdades são caracterizadas como posições fundamentais e se identificam com direitos de comportamento. A possibilidade de escolha de um comportamento. São liberdades porque são frutos da atividade humana e são públicas porque compete ao Estado protegê-las" (CANOTILHO, p. 17, 1993).

É importante ressaltar que há uma diferenciação na aplicabilidade desse princípio, quando se fala em servidores públicos, estes só poderão praticar os atos previstos em leis,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ou seja, é o inverso do que discorre o artigo 5º, inciso II da CRFB, ocorrendo uma limitação do Estado, para que seja resguardada a liberdade do indivíduo (COELHO, 2018).

Quando se fala em particulares, tem-se o princípio da autonomia da vontade, o qual cada indivíduo pode praticar qualquer ato que lhe convier, desde que não haja proibição no ordenamento jurídico.

É possível notar a amplitude do princípio da liberdade, em determinado momento se tem liberdade e em outro momento se tem uma restrição, notadamente é possível concluir que esse princípio não é absoluto, indo de encontro com a tese de que não é constitucional o inciso II do artigo 1.641, se até no direito a liberdade é possível notar uma restrição, por qual motivo não poderia limitar o regime de casamento aplicado às pessoas de 70 anos ou mais?

Quando se fala em liberdade, deve-se pensar no contexto geral, analisar o todo para definir se ocorre ou não o ferimento dessa, quando se limita, é no sentido de cuidado e zelo, afastando possíveis pessoas com interesse único e exclusivo em bens, veja, não há uma limitação total do indivíduo, caso o nubente maior de 70 anos tenha interesse em partilhar de seus bens com o cônjuge, poderá fazê-lo por meio de doação, a qual não lhe é vedada (COELHO, 2018).

Uma total restrição de liberdade seria o impedimento de pessoas dessa idade contraírem matrimônio, afastando essa possibilidade, não é plausível concluir que a presente alteração é inconstitucional.

2.4 PESQUISA E ANÁLISE DE DECISÕES DO JUDICIÁRIO

Com um viés de análise das decisões judiciárias sobre o tema, foi realizada diversas pesquisas de jurisprudências atuais no que tange ao assunto, para visualizar qual o entendimento abraçado pelo ordenamento jurídico pátrio.

Como representação do todo, neste presente artigo será utilizada a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça de São Paulo na Apelação Cível: AC 1002896-70.2019.8.26.0248 SP 1002896-70.2019.8.26.0248, a qual representa bem o posicionamento do judiciário quanto ao tema:

> APELAÇÃO CÍVEL. ALTERAÇÃO CONSENSUAL DE REGIME DE BENS DE CASAMENTO. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DA SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. PESSOAS MAIORES DE 70 (SETENTA) ANOS. IMPOSSIBILIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. Não há como modificar o regime de bens da separação obrigatória, quando a causa que o impôs foi o fato de a pessoa ser maior de 70 anos, pois, nesta hipótese, a causa não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> poderá ser superada. Enunciado nº 262 da III Jornada de Direito Civil promovida pelo CEJ do CJF. Precedentes deste E. Tribunal (TJ-SP - AC: 10028967020198260248 SP 1002896-70.2019.8.26.0248, Relator: Maria do Carmo Honório, Data de Julgamento: 12/11/2019, 3ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/11/2019).

Nesse prisma, há o posicionamento do STJ evidenciado em decisão do Recurso Especial Nº 1918395 – RS (2021/0024132-8), a qual é notória a aplicabilidade da súmula 377 do STF:

> Esta Corte Especial tem entendimento de que, em se tratando de união estável de companheiro sexagenário, impõe-se o regime da separação obrigatória de bens. Nesses casos, para a partilha de bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, faz-se necessária a prova do esforço comum (STJ, RESP, 2021).

Nas decisões do STJ é possível verificar a consonância com a súmula supracitada do STF, a qual aduz, súmula nº 377: No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento.

Sumulado o entendimento de que apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união, e desde que comprovado o esforço comum na sua aquisição, devem ser objeto de partilha, algo de extrema relevância para o tema em pauta.

Com esse entendimento, é possível afastar o argumento de que a obrigatoriedade de separação de bens para os nubentes maiores de 70 anos é inconstitucional, visto que, se busca um equilíbrio, não deixando que um dos nubentes venha sofrer prejuízos na falta de um deles, razão pela qual reforça a tese de que a presente limitação busca uma proteção a esse grupo de pessoas, para garantir uma vida digna e com suas liberdades, evitando riscos de ficar a mercê do que as outras pessoas podem ou querem te oferecer.

O regime de separação total de bens, sob a égide da inconstitucionalidade da distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, tem aplicado, o STJ, às uniões estáveis também.

No mesmo sentido se pronunciou o Tribunal de Justiça da Paraíba, que demonstrou a possibilidade de alteração de regime obrigatório nos casos em que o nubente tenha idade inferior à 70 anos na propositura da ação:

> APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. SEPARAÇÃO TOTAL POR OBRIGATORIEDADE DA REDAÇÃO ORIGINAL DO ART. 1.641 DO CC. CÔNJUGE VARÃO COM IDADE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> SUPERIOR A 60 ANOS. MODIFICAÇÃO DA REGRA PELA LEI Nº 12.344/2010. AMPLIAÇÃO DA IDADE PARA 70 ANOS. UNIÃO ESTÁVEL DE DUAS ANTES DO CASAMENTO. DÉCADAS. APLICAÇÃO DO ART. 1.639, § 2º DO CC. PROVIMENTO. - A Lei Nº 12.344, de 9 de dezembro de 2010 alterou a redação do inciso II do art. 1.641 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), aumentando para 70 (setenta) anos a idade a partir da qual se tornou obrigatório o regime da separação de bens no casamento - Aquele que foi obrigado a se casar pela separação absoluta por conta da redação original do art. 1641, II, do Código Civil pode pleitear a alteração no regime de bens, desde que na data da propositura da ação judicial não seja septuagenário - A obrigatoriedade do regime legal da separação de bens constante do artigo 1.641, inciso II, do Código Civil não deve prevalecer quando a convivência tenha se iniciado antes de um dos companheiros atingirem 70 anos, após modificação dada pela Lei nº 12.344/2010 (TJPB/ACÓRDÃO do Processo Nº 00001438320148150881, 3ª Câmara Especializada Cível, Relatora Des.. MARIA DAS GRAÇAS MORAIS GUEDES, j. em 25-04-2019).

Ao analisar o direcionamento do judiciário é possível notar o cuidado dos doutos magistrados em resguardar os bens adquiridos em toda uma vida pelo indivíduo, razão pela qual assertivamente vêm decidindo visando manter esse cuidado, diante do aumento de golpes presente na sociedade, mister se faz cada vez mais garantir que os cidadãos nessa idade tenham todo aparato necessário

Corriqueiramente é possível ver notícias alegando que idosos foram vítimas de estelionato ou que tenham contraído matrimônio com pessoas muito jovens com a intenção de aplicarem o chamado "golpe do baú", oportunistas com faro para conseguir usufruir dos bens adquiridos pela labuta de toda uma vida por suas artimanhas de enganação, algo que infelizmente tem aumentado com o avanço da internet, hoje criminosos sem sair de um determinado local, consegue alcançar pessoas do país inteiro, deixando claro a necessidade de um cuidado especial com a terceira idade, afinal, todos têm a expectativa de alcança-la.

3 CONCLUSÃO

A partir das informações apresentadas ao longo deste trabalho, é possível concluir que, apesar de apresentar uma limitação às pessoas maiores de 70 anos, estas não afrontam aos princípios trazidos pela Constituição Federal.

Salienta-se que o regime de separação obrigatória de bens tinha um cunho patrimonialista no código civil de 1916 e que este entendimento fora trazido para o Código

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Civil de 2002, obrigando que os idosos com idade igual ou superior a 70 anos se casem sob o regime de separação total de bens.

Ressalta-se que, apesar de parecer atentatória aos princípios constitucionais, essa limitação tem viés protetivo, buscando garantir que o princípio da dignidade da pessoa humana esteja presente em suas vidas, não é difícil ver pessoas má intencionadas se aproveitando da fragilidade dos idosos, lembrando que apesar de restritiva, o idoso tem discricionariedade para dispor de até 50% de seus bens, podendo fazer doação, caso julgue necessário (VIANA & DUARTE, 2017).

O judiciário tem se posicionado nesse sentido, demonstrando seu acolhimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, vez que, apesar de reduzir a autonomia da pessoa idosa, o mantém livre para realizar doação ou então, através do testamento, passar ao cônjuge parte de sua herança, aplicando esse entendimento também aos casos de união estável, observando a súmula 377 do STF.

Tal súmula que é fato de suma importância para demonstrar o cuidado do ordenamento jurídico em preservar os direitos desse grupo de pessoas, objetivando equilibrar e manter justas as relações interpessoais, garantindo que, qualquer nubente maior de 70 anos que tenha intenção de dispor se seus recursos para angariar novos bens ao lado de seu cônjuge, poderá fazê-lo com o subterfúgio dessa para ter amparo posterior e garantia de que não sairá lesado, sendo assim, de forma brilhante o STF sumulou esse entendimento, garantindo mais segurança aos que necessitam desse cuidado.

Desta forma, conclui-se que, o inciso II do Art. 1641 do Código Civil (Lei nº 12.344/10) encontra-se condizentes com os princípios constitucionais e reflete a atual realidade no Direito de Família, visando garantir aos idosos maiores de 70 anos uma vida digna, com plena segurança de que seus bens não serão arruinados por pessoas má intencionadas, garantindo a plena liberdade de escolha para este grupo de pessoas permitindo a doação de seus bens, motivo pelo qual não se deve declará-lo inconstitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leandro. **A (não) obrigatoriedade do regime de separação de bens para as pessoas maiores de 70 anos**. 2017. Disponível em: https://jus.com.br/ artigos/59291/a-nao-obrigatoriedade-do-regime-de-separacao-de-bens- -para-as-pessoas-maiores-de-70-anos/3. Acesso em: 27 set. 2021.

ASSOCIADOS. Jairo.; George Melo. Advogados. **Entenda o instituto jurídico da doação**. 2014. Disponível em: https://jairoegerogemeloadvogados.jusbrasil.com.br/ artigos/114846072/ entenda-o-instituto-jurídico-da-doação. Acesso em: 27 set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição Federal**. Vade Mecum JusPodivm: OAB/Salvador: Editora Juspodivm, 5.ed. revista, ampl. E atual. 2019.

BRUNETTI, Paulo Henrique. **O idoso é obrigado a se casar com separação de bens? Nem sempre**. Disponível em: https://brunetti.jusbrasil.com.br/artigos/667997204/o-idoso-e-obrigado-a-se-casar-com-separacao-de-bens- -nem-sempre. Acesso em: 27 set. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

COELHO, Gabriela. **Estado de Direito deve garantir liberdades individuais, diz Canotilho**. Portal consultor jurídico. 2018. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2018-out-04/estado-direito-garantir-liberdades-individuais-canotilho. Acesso em: 1 de out. de 2021.

DANTAS, Aldemiro. **Regime de bens no casamento – versão para leigos**. Disponível em: https://aldemirodantas.jusbrasil.com.br/artigos/121935818/regime-de-bens-no casamento-versão-para-leigos. Acesso em: 28 de set. de 2021.

GOMES, Fernanda. **Testamento público como instrumento de distribuição justa do patrimônio**. Disponível em: https://www.conjur.com. br/2019-jan-26/fernanda-gomes-testamento-publico-distribuicao-patrimonio. Acesso em: 28 de set. de 2021.

GONÇALVES, Carlos. Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. 15 ed. São Paulo. Saraiva: 2017.

JACINTO, Daniela. **Após os 70 anos casamento só é possível com separação de bens**. Disponível em: https://www2.jornalcruzeiro.com.br/ materia/711768/apos-os-70-anos-casamento-so-e-possivel-com-separacao-de-bens. Acesso em: 28 de set. de 2021.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual de Direito Civil**: direito de família e sucessões. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2013. MACHADO, Gabriela Andrade. Interferência da lei no casamento do idoso. Disponível em: http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,interferência-da-lei-no-casamento-do-idoso, 589170.html. Acesso em: 28 de set. de 2021.

MORAES, Alexandre. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. São Paulo: Atlas, 2003.

VIANA, Malba Zarrôco Vilaça.; DUARTE, Hugo Garcez**. A dignidade da pessoa humana enquanto valor supremo da ordem jurídica**. 2017. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/a-dignidade-da-pessoa-humana-enquanto-valor-supremo-da-ordem-juridica/amp/. Acesso em: 1 de out. de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

SANTANA. Danilo. **Restrições ao direito de doar**. 2008. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=918. Acesso em: 29 de set. de 2021.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**. Conteúdo, trajetórias e metodologia. Editora Fórum. 2016. Disponível em: https://lotuspsicanalise.com.br/biblioteca/Daniel_Sarmento_Dignidade_da_Pessoa_Humana.pdf. Acesso em: 1 de out. de 2021.

PORATH, Maria Luísa Machado.; SANTOS, Lais. **Regime de bens:** o que é, quais os tipos e como funcionam. 2020. Disponível:https://schiefleradvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/885221482/regime-de-bens-o-que-e-quais-os-tipos-e-como-funcionam. Acesso em: 1 de out. de 2021.

(1) Graduado em Direito (UEMS), Advogado sócio/proprietário do Escritório Advocacia Campagnoli. Especialista em Direito Público; Especialista em Direito Municipal, com formação para o magistério superior. Procurador Jurídico Geral do Município de Paranaíba-MS no ano de 2013.

(2) Graduada em Ciências Biológicas, Pedagogia e Filosofia. Mestre e Doutora pela UNESP - Faculdade Júlio de Mesquita Filho. Professora nas Faculdades Integradas de Paranaíba.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INFLUÊNCIA DA TECNOLOGIA NA (I)LEGALIDADE DA ADOÇÃO DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

KARINA COSTA MASSALAI SAIA: Discente do Curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná – UniSL. Ji-Paraná, Rondônia, Brasil.
TEÓFILO LOURENCO DE LIMA169 (orientador)

RESUMO: A revolução tecnológica transformou a forma de relacionamento interpessoal, facilitando a comunicação e tornando mais rápido o processamento das informações, bem como impactou as atividades habituais e necessárias para a sociedade trazendo inúmeras facilidades e desburocratização. Nesse sentido, questiona-se a aproximação das tecnologias a Justiça Brasileira, em especial, nos institutos que trabalham com o processo de adoção. Para tanto, utilizou-se do método dedutivo tendo como premissa o dever constitucional de proteção à criança e ao adolescente e, ainda, de levantamento bibliográfico pertinentes ao ECA, ao Direito Civil e Penal, a fim de analisar e ponderar o uso das inovações tecnológicas, tendo em vista que tal instrumento pode promover ações que favoreçam o trâmite legal, como também oportunizar práticas ilegais. Constatou-se a possibilidade de incrementar a tecnologia a favor do melhor interesse do menor, ou seja, fazer uso dos recursos tecnológicos como instrumento de otimização da prestação jurisdicional e celeridade nos processos de adoção no Brasil.

Palavras-chave: Celeridade. Processo adotivo. Recursos tecnológicos.

ABSTRACT: The technological revolution has transformed the interpersonal relationships' form, facilitating communication and making information process faster, as well as impacting the usual and necessary activities for society by bringing countless facilities and dismantling bureaucracy. As such, the technologies' rapprochement to The Brazilian Justice is questioned, especially in the institutes that work with adoption process. For this purpose, it has been used the deductive method with the constitutional duty premise to protect children and teenagers, and also, a bibliographic search pertaining from ECA, Civil and Criminal Law, in order to analyze and consider the use of technological innovations, considering that the mentioned instrument can promote actions in favor of the legal procedure, as well as providing opportunities for illegal practices. It was found the possibility of increasing technology in favor of the minor's best interest, in other words, to

169 Professor Orientador, pós-graduado em Administração e Planejamento para Docentes pela ULBRA, 1996; pós-graduado em Inovação, Gestão e Práticas Docentes no Ensino Superior pela Faculdade Santo Agostino, 2021; Licenciado em Pedagogia pela Universidade Federal de Rondônia, 1996; concluinte do curso de Direito pelo Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná – UniSL. Ji-Paraná, Rondônia, Brasil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

use technological resources as an instrument to optimize the legal assistance and the procedural promptness in the adoption processes in Brazil.

Keywords: Promptness. Adoption process. Technological resources.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO. 3. PROCESSO ADOTIVO BRASILEIRO: EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA SUA JUDICIALIZAÇÃO. 4. A FASE JUDICIAL DO PROCESSO ADOTIVO. 5. A UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA NO PROCESSO ADOTIVO. 5.1. A adoção ilegal através da internet. 5.2. O uso de recursos tecnológicos no período pandêmico e o serviço da adoção legal. 6. CONCLUSÕES. REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O instituto da adoção é prática comum na sociedade brasileira há muito tempo. No entanto, com o decorrer das gerações, os motivos que levaram a adoção se modificaram, e, consequentemente, as leis acerca deste instituto também foram alteradas.

As modificações legislativas foram evoluções no tocante à proteção das crianças e dos adolescentes envolvidos nas mais diversas etapas do processo de adoção. Contudo, mesmo com as benéficas mudanças legislativas, ainda existe um ponto de entrave antigo, qual seja, a utilização de meios ilegais para a adoção, que são facilitados em relação ao sistema legal. Destaca-se, nesse sentido, até mesmo a utilização de ferramentas tecnológicas.

Historicamente, os avanços tecnológicos transformaram o modo de viver da sociedade, com a expansão das redes sociais propiciada pela difusão da internet. Com o mundo globalizado, alterou-se as atividades habituais da sociedade, inclusive, houve uma revolução no aspecto de relacionamentos, em que muitas ações humanas migraram para o mundo *online* e não foi diferente com as ilegais. Hoje, as redes sociais são utilizadas para intermediar adoções ilegais.

Em agosto de 2020, por exemplo, foi noticiado no Brasil, por Tavares e Giacomoni (2020), uma investigação iniciada pelo Ministério Público de São Paulo que apurou um comportamento alheio a legalidade, em que pessoas interessadas em adotar e outras dispostas a doar seus filhos se organizavam através de redes sociais para efetivar a adoção.

Situações como a relatada acima tendem a ocorrer mais do que se espera, uma vez que, em que pese as alterações legislativas para facilitar e dar celeridade ao processo adotivo, estas ainda não se mostram tão adequadas e rápidas como deveriam ser, fazendo com que se busque meios alternativos para efetivar a adoção.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, tendo em vista que a sociedade ainda recorre a meios ilícitos para efetivar a adoção e levando em conta que a nova geração utiliza das plataformas disponíveis na internet para alcançarem seus objetivos, até mesmo em um assunto tão sensível como este, necessário se faz averiguar se as mesmas plataformas podem ser utilizadas para cooperar no procedimento lícito da adoção.

Isso porque, com o advento da pandemia do novo coronavírus (Covid-19) e das medidas restritivas para contenção deste vírus, o judiciário brasileiro teve que se reinventar e utilizar das ferramentas tecnológicas disponíveis para que os processos judiciais em geral, especialmente os de adoção, não paralisassem e não se tornassem ainda mais morosos.

Desta forma, supõe-se que aceitar o uso das inovações tecnológicas em favor do instituto da adoção, bem como utilizar tais recursos para promover ações que favoreçam o trâmite legal dos processos adotivos, se apresenta como um possível meio para diminuir a distância entre a sociedade e a prestação jurisdicional.

Assim, objetiva-se demonstrar que as ferramentas tecnológicas disponíveis atualmente, em especial as redes sociais, podem ser indevidamente utilizadas como meio para adotar crianças e adolescentes, mas que também podem ser usadas em cooperação com o processo judicial adotivo, haja vista que instrumentos efetivos de divulgação e obtenção de informações, sendo capazes até mesmo de desestimular a adoção ilegal.

Para tanto, em um primeiro momento, este artigo apresentará aspectos gerais sobre o instituto da adoção, incluindo as fases administrativas e judiciais do processo adotivo para que se entenda todo o fluxo procedimental na efetivação da adoção legal. Ato contínuo, adentrar-se-á ao uso indevido das tecnologias para adoção e, por fim, ao uso desses recursos a serviço da adoção legal.

2. ASPECTOS GERAIS E CONCEITUAIS DO INSTITUTO DA ADOÇÃO

Um dos institutos mais antigos já criados na sociedade é a adoção, uma vez que sempre existiu pais que não objetivam constituir família ou que não possuem condições financeiras e/ou psicológicas de criarem seus filhos, razão pela qual encontram na adoção a solução para o problema. Em contrapartida, também sempre existiu pessoas com desejo de terem filhos e que, por diversas razões, optam por adotar.

O doutrinador Rolf Madaleno (2020) ensina que o instituto da adoção se propagou no tempo, passando de mero propósito de perpetuação da descendência familiar para realização pessoal dos adotantes e consagração do direito à família aos adotados.

> O instituto da adoção tem atravessado os séculos e integrado a história de todos os povos, tendo sua origem, em sua versão mais remota, o propósito de perpetuar o culto doméstico dos

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> antepassados e dessa forma evitar a desgraça representada pela morte do chefe da família sem descendentes. [...] Os filhos adotivos já representaram uma forma de realização dos desejos para pessoas, matrimônios ou uniões estáveis sem descendência; com o advento da doutrina dos *melhores interesses das crianças e dos adolescentes*, também no instituto da adoção a prioridade deixou de ser a realização pessoal dos adotantes e passou a prestigiar os interesses superiores da criança e do adolescente, substancialmente integrando uma célula familiar, capaz de proporcionar efetiva felicidade ao adotado (MADALENO, 2020, p. 677, 9).

Conceitualmente, Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 376) define a adoção como "Ato jurídico solene pelo qual alguém recebe em sua família, na qualidade de filho, pessoa a ela estranha". Rolf Madaleno (2020, p. 678), por sua vez, retrata a adoção com um caráter mais humanitário ao dizer que "É sem qualquer dúvida o exemplo mais pungente da filiação socioafetiva, psicológica e espiritual, porque sustentada, eminentemente, nos vínculos estreitos e únicos de um profundo sentimento de afeição".

Isso porque a inserção da criança ou do adolescente em uma família é fundamental para assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade desses indivíduos, a fim de que se tornem adultos psicologicamente e emocionalmente saudáveis a conviverem em sociedade e que possuam valores de respeito, amor e dignidade.

Segundo dados do Conselho Nacional de Justiça (2020) há 5.037 crianças e adolescentes disponíveis para a adoção inscritas no Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento, sendo que mais da metade possuem idade superior a nove anos. Quanto ao número de pretendentes disponíveis, os dados indicam que há 34.934 pessoas aptas a adotar.

Apesar do número de pretendentes ser maior que a quantidade menores a serem adotados, a idealização do filho é um dos motivos de crianças e adolescentes vivenciando com esperança a espera de uma família, que pode não ser concretizada. Aliado a isso, tem-se, ainda, que o próprio processo adotivo é consideravelmente moroso, fato que prejudica ainda mais a efetivação dos direitos e garantias de crianças e adolescentes.

3. PROCESSO ADOTIVO BRASILEIRO: EXIGÊNCIAS LEGAIS PARA SUA JUDICIALIZAÇÃO

Durante muito tempo, a doutrina entendia que o instituto da adoção possuía caráter contratualista, vez que o ato era praticado entre o adotante e adotando. Porém, em decorrência do disposto no art. 227, §5º, da Constituição Federal de 1988, em que se estabelece que a adoção deva ser assistida pelo Poder Público, a adoção revestiu-se de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

caráter eminentemente institucional. (MADALENO, 2020)

De acordo com Gonçalves (2020, p. 126), "a partir da Constituição de 1988, a adoção passou a constituir-se por ato complexo, a exigir sentença judicial, destacando-se o ato de vontade e o nítido caráter institucional".

Principiológicamente, a adoção encontra fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, da igualdade entre os filhos, da prioridade absoluta e do melhor interesse. (MEIRA, 2014)

Quanto aos principais requisitos exigidos para a adoção, Carlos Roberto Gonçalves (2019, p. 399) traz:

> a) idade mínima de 18 anos para o adotante (ECA, art. 42, caput); b) diferença de dezesseis anos entre adotante e adotado (art. 42, § 3o); c) consentimento dos pais ou dos representantes legais de quem se deseja adotar; d) concordância deste, se contar mais de 12 anos (art. 28, § 2o); e) processo judicial (art. 47, caput); f) efetivo benefício para o adotando (art. 43).

Veja-se que a legislação traz idade mínima de dezoito anos para que uma pessoa possa adotar, independentemente do seu estado civil. Frisa-se que a capacidade civil plena de uma pessoa também se dá nesta idade, salvo exceções a partir dos dezesseis anos, contudo, a legitimidade para adotar não pode ser confundida com a capacidade civil.

No que tange a imposição de diferença de idade entre adotante e adotado, é necessária para que o adotante desempenhe seu poder familiar. Além disso, o legislador tentou evitar, com tal exigência, que o adotante realizasse a adoção com motivo escuso de manter relação sexual com o adotado, bem como outras situações desagradáveis.

Por conseguinte, para que a adoção seja efetivada, os pais ou representantes legais do menor devem consentir, exceto se os pais forem desconhecidos, desaparecidos ou destituídos do poder familiar. No caso dos órfãos, é necessário que os responsáveis legais deem a referida permissão. Porém, quando o possível adotado tiver mais de doze anos de idade, a eficácia e a validade do ato também ficarão condicionados a sua concordância.

Só que a efetivação do processo de adoção só ocorre se for considerado mais benéfico à criança ou ao adolescente, com base no princípio do melhor interesse do menor, visto que o Estatuto da Criança e do Adolescente traz a adoção como medida excepcional quando for inviável a manutenção da criança na família biológica, fato este que, muitas vezes, inviabiliza ou tardia o processo adotivo.

Assim, não basta ter vontade de adotar apenas, é necessário que o adotante

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

cumpra uma série de etapas obrigatórias. Inicialmente, o candidato à adoção precisa realizar a sua habilitação perante o Judiciário, que consiste em conhecer as motivações e expectativas do postulante, bem como seu preparo para a adoção.

> O interessado deve formular pedido por meio de advogado ou defensor público, dirigido ao Juiz da Infância e Juventude local, anexar documentos e traçar o perfil da criança ou do adolescente que pretenda adotar: sexo, idade, cor de pele. É convidado a realizar curso de preparação para adoção, conforme determinação no § 3o, Art. 50, do Estatuto da Criança e do Adolescente: pensar suas motivações, o filho(a) idealizado(a), os mitos e os preconceitos que permeiam a adoção, a origem da criança, entre outros temas relevantes. Todos os atos processuais são submetidos ao Parecer da Promotoria de Justiça que poderá recomendar diligências, estudos, ouvir testemunhas, juntar documentos e realizar todos os atos para abastecer o processo de elementos favoráveis ao interesse do adotando. Depois que o juiz deferir o pedido, o interessado será inscrito no cadastro de pessoas habilitadas a adotar, o Cadastro Nacional da Adoção (CNA) e aguardará a apresentação de criança ou do adolescente pretendido. (LEVINZON e LISONDO, 2018, p. 118-119)

Na etapa de habilitação, o candidato é submetido à diversas entrevistas por equipes multidisciplinares e acolhimento de provas que demonstrem mínimas condições psicológicas e sociológicas para adotar uma criança ou adolescente, bem como participação em cursos de preparação que evidenciem desafios e obstáculos da paternidade/maternidade e fortaleçam suas expectativas e motivações à adoção.

Assim, após manifestação pelo Ministério Público e deferimento da habilitação pelo juízo competente, o nome do candidato é inserido no Cadastro Nacional de Adoção, atualmente regulamentado pela Resolução n. 289/2019 do CNJ. Insta salientar que o art. 50, § 13, incisos I, II e II, trazem exceções para efetivação da adoção sem prévio cadastro do adotante no sistema do governo, a saber:

> Art. 50. A autoridade judiciária manterá, em cada comarca ou foro regional, um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados e outro de pessoas interessadas na adoção.
>
> § 13. Somente poderá ser deferida adoção em favor de candidato domiciliado no Brasil não cadastrado previamente nos termos desta Lei quando:
>
> I - se tratar de pedido de adoção unilateral;

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> II - for formulada por parente com o qual a criança ou adolescente mantenha vínculos de afinidade e afetividade;
>
> III - oriundo o pedido de quem detém a tutela ou guarda legal de criança maior de 3 (três) anos ou adolescente, desde que o lapso de tempo de convivência comprove a fixação de laços de afinidade e afetividade, e não seja constatada a ocorrência de má-fé ou qualquer das situações previstas nos arts. 237 ou 238 desta Lei. (BRASIL, 2019)

Veja-se que tais exceções trazidas pelo legislador são demasiadamente benéficas para o adotado e adotante, nessas circunstâncias. Entretanto, quando o candidato à adoção precisa passar pela etapa de habilitação e cadastro, o sonho de adotar torna-se frustrante.

Segundo Levinzon e Lisondo (2018), após a inserção do nome no Sistema Nacional de Adoção, a espera pelo filho é demorada e carregada de ansiedade e angústia, fazendo com que muitos candidatos desistam, sintam-se desmotivados a permanecer na fila de espera, mudem seu perfil para acelerar o processo ou busquem a informalidade ou ilegalidade para encontrar o filho desejado. Isso porque é exaustivo a etapa de habilitação e, ainda, para o avanço à próxima etapa, deve-se seguir uma ordem cronológica de inscrição.

Cumpre esclarecer, entretanto, que a observância cronológica do cadastro não é absoluta e pode ser mitigada sob o fundamento do princípio do efetivo benefício do adotando tanto no aspecto objetivo (condições que ofereçam ambiente e convivência familiar adequados) e subjetivo (indicadores de viabilização de efetivo relacionamento de afinidade e afetividade entre adotantes e adotando). (LÔBO, 2009)

4. A FASE JUDICIAL DO PROCESSO ADOTIVO

A legislação brasileira extinguiu a possibilidade da adoção mediante escritura pública, dispondo que toda e qualquer adoção deve ser entendida como instituto de interesse público e, por isso, exige-se a mediação do Estado através do Poder Judiciário.

O processo de adoção ocorre na Vara da Infância e Juventude nos casos de menores de dezoito anos e na Vara da Família em caso de maiores, sempre com a intervenção do Ministério Público e acompanhamento do advogado da parte que pretende adotar. (TARTUCE, 2020)

Assim, quando uma criança ou adolescente é compatível com o perfil do candidato à adoção, este é contatado pelo Poder Judiciário para que demonstre interesse que, sendo frutífera, haverá permissão para o denominado estágio de convivência.

> A finalidade do estágio de convivência é comprovar a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> compatibilidade entre as partes e a probabilidade de sucesso na adoção. Daí determinar a lei a sua dispensa, quando o adotando já estiver na companhia do adotante durante tempo suficiente para se poder avaliar a conveniência da constituição do vínculo. (GONÇALVES, 2019, p. 402)

> O estágio de convivência, em prazo fixado pela autoridade judiciária, precederá a adoção, para que sua viabilidade possa ser mais bem aferida pelas pessoas envolvidas e pelo juiz. Quando se tratar de adoção por estrangeiro ou brasileiro residente fora do País, o estágio será de no mínimo trinta dias, cumprido no território brasileiro. O objetivo do estágio é o de permitir que a autoridade judiciária, com auxílio de equipe interprofissional, possa avaliar a conveniência da adoção. (LÔBO, 2009, p. 272)

Sendo o estágio de convivência bem sucedido e após seu término, os postulantes terão prazo de 15 dias para proporem a ação de adoção que terá prazo máximo para ser concluído de 120 dias, prorrogável uma única vez por igual período. (BRASIL, 1990)

Entretanto, há processos que passam anos no poder judiciário, muito em decorrência da procura de parentes biológicos aptos a adotar o menor, uma vez que o ECA estabeleceu que a adoção deve ser encarada como medida excepcional, quando não houver outros meios de manter a criança na família biológica.

Veja-se que a ponderação do juiz quanto a continuação de buscas pela possibilidade de reintegrar o menor à família natural ou extensiva é complexa, visto que se a decisão pela destituição familiar for rápida, pode haver possível impedimento da criança em se reinserir à família biológica, por outro lado, se houver demora, é possível que o menor não seja mais adotado em virtude de sua idade. Inclusive, este é outro ponto que torna o processo de adoção moroso.

> Um processo de destituição de poder familiar litigioso, via de regra, não tramita em menos de três anos. A espera dos adotantes e adotados pode ser de anos, são comuns relatos de casais que aguardam na fila por quatro, cinco ou até seis anos. Contudo, é perniciosa a vida das crianças, não são raras as histórias de crianças disponíveis para adoção atingirem a maioridade civil ainda abrigadas. Isso ocorre porque a lei que regula a adoção prefere que a criança seja reinserida à família natural ou extensa a ser colocada em família substituta, apesar de elas, em geral, possuírem longo histórico de violações de diretos fundamentais perpetrados pela própria família. Para garantir o direito fundamental e legitimo do contraditório e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> ampla defesa dos genitores, o princípio do melhor interesse da criança e da proteção integral é mitigado. (BORDIGNON, 2019, p. 109)

Além disso, muitos candidatos à adoção preferem crianças mais novas, enquanto que a maioria dos menores na fila de adoção possuem idades mais avançadas. Além disso, os possíveis adotantes, muitas vezes, fazem preferências quanto a cor, raça, sexo e deficiências do menor, tornando ainda mais difícil encontrar compatibilidade entre o perfil do adotante e do adotado.

Há de se ressaltar, ainda, que a ineficiência das Varas da Infância e da Juventude ou da Família em decorrência da ausência de pessoal capacitado e equipamentos de tecnologia nas Comarcas também são grandes causadores dos atrasos nas adoções.

Sabe-se, pois, que a morosidade na efetivação da adoção pode acarretar transtornos psíquicos à criança ou adolescente, bem como àquele indivíduo que pretender adotar. Diante disso, tem-se feito o uso da tecnologia digital através da internet para tentar agilizar os processos adotivos, especialmente diante do cenário pandêmico do Covid-19. Ocorre que nem sempre tais recursos tecnológicos são utilizados de forma legal.

5. A UTILIZAÇÃO DA TECNOLOGIA NO PROCESSO ADOTIVO

A revolução tecnológica no mundo mudou a forma de relacionamento interpessoal, facilitando a comunicação e tornando mais rápido o processamento das informações. Toda essa facilidade só foi possível com o advento das tecnologias da informação e comunicação que alavancou graças ao surgimento da internet que, além de tudo, se tornou um meio facilitador e necessário para atividades diárias.

Se por um lado, o uso das tecnologias de informação e comunicação através da internet traz benefícios inestimáveis à humanidade, por outro, há o uso indevido desses recursos, e neste sentido abordar-se-á a ilegalidade de adoção por meio da internet.

5.1. A adoção ilegal através da internet

A burocracia aliada a morosidade do processo de adoção tem contribuído, há décadas, para a prática de adoções ilegais, popularmente denominada adoção à brasileira. Ocorre que tal prática prejudica a proteção que a legislação conferiu às crianças e aos adolescentes, conquistada após muitas lutas, haja vista que, nem sempre, a adoção ilegal visa o bem estar do menor.

De acordo com Bordignon (2019), a prática de adoção à brasileira apesar de ter diminuído, ainda é bastante comum, pois visa burlar os trâmites legais. Assim, os pretensos pais registram filho de terceiro como sendo seu, mantendo a aparência de legalidade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Embora a adoção à brasileira seja prática ilegal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) já firmou entendimento pela permanência da criança na família adotiva quando houver vínculo afetivo entre adotando e adotado, visando o melhor interesse do menor para que não exista tantos impactos na vida do tutelado. Nesse sentido vejamos uma decisão que corrobora com este entendimento:

> HABEAS CORPUS. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA). MEDIDA DE PROTEÇÃO. BUSCA E APREENSÃO DE MENOR. SUSPEITA DE ADOÇÃO INTUITU PERSONAE. ENTREGA DA CRIANÇA PELA MÃE AOS PAIS REGISTRAIS DESDE O NASCIMENTO. "ADOÇÃO À BRASILEIRA". MEDIDA PROTETIVA EXCEPCIONAL. ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL. OFENSA AO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ORDEM CONCEDIDA. 1. É pacífico o entendimento desta Corte no sentido de permitir, em situações excepcionais, a superação do óbice da Súmula 691 do STF em casos de flagrante ilegalidade ou quando indispensável para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. 2. O Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA, ao preconizar a doutrina da proteção integral e prioritária do menor, torna imperativa a observância do melhor interesse da criança. 3. Esta Corte Superior tem entendimento assente de que, salvo evidente risco à integridade física ou psíquica do menor, não é de seu melhor interesse o acolhimento institucional em detrimento do familiar. 4. Nessa senda, o afastamento da medida protetiva de busca e apreensão atende ao princípio do melhor interesse da criança, porquanto, neste momento, o maior benefício à menor é mantê-la com os pais registrais, até ulterior julgamento definitivo da ação principal. 5. Ordem de habeas corpus concedida, com liminar confirmada. (BRASIL, 2020)

Contudo, conforme dito alhures, nem sempre a adoção à brasileira decorre de um motivo nobre, isto é, objetivando o melhor interesse da criança ou do adolescente. Nesse sentido, o Ministro Luís Felipe Salomão destacou, em sede do Recurso Especial n. 1.167.993/RS, que a adoção à brasileira pode servir como meio para a instrumentalização de diversos atos ilícitos, tais como os relacionados ao tráfico internacional de crianças, podendo tal conduta ser tipificada como crime, com fulcro no art. 242 do Código Penal. Nesse sentido, o entendimento a seguir exemplifica o exposto:

> DIREITO DE FAMÍLIA. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO INVESTIGATÓRIA DE PATERNIDADE E MATERNIDADE AJUIZADA PELA FILHA. OCORRÊNCIA DA CHAMADA "ADOÇÃO À BRASILEIRA". ROMPIMENTO DOS VÍNCULOS CIVIS DECORRENTES DA FILIAÇÃO BIOLÓGICA. NÃO OCORRÊNCIA. PATERNIDADE E MATERNIDADE

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

RECONHECIDOS.

> Muito embora no mais das vezes a chamada "adoção à brasileira" não denote torpeza de quem a prática - na verdade, não raro é movida por sentimentos de elevada nobreza -, pode ser instrumental de diversos ilícitos, como aqueles relacionados ao tráfico internacional de crianças, além de poder não refletir o melhor interesse do menor, que é o guia a ser seguido em matéria de adoção. Bem por isso o ordenamento jurídico tipificou como crime" dar parto alheio como próprio; registrar como seu o filho de outrem; ocultar recém-nascido ou substituí-lo, suprimindo ou alterando direito inerente ao estado civil"(art. 242 do Código Penal). (BRASIL, 2012)

Isto posto, atualmente, o fácil acesso à internet e às tecnologias de comunicação pela sociedade tem viabilizado a troca de informações e a aproximação de interesses em comum entre as pessoas, a uma velocidade nunca antes imaginada. Esta realidade tem permitido a criação de uma nova roupagem para a prática ilegal de adoção, a margem do procedimento de praxe.

A fim de exemplificar esta conduta, em agosto de 2020, o Ministério Público (MP) do estado de São Paulo, iniciou uma investigação criminal apurando o comportamento de pessoas em páginas de redes sociais, nas quais crianças eram anunciadas para serem adotadas, ocasião em que se revelava a idade e as características físicas dos menores. Para efetivar a adoção, os interessados deveriam se manifestar, passando previamente pelo julgamento do intermediador. Neste ponto, a investigação preliminar do MP não tinha conhecimento, até o momento, se o intermediador avaliava o melhor interesse do menor ou se havia outras motivações envolvidas. (TAVARES e GIACOMONI, 2020)

A promotora encarregada do caso supramencionado, Juliana Bérgamo, consignou que

> Sob o ponto de vista do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) isso é absolutamente ilegal. O ECA prevê o procedimento para a adoção. Os interessados precisam buscar a Vara da Infância e da Juventude e efetuar seu cadastro para que possam adotar crianças e adolescentes. As gestantes que pretenderem entregar seus filhos em adoção, precisam ser encaminhadas para a Vara da Infância e da Juventude. Não existe no nosso sistema legal essa possibilidade de crianças serem transacionadas ou negociadas diretamente entre gestantes e pretensos adotantes. (ALBUQUERQUE, 2020)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desta forma, embora o processo de negociação das adoções via internet possa não ter caráter financeiro ou comercial, as pessoas envolvidas podem responder por tráfico de pessoas e, ainda, por outros crimes, a depender da forma que esses grupos se articulam.

> O tráfico com finalidade da adoção ilegal acontece quando as crianças são vendidas para outros casais que tem vontade de adotar uma criança e, acabam registrando como seu filho essa criança sem passar pelo processo de adoção conforme o Estatuto da Criança e Adolescentes. Muitas das vezes esses pais têm seus filhos roubados e em alguns casos os próprios pais vendem seus filhos, pois não quer a criança e outros porque não têm condições de criar. [...]. O tráfico de pessoas pode ocorrer na modalidade da adoção à brasileira [...]. A adoção à brasileira é considerada crime de acordo o artigo 242 do Código Penal Brasileiro. (DA SILVA e SILVA, 2017, p. 35-36)

Observa-se, pois, que a utilização da tecnologia através da internet mediante as redes sociais pode ser um instrumento facilitador para a prática de atos ilegais, como a adoção ilícita, ainda há de destacar que tais meios são desafios para contenção, visto que encontrar e punir os agentes criminosos é demasiadamente difícil, ainda mais quando as condutas ilegais são realizadas por exemplona *Deep Web*, local onde a identificação do IP da máquina utilizada no crime torna-se quase impossível.

De toda a problemática exposta, infere-se que a burocracia aliada a morosidade da justiça brasileira nos processos adotivos concorre para a prática da adoção ilícita e para o aprimoramento dos meios de se instrumentalizar estes atos.

Neste diapasão, é necessário desburocratizar o sistema de adoção de modo que o processo seja mais célere, mas que não perca sua finalidade primordial, qual seja, a busca pelo melhor interesse do menor. Assim, as práticas criminosas de adoção à brasileira, especialmente no âmbito da internet, seriam desestimuladas.

5.2. O uso de recursos tecnológicos no período pandêmico e o serviço da adoção legal

É inegável que a pandemia do Covid-19, que perdura há mais de um ano, reinventou o cotidiano dos indivíduos e consequentemente do poder judiciário brasileiro, cujos atos processuais passaram a ser, prioritariamente, na forma remota. Assim, sendo a adoção um instituto efetivado pela justiça, em alguns Tribunais do país têm utilizado de recursos tecnológicos para dar andamento ao procedimento de adoção.

O Tribunal de Justiça do Ceará e do Amapá, por exemplo, tem promovido cursos preparatórios virtuais para pretendentes à adoção de crianças e adolescentes, haja vista a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

impossibilidade de haver encontros presenciais. Tais cursos abordam aspectos jurídicos, sociais e psicológicos sobre a adoção e são imprescindíveis para a conclusão da etapa de habilitação dos pretendentes. (DIÁRIO DO NORDESTE, 2021)

Também, em relação as fases dos estágios de convivência houveram adaptações, como no Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Tratando-se de menores que já estavam convivendo na casa dos pretendentes a adoção, o acompanhamento psicossocial passou a ser realizado por videochamadas, ligações e mensagens. Por sua vez, no que concerne às famílias que ainda não acolheram os menores em suas casas, a aproximação dos pretendentes e dos menores começou a ser feito por vídeos, troca de cartas e de mensagens e, em alguns casos de menor risco, permitindo visitas aos abrigos com respeito e obediência aos protocolos de segurança. (DIAS, 2020)

No entanto, nem todas as comarcas de Justiça do país conseguiram agilizar e adaptar os processos de adoção devido ao nível insuficiente de informatização, o que dificultou o prosseguimento, à distância, das adoções. Aliado a isso, muitas varas da infância ainda trabalham com processos físicos que não foram digitalizados e, nos casos de varas únicas, o andamento dos processos adotivos ficaram prejudicados por serem considerados menos urgentes do que outros assuntos.

Observa-se, desta forma, que o uso dos meios tecnológicos de informação e comunicação foram indispensáveis neste momento *sui generis* para o regular andamento dos processos de adoção, a fim de dar efetividade ao Estatuto da Criança e do Adolescente e tornar realidade o sonho do menor e do adotante em formar uma família.

Há de se mencionar, ainda, um recurso tecnológico que muito se assemelha às redes sociais e que fora criado por iniciativa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, muito antes do período pandêmico. Trata-se de um aplicativo que visa possibilitar aos candidatos habilitados no Cadastro Nacional de Adoção (CNA) conhecerem as crianças e adolescentes aptas a serem adotadas no Estado.

> Em tal ferramenta virtual, cujo slogan é “Deixa o amor te surpreender", é possível que tanto os indivíduos habilitados no CNA quanto pessoas diversas acessem o aplicativo, insiram determinado perfil de interesse e conheçam breves histórias de crianças e adolescentes “aptos” à adoção. [...] o caráter primordial da iniciativa é a humanização do processo, de modo a demonstrar aos pretendentes a pessoa do adotando, suas características enquanto indivíduo, suas peculiaridades, suas cartas, seus desenhos, com o intuito primordial de despertar o interesse dos adotantes por crianças maiores e, até mesmo, por adolescentes e, desse modo, flexibilizar o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> perfil pretendido pela maioria dos adotantes hoje no Estado, qual seja, o de recém nascidos. (STREPPEL e RICHTER, 2018, p. 3 e 5)

Veja-se que o referido aplicativo utiliza da exposição dos menores para tornar a adoção mais efetiva, porém, utilizando-se dos meios legais para a consumação do ato. Isso demonstra, mais uma vez, que a utilização dos recursos tecnológicos através da internet deve sim ser explorada como instrumento para efetivação dos objetivos do ECA à adoção.

Logo, os recursos tecnológicos disponíveis à sociedade podem ser grandes aliados do poder judiciário brasileiro para facilitar e dar celeridade ao processo adotivo. Para tanto, é preciso que os tribunais de justiça do país despendam recursos financeiros e humanitários para dar andamento a projetos como o da ferramenta virtual "Deixa o amor te surpreender" de iniciativa do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

Mais que isso, é preciso que a virtualização dos processos e dos procedimentos continuem a ocorrer ainda que após o período pandêmico, aprimorando os sistemas de informação de forma que não se espere outra eventualidade pandêmica para que o judiciário brasileiro veja a necessidade de informatizar todos os atos e diligências processuais.

6. CONCLUSÕES

O instituto da adoção é tradicionalmente costumeiro na sociedade brasileira, no entanto, a forma como ocorre a efetivação da adoção vem se transformando a cada dia, incluindo as formas de burlar a legislação do processo adotivo através da utilização dos recursos contemporâneas à disposição, de modo especial, a internet e redes sociais.

Identificou-se os aspectos legais e procedimentais que permeiam o instituto da adoção, bem como foi visto sobre os efeitos da morosidade desses processos, tendo-se concluído que este é um dos possíveis motivos de indução à pratica de atos alheios a legalidade pelo pretenso adotante.

Observou-se também que, atualmente, os recursos tecnológicos, além de estarem a disposição da maioria da população, possuem potencial de aproximar e articular interesses de modo legal. Depreende-se que a justiça brasileira pode se reinventar no sentido de atender a população de maneira mais eficiente e célere por meio da virtualização dos atos processuais e através de programas e aplicativos destinados a diminuir a burocracia, tendo em vista a eficiência dos recursos tecnológicos para assegurar o melhor interesse do menor.

Por fim, percebeu-se que a pandemia do Covid-19 obrigou as pessoas e quase todos os setores da economia a se reinventarem a fim de continuarem realizando suas atividades habituais. No procedimento de adoção não foi diferente, pois, em alguns

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

estados, os tribunais de justiça reformularam a forma de se concretizar os atos processuais, os quais, em sua maioria, surtiram resultados positivos.

Desta forma, entende-se que é plenamente possível aliar a tecnologia em favor dos procedimentos de adoção. Para tanto é preciso que a justiça brasileira tenha essa visão inovadora e invista em projetos e ações que informatizem todo procedimento adotivo ainda que após o período pandêmico.

7. REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Flávia. Ministério Público de SP investiga perfis de adoção ilegal no Facebook. **Agência Brasil**, ago. 2020. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2020-08/ministerio-publico-de-sp-investiga-perfis-de-adocao-ilegal-no. Acesso em: 26 mar. 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília: Casa Civil, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.089, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília: Casa Civil, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 15 jan. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução n. 290, de 14 de agosto de 2019.** Dispõe sobre a implantação e funcionamento do Sistema Nacional de Adoção e Acolhimento – SNA e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2019. Disponível em: https://atos.cnj.jus.br/files/resolucao_289_14082019_15082019141539.pdf. Acesso em: 20 jan. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Habeas Corpus n. 597554 PR 2020/0174678-7**. Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Medida de proteção. Busca e apreensão de menor. Suspeita de adoção *intuitu personae*. Entrega da criança pela mãe aos pais registrais desde o nascimento. "Adoção à brasileira". Medida protetiva excepcional. Acolhimento institucional. Ofensa ao melhor interesse do menor. Ordem concedida. Relator: Min. Raul Araújo, 24 de novembro de 2020. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1135163927/habeas-corpus-hc-597554-pr-2020-0174678-7. Acesso em: 05 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial n. 2267993 RS 2009/0220972-2**. Direito de família. Recurso especial. Ação investigatória de paternidade e maternidade ajuizada pela filha. Ocorrência da chamada "adoção à brasileira". Rompimento dos vínculos civis decorrentes da filiação biológica. Não ocorrência. Paternidade e maternidade reconhecidos. Relator: Min. Luis Felipe Salomão, 18 de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

dezembro de 2012. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/865446322/recurso-especial-resp-1167993-rs-2009-0220972-2/inteiro-teor-865446332. Acesso em: 05 fev. 2021.

BORDIGNON, Cintia Patricia Tomacheski. **Adoção fraudulenta de crianças entre Paraguai e Brasil:** tráfico de pessoas existe?. 2019. 134f. Dissertação (Mestre em Sociedade, Cultura e Fronteira) – Universidade Estadual do Oeste do Paraná, Programa de Pós-graduação em Sociedade Cultura e Fronteiras, Foz do Iguaçu, 2019.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Sistema nacional de adoção e acolhimento. **Portal CNJ**, 2020. Disponível em: https://paineisanalytics.cnj.jus.br/single/?appid=ccd72056-8999-4434-b913-f74b5b5b31a2&sheet=4f1d9435-00b1-4c8c-beb7-8ed9dba4e45a&opt=currsel&select=clearall. Acesso em: 20 jan. 2020.

DA SILVA, Nelmaura; SILVA, Carlos. Tráfico internacional de criança com a finalidade da adoção ilegal. **Revista Brasileira Militar de Ciências,** Goiânia: Versailles Comunicação, 7. ed., p. 33-37, nov. 2017.

DIÁRIO DO NORDESTE. TJCE mantém cursos virtuais para pretendentes à adoção. **Diário do Nordeste**, Ceará, mar. 2021. Seção Metro. Disponível em: https://diariodonordeste.verdesmares.com.br/metro/tjce-mantem-cursos-virtuais-para-pretendentes-a-adocao-1.3065900#. Acesso em: 26 mar. 2021

DIAS, Daphne Arvellos. Vara da infância se adapta para manter processos de adoção durante a pandemia. **Tribunal de Justiça do Distrito Federal**, mai. 2020. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/informacoes/infancia-e-juventude/noticias-e-destaques/2020/maio/vara-da-infancia-se-adapta-para-manter-processos-de-adocao-durante-a-pandemia. Acesso em: 26 mar. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: direito de família. 16. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil**: direito de família: coleção sinopses jurídicas. 23. ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2020. v. 2.

LEVINZON, Gina Khafif; LISONDO, Alicia Dorado de. **Adoção**: desafios da contemporaneidade. São Paulo: Blucher, 2018.

LÔBO, Paulo. **Direito civil**: famílias. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 10. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

MEIRA, Vanessa Medeiros. Princípios do instituto jurídico da adoção. **Revista JurisWay**, mai. 2014. Disponível em: https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=13262#:~:text=Para%20assegurar%20a%20Doutrina%20da,que%20correspondem%20a%20prote%C3%A7%C3%A3o%20integral. Acesso em: 15 jan. 2020.

STREPPEL, Vittória Ramos; RICHTER, Daniela. Aplicativo adoção: atalho processual e adequação à modernidade. In: Semana Acadêmica FADISMA ENTREMENTES, 15. **Anais...** Santa Maria, 2018.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil**: direito de família. 15. ed., v. 5, Rio de Janeiro: Forense, 2020.

TAVARES, Bruno; GIACOMONI, Roberta. **Ministério Público de São Paulo investiga esquema de adoção ilegal de crianças pelas redes sociais.** G1, São Paulo, ago. 2020. Disponível em: https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/08/12/ministerio-publico-de-sp-investiga-esquema-de-adocao-ilegal-de-criancas-pelas-redes-sociais.ghtml. Acesso em: 25 mar. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O MARCO LEGAL DAS *STARTUPS* E A FIGURA DO INVESTIDOR ANJO

BRUNA ISABELA NONNENMACHER: Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Una.

ELISA ANDRADE ANTUNES DE CARVALHO[170]

(coautora)

RESUMO: Os investidores anjo são figuras de extrema importância para o fomento das *startups* que, por sua vez, têm um papel central e estratégico na nova economia mundial, por trazer grande inovação na tecnologia e em seu modelo de negócios. Entretanto, embora o investimento anjo seja indispensável para promover o crescimento significativo do setor, tem-se que o sistema jurídico brasileiro apresenta diversos entraves que desestimulam essa forma de investimento. Este trabalho, portanto, tem como objetivo avaliar se o novo marco legal das *startups* incentiva de forma satisfatória o investimento anjo, bem como analisar as mudanças promovidas no ordenamento jurídico nacional.

Palavras-chave*: startups*, novo marco legal, investidor anjo, inovação

ABSTRACT: The investor angels are figures of extreme importance to the fomentation of startups that, in their turn, have a central and strategic role in the new world economy, by bringing important technological and business model innovations. However, nonetheless the indispensable role of angel investment to promote a significant growth in the startup sector, the brazilian legal system presents several obstacles that discourage that sort of investment. This article, therefore, has the goal of analysing whether the new legal mark of startups promotes in a satisfactory manner the angel investment, as well as the changes it brought to the national legal system.

Key-words: *startups, new legal milestone, angel investment, innovation*

Sumário: 1) Introdução; 2) Startups; 2.1) Desenvolvimento das startups e seus desafios; 3) Investimento Anjo; 3.1) Contrato de participação; 3.2) Contrato de sociedade em conta de participação; 3.3) Contrato de Mútuo Conversível em Ações; 3.4) Contrato de Aquisição da Opção de Compra de Participação societária; 4) Novo Marco Legal das Startups e o Incentivo Legal ao Investimento Anjo; 4.1) Ambiente regulatório; 4.2) Segurança jurídica e incidente de desconsideração da personalidade jurídica; 4.3) Liberdade contratual e liquidez dos investimentos; 4.4) Tributação; 5) Conclusão; 6) Referências Bibliográficas.

170 Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Una.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

1.INTRODUÇÃO

O mundo inteiro está passando, atualmente, pela 4ª Revolução Industrial, também chamada de revolução digital, que teve início, aproximadamente, na passagem do milênio (SCHWAB, 2017).

O seu advento provocou mudanças profundas, de modo que os avanços agora acontecem simultaneamente e de forma extremamente acelerada em todas as áreas de conhecimento, promovendo uma integração jamais vista entre elas (COMEÇOU, 2017).

Trouxe, principalmente, a possibilidade de modelos de negócio inovadores, que permitem um substancial aumento de ganhos e retornos, demandando, contudo, muito menos capital investido para tornar tais negócios uma realidade.

É justamente neste contexto, que clama por mudanças, que nasceram as *startups*, novas organizações de natureza empresarial caracterizadas por inovar não apenas nos produtos e serviços que oferecem, mas também em seu modelo de negócio.

No entanto, embora as *startups* sejam indispensáveis para a inserção brasileira nesse novo cenário econômico trazido pela 4ª Revolução Industrial, é perceptível que ainda enfrentam verdadeiros entraves, tanto no âmbito econômico-cultural quanto no meio jurídico, que muitas vezes inviabilizam o crescimento do setor.

Entre os fatores mais importantes para a mitigação de tais dificuldades, que serão abordadas mais a fundo no curso deste trabalho, está o investimento mais expressivo no setor, que pode ocorrer de diversas maneiras, sendo o investimento anjo uma delas.

Os investidores anjo têm um papel fundamental no fomento das *startups,* uma vez que oferecem não apenas o investimento financeiro, mas também atuam como verdadeiros mentores, eis que são, em geral, eles próprios, empreendedores mais experientes e bem-sucedidos.

Ocorre que, assim como as próprias *startups,* o investimento anjo também sofre com diversos desestímulos no cenário jurídico nacional, que muitas vezes inibem seu desenvolvimento na escala necessária para a obtenção de resultados favoráveis mais significativos.

Embora a Lei Complementar nº 155, de 2016, que primeiro regulamentou o investimento anjo, tenha trazido importantes avanços, estes foram insuficientes para estimular tal modalidade de investimento no Brasil, uma vez que ainda é possível observar grande insatisfação por parte dos investidores, especialmente quanto aos riscos oriundos da desconsideração da personalidade jurídica, da alta tributação dos rendimentos e da

insegurança jurídica decorrente da ausência de uma jurisprudência sólida sobre o tema, entre outros.

Visando a minimização destas dificuldades e ciente da importância em se fomentar o empreendedorismo inovador no Brasil, foi idealizado pelo Congresso Nacional o novo marco legal das *startups*, que se concretizou pela fusão do PL 146/2019 com PL 249/2020, apensados por tratarem da mesma matéria, culminando na edição da LC 182/21.

Referido marco legal das *startups* visou trazer medidas de estímulo à criação dessa nova modalidade empresarial e estabelecer incentivos aos investimentos por meio do aprimoramento do ambiente de negócios no País.

Assim, o presente trabalho tem como objetivo analisar a situação atual das *startups* e sua relação com o investimento anjo no Brasil, destrinchando as principais alterações trazidas pelo novo marco legal, para investigar se a nova legislação de fato trouxe incentivos suficientes para a criação de novas *startups* no país, sob o enfoque do investimento anjo.

2.STARTUPS

As *startups* são definidas pelo art. 4º da LC 182/21, que assim dispõe:

> Art. 4º São enquadradas como startups as organizações empresariais ou societárias, **nascentes ou em operação recente,** cuja atuação caracteriza-se pela **inovação** aplicada a **modelo de negócios** ou a **produtos ou serviços ofertados**.

Em síntese, são pequenos empreendimentos que surgem em virtude de uma ideia inovadora, capaz de fazer sucesso e crescer rapidamente, mediante um investimento inicial baixo, porém bastante arriscado, em meio a um cenário repleto de incertezas.

Elas se encontram em posição central e estratégica em relação às transformações trazidas pela chamada *nova economia,* baseada na tecnologia da informação e na hiperconectividade, frequentemente atuando em um cenário de insegurança e risco.

Seu surgimento se deu na década de 1990, nos Estados Unidos, à época da chamada "bolha da internet", que acompanhou o nascimento de empresas como *Google, Yahoo* e *Amazon*. No Brasil, entretanto, esse modelo empresarial só começou a difundir-se por volta da virada do milênio, ganhando maior força a partir de 2010 (BONFIM, *et al.* 2018, p. 1).

Entretanto, por mais que representem um modelo de negócio com imenso potencial, capaz de seduzir muitos novos empreendedores, também carregam em seu bojo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

uma série de desafios. Para superá-los é necessária toda uma gama de habilidades e recursos, que esses novos empreendedores, em regra, não possuem.

Para além disso, deve-se lembrar ainda dos desafios intrínsecos ao cenário brasileiro, notadamente o jurídico. Isso envolve aspectos que abrangem as mais diversas áreas do direito. São problemas envolvendo a falta de incentivos fiscais, a grande burocracia que assola a atividade empresarial, uma legislação trabalhista engessada e altamente burocrática, entre tantos outros.

Exatamente por isso era imperativa uma modernização da legislação pátria sobre o assunto, contexto este que deu origem ao presente trabalho, que analisa a recém-publicada Lei Complementar 182, de 1º de junho de 2021.

Entretanto, antes de abordar os desafios enfrentados pelas *startups* e suas possíveis soluções jurídicas é preciso realizar uma breve digressão acerca da forma como nascem as *startups* e como se desenvolvem, de forma a viabilizar maior compreensão acerca do tema.

2.1. Desenvolvimento das *startups* e seus desafios

Em um primeiro momento, as *startups* nascem de uma análise mercadológica, identificando-se uma necessidade do mercado. A partir da identificação da ideia, os seus fundadores aplicam, em regra, seu próprio capital, também chamado de capital semente.

Uma vez levantado o capital mínimo essencial, os empreendedores passam por uma fase de experimentação, em que testam a viabilidade técnica e econômica do projeto. É justamente nessa fase gestacional que se inicia a busca por investimentos externos, como por exemplo o investimento anjo.

Superada a fase inicial de captação de investimentos, o produto ou serviço idealizado é lançado no mercado. Neste momento, ou a ideia cresce para se tornar um sucesso, ou acaba morrendo (ALVES, 2013, p. 52).

Para que se tenha uma dimensão das dificuldades enfrentadas pelas *startups* brasileiras, é interessante observar a seguinte análise estatística efetuada pela Fundação Dom Cabral: pelo menos 25% das *startups* brasileiras não sobrevivem ao primeiro ano, e mais da metade não sobrevive mais do que 4 anos. Ao verificarmos a taxa de sobrevivência a longo prazo (mais de 13 anos), o número é ainda mais estarrecedor, pois observa-se que 75% das *startups* brasileiras deixam de existir (NOGUEIRA; OLIVEIRA, 2015, p. 28).

Embora tal taxa de insucesso seja também recorrente em nível internacional, faz-se imperativo diagnosticar, no cenário nacional, suas causas mais relevantes, não só para buscar resolvê-las, como também, e principalmente, para estimular o surgimento de um número bem maior de tentativas. Isso porque é natural neste modelo de negócio um

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

elevado índice de frustração. Assim, com uma maior base de cálculo, o resultado positivo seria também consistente com o verificado nas principais praças do mundo, obtendo-se, em consequência, um aumento de investimentos no setor.

Dentre as causas de tamanha taxa de fracasso, há fatores importantes como a falta de habilidades e competências pessoais, inclusive em gestão de negócios, carência de técnicas comerciais e falta de *networking,* além de um ambiente regulatório e cultural pouco favorável ao empreendedorismo e das dificuldades naturais em obter capital (SPANIOL MENGUE, et al. 2019, p. 85,87).

Segundo Santos, Tonetti e Monteiro:

> "(...) o principal gargalo jurídico para o fomento desse segmento do mercado encontra-se na ausência de um instrumento jurídico que confira, com solidez e possibilidade de multiplicação, ao investidor e ao investido a devida segurança jurídica e enseje menores impactos tributários (SANTOS et al. 2017, p. 19)."

Neste sentido, é relevante analisar as modalidades de investimento existentes no ordenamento jurídico pátrio atual e as dificuldades enfrentadas por cada uma delas, com principal destaque ao investimento anjo, enfoque do presente trabalho.

3.INVESTIMENTO ANJO

Conforme já explicado alhures, as *startups* contam, em seus estágios iniciais de desenvolvimento, com o investimento "semente", que, em regra, tem sua origem no capital dos próprios fundadores, seus familiares e amigos (*founders, family and friends),* também chamados de os 3 F's (HERBST; AGUSTINHO, 2019, p. 249).

Esse investimento nada mais é do que um "pontapé" inicial, necessário para tirar a ideia do papel. A partir daí, uma vez avaliada a eventual viabilidade técnica e econômica do projeto, bem como seu potencial retorno financeiro, dá-se início à busca por outras fontes de capital, capazes de dar andamento ao projeto e expandi-lo, mesmo porque, na maioria dos casos, o capital semente é insuficiente para financiar o empreendimento.

Nesse sentido, existem variadas formas de investimento, dentre as quais destacam-se as seguintes: incubadoras, aceleradoras, *venture capital*, *private equity, crowdfunding*, e, é claro, o investimento anjo.

Investidor anjo é a pessoa, física ou jurídica, que faz aportes, com recursos próprios e/ou de terceiros, em empresas que se enquadram como *startups*. A principal peculiaridade desta modalidade de investimento se dá pelo fato de que o valor investido não integra o capital social da *startup*, de forma que o investidor não faz parte de seu quadro societário,

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ao menos em um momento inicial, não possuindo, também, direito de gerência ou voto em assembleia, não sendo, por outro lado, responsabilizado por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, a ele não se aplicando, também, as regras do art. 50 do Código Civil (BRASIL, 2021).

Este tipo de investimento conta com várias vantagens para os empreendedores, se comparado com as demais modalidades de investimento.

Isto porque, além dos recursos financeiros obtidos, o investimento anjo configura o que se denomina *smart money.* Ou seja, o investidor não apenas faz aportes de capital, mas também atua como verdadeiro mentor da sociedade, uma vez que tais investidores são, na maioria das vezes, empresários experientes e bem sucedidos, que contribuem também com *know how*, *networking* e muitas vezes, até mesmo com recintos próprios, espaços físicos ou virtuais aptos ao desenvolvimento de tais atividades (HERBST; AGUSTINHO, 2019, p. 243; SPANIOL MENGUE, *et al*. 2019, p. 90,92).

Neste ponto, o investimento anjo se diferencia de forma substancial de outras modalidades de investimento, que não contam com este viés de mentoria. É o que ocorre, por exemplo, com o *venture capital*, mais voltado para sociedades já em fase operacional, ainda que emergentes, com o *private equity*, que, em regra, tem como alvo as sociedades em fase mais avançada de investimento (SALAMA, 2018, p.14), ou mesmo com o *crowd funding,* que é caracterizado pela reunião de pequenos investimentos efetuados por uma verdadeira "multidão" de pessoas, com o objetivo de financiar determinada iniciativa ou empreendimento (COCATE; PERNISA JÚNIOR, 2012, p.1).

Não deve, ainda, ser confundido com as ditas incubadoras e aceleradoras de *startups* que, ao contrário, contam com o aspecto de mentoria, *know how* e facilitação do empreendimento, mas não realizam aportes de capital, e frequentemente estão vinculadas a instituições sem fins lucrativos ou a instituições de ensino (GITAHY, 2014, s.p.).

No investimento anjo existe ainda a vantagem do investidor, não sendo sócio, não possuir poder de voto ou decisão em reunião de sócios ou assembleia, o que, por si, afasta indesejável ingerência na gestão da *startup*, conferindo aos fundadores maior autonomia e independência para colocar em prática suas ideias inovadoras.

Urge ressaltar, ainda, que o investimento anjo pode ocorrer por meio de diversas formas contratuais, cada uma com suas peculiaridades e com seus prós e contras.

3.1 Contrato de participação

Tal modalidade contratual de investimento anjo foi instituída pela Lei Complementar 155/2015, consubstanciado pelo contrato de participação, conforme previsto no art. 61-A da LC 123/2006. Tal dispositivo o definiu como o contrato pelo qual

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

o investidor anjo realiza aportes de capital em uma microempresa ou empresa de pequeno porte, com o fim de fomento à inovação e investimentos produtivos. Pela regra acima citada, referidos aportes não são integrados ao capital social da sociedade, e o investidor não será considerado sócio.

Nesta modalidade de contrato, a administração deverá ser exercida única e exclusivamente pelos sócios, sem a ingerência do investidor anjo, que não possui direito a voto em assembleia, mas poderá atuar como um mentor.

Em contrapartida por seus investimentos, o investidor anjo recebe remuneração periódica por seus aportes, que pode ser convertida em participação societária, caso assim seja acordado.

3.2 Contrato de sociedade em conta de participação

Esta modalidade de investimento está tipificada nos arts. 991 e seguintes do Código Civil e consiste em um contrato pelo qual o sócio participante aporta capital próprio no negócio, enquanto a empresa é exercida tão somente pelo chamado sócio ostensivo.

A sociedade em conta de participação é desprovida de personalidade jurídica, e não deve ser registrada na junta comercial, nos termos do art. 993 do CC/02. Entretanto, mesmo que este registro ocorra, não confere personalidade jurídica à empresa.

Em virtude disso, tem-se como consequência jurídica a ausência de titularidade obrigacional, processual ou responsabilidade patrimonial do sócio oculto, em regra, sendo que todos os bens destinados ao exercício da empresa são de única titularidade do sócio ostensivo, assumindo este todos os riscos da atividade (GALIZZI, *apud* JUDICE *et al,* 2015, p. 121).

3.3 Contrato de Mútuo Conversível em Ações

O contrato de mútuo conversível em ações é um contrato atípico, pelo qual o investidor empresta recursos financeiros à *startup*, constando do contrato que o mútuo poderá ser adimplido mediante a transferência de ações da sociedade ao investidor, em um evento futuro, que poderá ser tanto um termo, quanto uma condição a ser preenchida pela *startup* como, por exemplo, uma transformação societária, sendo livre a pactuação destes elementos acidentais pelas partes (JUDICE *et al,* 2015, p. 121,122).

Uma vez ocorrido o termo ou condição pactuada, o mútuo poderá ser convertido em ações ou ser pago em dinheiro, à escolha do investidor, sendo esta a grande vantagem deste tipo de contrato.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Ressalta-se que o investidor apenas passa a integrar o quadro societário da *startup* quando opta por converter seu crédito em participação.

3.4. Contrato de Aquisição da Opção de Compra de Participação societária

O contrato de opção de compra de participação societária se dá por meio da aquisição pelo investidor do direito de opção de compra da participação societária em um momento futuro, que pode ser um termo ou condição (JUDICE *et al,* 2015, p.121,122).

Neste caso, quando ocorrido o termo ou condição pactuados no contrato, o investidor terá a escolha de, querendo, adquirir a participação societária, mediante pagamento de um valor pré-determinado no contrato, que frequentemente é simbólico, considerando que já houve um prévio investimento no momento de aquisição do direito.

Optando o investidor por não adquirir a participação societária, valor algum lhe será devido pela *startup*, justamente porque inexiste mútuo, sendo esta a principal diferença desta modalidade em comparação ao mútuo conversível. O mesmo ocorrerá quando a opção estiver subordinada a uma condição suspensiva que não se implementar, o que caracteriza um grande risco desta modalidade de investimento, que deve ser abordado de forma cuidadosa.

4.NOVO MARCO LEGAL DAS *STARTUPS* E O INCENTIVO LEGAL AO INVESTIMENTO ANJO

É no contexto traçado nos capítulos anteriores que surgiu o novo marco legal das *startups,* que se concretizou na Lei Complementar 182/2021, bem como nas alterações trazidas para a Lei 6.404/1976, que trata da sociedade por ações, e para a Lei Complementar 123/2006, já citada, que regulamenta as microempresas e empresas de pequeno porte.

Nos termos do art. 3º da LC 182/2021, o novo marco legal se pauta no incentivo ao empreendedorismo inovador, em virtude de sua grande importância para o desenvolvimento econômico, social e ambiental. Para tanto, buscou-se criar um ambiente regulatório favorável a estas atividades, prezando pela segurança jurídica, liberdade contratual, modernização do ambiente de negócios, cooperação entre os entes públicos e o setor privado e promoção da competitividade das empresas nacionais.

Assim, neste capítulo iremos abordar as principais alterações trazidas pela nova legislação no que diz respeito ao tema deste trabalho, bem como analisar se estas mudanças de fato representam os avanços propostos pelo programa.

4.1 Ambiente regulatório

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Primeiramente, é interessante verificar que o novo marco legal trouxe algumas disposições com nítida intenção de desburocratizar o ambiente empresarial brasileiro.

Uma delas é a previsão do art. 11 da LC 182, que traz a possibilidade de instituição do chamado *sandbox* regulatório pelos órgãos e entidades da administração pública.

Isto significa que a administração pública poderá autorizar que determinadas empresas inovadoras atuem dentro de um regime regulatório mais flexível e dinâmico, desde que obedeçam a certos parâmetros, o que é muito interessante, considerando que as *startups* frequentemente não se enquadram nas categorias regulatórias clássicas, aplicáveis às demais empresas (COUTINHO FILHO, 2021, 266,265).

Um excelente exemplo de *sandbox* regulatório instituído pelo novo marco legal é a introdução do art. 294-A na Lei 6.604/76, determinando que a CVM regulamente condições facilitadas de acesso das empresas de menor porte ao mercado de capitais

Ademais, a possibilidade do art. 293 da Lei da S.A. de que as companhias fechadas com receita bruta anual de até R$ 78.000.000,00 realizem suas publicações de forma eletrônica e substituam os livros previstos no art. 100 do mesmo diploma legal por registros eletrônicos também é de grande relevância, já que diminuem os custos destas companhias com despesas burocráticas.

Estas alterações, entre outras, demonstram a preocupação do legislador de facilitar a abertura de novas *startups*, o que se traduz em significativa desburocratização dos processos, que tende a fomentar um desenvolvimento mais acelerado do ramo, como se observou na experiência internacional, por exemplo a italiana, cujo *Italian Startup Act* de 2012 alavancou em 160% o crescimento desta modalidade empresarial entre 2014 e 2016 (GRANT THORNTON BRASIL, 2017, p. 3).

4.2 Segurança jurídica e incidente de desconsideração da personalidade jurídica

Um dos pontos de maior preocupação dos investidores anjo é a desconsideração da personalidade jurídica, que traz graves riscos ao investimento, sendo necessária uma maior proteção legislativa neste sentido.

O novo marco legal trouxe mudanças significativas, que devem ser analisadas cuidadosamente.

Temos que, antes da publicação da nova lei, ainda carecia de segurança jurídica o investimento anjo, uma vez que era incerto se o investidor poderia ser alcançado pelo incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No que diz respeito ao contrato de participação, tem-se que a LC 155/2016 limitou a proteção do investidor do incidente de desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50 do Código Civil.

Ora, olvidou-se a legislação de esclarecer se a proteção se estendia às demais modalidades de desconsideração da personalidade jurídica, como a prevista no art. 28 do CDC, que adota a teoria menor, bem como às previstas nos arts. 2º, §2º, 10º e 855-A da CLT.

Deixou, ainda, de incluir a proteção contra a responsabilização tributária, prevista nos arts. 124, 133, 134 e 135 do CTN.

Assim, a proteção do investidor anjo, nos termos da LC 155/2016, se demonstrou deficiente, já que prevalecia, ainda, grande insegurança jurídica e vulnerabilidade ao patrimônio do investidor.

Para as demais modalidades contratuais a situação não era muito mais vantajosa.

O contrato de sociedade em conta de participação conta com expressa previsão legal de que apenas o sócio ostensivo responde pelas dívidas relativas à empreitada, desde que o sócio oculto não interfira nas relações entre a sociedade e terceiros, nos termos do art. 993, parágrafo único, do Código Civil.

Entretanto, frequentemente vinha sofrendo com a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica prevista na legislação trabalhista.

Isto porque, apesar do art. 2º da CLT ter delimitado um pouco mais a responsabilização solidária em situações enquadradas como "grupo econômico", a jurisprudência ainda é altamente vacilante e, a depender da interpretação dada pelo Juiz do Trabalho, muitas vezes influenciada por uma tradição de grande protecionismo do hipossuficiente e de responsabilização de todo aquele que, de alguma forma, aufere proveito ou tem participação na atividade empresarial, o que pode ensejar a responsabilização do sócio oculto.

Veja-se, a título de exemplo, a jurisprudência abaixo, que é apenas uma entre várias no mesmo espírito:

> **INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. ESGOTAMENTO DOS MEIOS DE EXECUÇÃO. TEORIA MENOR. SOCIEDADE EM CONTA DE PARTICIPAÇÃO. SÓCIO OCULTO**. I. À vista do resultado negativo da pesquisa realizada por intermédio do sistema disponível ao Juízo, bem como diante da não localização de veículo pertencente à empresa executada e da ordem

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

de gradação prevista no art. 835 do CPC, está comprovado o esgotamento dos meios de execução em face da empresa executada, o que justifica a instauração do incidente de desconsideração da personalidade jurídica. II. Para a sua decretação, dispõe o art. 50 do CC sobre a teoria maior, que exige a demonstração de abuso ou fraude, e o art. 28, § 5.º, do CDC sobre a teoria menor, que admite a responsabilização dos sócios quando a personalidade da sociedade empresária configurar impeditivo ao ressarcimento dos prejuízos causados ao credor. Nos dois regramentos legais, a responsabilidade recai sobre a figura do sócio, enquanto partícipe da sociedade com suas cotas sociais, condição comprovada nos autos. **III. No caso, aplica-se a teoria menor, advinda da relação de consumo, a qual também incide sobre o regime processual do trabalho, como salvaguarda das verbas trabalhistas devidas ao empregado, ante a omissão da legislação que é própria ao regime celetista. Comprovada processualmente a impossibilidade de a empresa executada assumir o pagamento do débito exequendo, a instauração do incidente para o prosseguimento dos atos executórios em face dos sócios é medida que se ajusta ao ordenamento legal. IV. Nos termos do art. 991 do Código Civil, na sociedade em conta de participação a responsabilidade exclusiva do sócio ostensivo está condicionada ao fato de a atividade constitutiva do objeto social ser exercida unicamente pelo sócio ostensivo. No caso dos autos, o sócio participante movimentava os recursos financeiros da sociedade perante instituição financeira, fato esse, inclusive, reconhecido pelo próprio recorrente na sua peça recursal, sob a justificativa de falta de confiança nos repasses dos lucros da sociedade pela sócia ostensiva. Tal situação traz a aplicação do disposto no art. 993, parágrafo único, do CCB, tornando o sócio oculto solidariamente responsável pelo débito exequendo.**

(TRT-10 - AP: 00001954920125100102 DF, Data de Julgamento: 23/06/2021, Data de Publicação: 29/06/2021) (grifo nosso)

Idêntica preocupação se aplica aos contratos de mútuo conversível, e aquisição da opção de compra de participação societária.

Por fim, todas as modalidades do investimento anjo sofriam, previamente ao novo marco legal das *startups*, grave insegurança jurídica no que tange à responsabilidade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tributária, especialmente quando, eventualmente, ocorre a conversão em participação societária.

Adentrando agora as novidades trazidas pela LC 182/2021, o novo marco legal das *startups,* passaremos analisar se as supracitadas inseguranças foram solucionadas pela nova lei.

Primeiramente, tem-se que o art. 5º do marco legal traz a tipificação, em *numerus apertus*, das modalidades de investimento que não serão consideradas como integrantes do capital social, contendo todas as modalidades já abordadas neste artigo, além de outras.

Em complementação, o art. 8º esclarece que o investidor que realizar o aporte de capital nos formatos já especificados *"não será considerado sócio ou acionista nem possuirá direito a gerência ou a voto na administração da empresa, conforme pactuação contratual"* e

> não responderá por qualquer dívida da empresa, inclusive em recuperação judicial, e a ele não se estenderá o disposto no art. 50 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), no art. 855-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, nos arts. 124, 134 e 135 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 (Código Tributário Nacional), e em outras disposições atinentes à desconsideração da personalidade jurídica existentes na legislação vigente (BRASIL, 2021).

É nítida a preocupação do legislador em aumentar a segurança jurídica do investimento anjo em *startups*, que acertou em estender a proteção ao patrimônio do investidor, para abarcar não só o incidente de desconsideração da personalidade jurídica do código civil, mas também às relações trabalhistas, consumeristas e de responsabilidade tributária.

Outra alteração interessante sob a ótica da segurança jurídica foi a complementação promovida no art. 61-A, §4º da LC 123/06, para resguardar a possibilidade de o investidor anjo participar das deliberações societárias em caráter estritamente consultivo, sem que isso configure a descaracterização do contrato de participação.

Referida alteração é de grande relevância, uma vez que esclarece que a participação do investidor em caráter consultivo não configura, por si só, qualquer fraude ou simulação de efetiva participação societária, o que reduz sobremaneira o risco de aplicação da desconsideração da personalidade jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Não obstante o aumento na segurança jurídica, temos que ainda restam brechas significativas para se alcançar o patrimônio do investidor anjo, especialmente porque a nova lei se esqueceu da responsabilização *solidária* do grupo econômico, quando demonstrada a efetiva comunhão de interesses e atuação conjunta, prevista no art. 2º da CLT.

Ora, caso o investidor anjo seja pessoa jurídica, poderia facilmente ser responsabilizado por meio do grupo econômico, eis que, a depender da interpretação, pode-se configurar o interesse integrado entre o investidor anjo e a *startup*, o que acarreta sua responsabilidade solidária, que é, inclusive, mais gravosa do que a desconsideração propriamente dita da responsabilidade jurídica que, em regra, goza do benefício de ordem.

Não bastasse, também deixou a nova lei de abordar a responsabilidade do sucessor empresarial prevista no art. 133 do CTN, referente à aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento, com continuação da atividade econômica.

Neste caso, a responsabilidade do adquirente é integral, caso o alienante não mais exerça atividade empresária, e subsidiária à do alienante que continua a exercer a atividade, ou que recomece a explorá-la nos seis meses subsequentes à alienação.

É patente a possibilidade de incidência do referido artigo para as modalidades de investimento anjo em que o investidor opta pela conversão em participação societária, com a continuação da atividade pelo investidor.

A conversão do investimento em participação societária pode ser considerado aquisição de fundo de comércio? Para tanto, seria necessário que o investidor se tornasse sócio majoritário?

São questões que permanecem sem resposta clara, a gerar grande incerteza para os investidores.

4.3 Liberdade contratual e liquidez dos investimentos

Foram também realizadas modificações visando aumentar a liberdade contratual entre as partes, já que o prazo de remuneração dos aportes do contrato de participação, previsto no art. 61-A, §4º, III da LC 123, foi expandido de 5 para 7 anos.

Também se promoveu um aumento na liquidez dos contratos de participação, com significativa alteração no §6º do referido artigo, eliminando-se o limite de 50% dos lucros da sociedade para a remuneração do investidor, bem como trazendo explicitamente a possibilidade da conversão de aporte de capital em participação societária.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

O §7º também sofreu alteração, ainda que mais discreta, para prever que, para fins de resgate do investimento, o valor deverá ser corrigido conforme índice previsto no contrato.

4.4 Tributação

A tributação do investimento anjo também deve ser analisada de forma cuidadosa, por se tratar de um dos principais alvos de críticas pelo mercado, em virtude da ausência de maiores incentivos.

No contrato de participação, sob o ponto de vista da *startup*, o regime tributário é vantajoso, tendo em vista que os aportes de capital não são considerados receita, e não impedem que a *startup* que recebe o investimento permaneça optante pelo Simples Nacional (BRASIL, 2016).

Por outro lado, sobre a tributação dos rendimentos do investidor anjo,

> Apesar de ser equiparada à participação nos resultados em sociedade, há incidência de imposto de renda sobre a remuneração, que consiste em uma das três modalidades de retirada de capital pelo investidor, a teor do que disciplina a IN n. 1.719/2017 (RORATO FILHO, 2019, p. 59).

Não bastasse, a IN RFB n. 1719, que regulamenta a tributação destes rendimentos, traz em seu art. 5º alíquotas regressivas que variam entre 22,5% e 15%, e que são idênticas às praticadas na tributação de investimentos de renda fixa.

Referida alíquota se aplica não só sobre a remuneração periódica do investidor, mas também ao resgate e à cessão dos direitos para terceiro, tudo nos termos da IN RFB n. 1719.

Trata-se de verdadeiro desincentivo, uma vez que o investimento anjo é de altíssimo risco, enquanto a renda fixa é de baixo risco, o que, no entendimento de Rorato Filho, viola o princípio da isonomia, previsto no art. 150, II da CF/88 (RORATO FILHO, 2019, p. 25).

Lado outro, a IN RFB n. 1719 não prevê como fato gerador a conversão do aporte em participação societária. Sendo assim, caso o investidor opte por não receber sua remuneração periódica, mas sim convertê-la em participação ao final do termo estipulado em contrato, não incidiria imposto de renda para o investidor.

Assim, analisando a legislação sob outro enfoque, pode-se dizer que a legislação tributária, na realidade, estimula que o investidor realize, ao final, a conversão de seu aporte

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

em participação societária, o que é interessante para o desenvolvimento das *startups*, pois promove a aplicação dos valores na atividade empresária.

Já o contrato de mútuo conversível em participação societária é tributado de forma diversa.

Isto porque, caso o investidor seja pessoa jurídica, a operação de mútuo é fato gerador do IOF, nos termos da Lei 5.143/66, bem como do imposto de renda sobre o ganho de capital, em alíquotas regressivas de 22,5% a 15%, análogas às aplicáveis à renda fixa (RORATO FILHO, 2019, p. 38).

Ainda, em caso de ágio, quando da conversão da participação em sociedade limitada, incidirá alíquota de 15%, sendo os sócios da investida pessoas físicas, até 34%, se forem pessoas jurídicas. Assim, pode ser vantajosa a transformação da sociedade em Sociedade Anônima antes da conversão, uma vez que, neste caso, o art. 38 do Decreto-Lei n. 1.598/1977 afasta a incidência de imposto sobre o ágio (RORATO FILHO, 2019, p.38).

Uma vantagem muito interessante nesta modalidade contratual é que o valor investido não afastaria o regime tributário Simples, uma vez que seria contabilizado como um passivo (RORATO FILHO, 2019, p. 38).

Por fim, resta abordar a tributação dos investimentos anjo realizados por meio de sociedade em conta de participação.

Na prática, esse tipo de contrato acaba sendo pouco utilizado nos investimentos em *startups*, uma vez que, segundo interpretação dada pela Receita Federal, pode inviabilizar a *startup* de permanecer optante pelo regime tributário Simples Nacional, conforme leitura combinada do art. 3º, § 4º, VII e do art. 30 da Lei Complementar 123/06. Assim, considerando que a grande maioria do investimento anjo em *startups* se dá em uma fase inicial do negócio, a migração para um regime tributário mais complexo pode trazer diversos empecilhos para a sociedade que recebe o investimento (JUDICE *et al,* 2015, p. 171 e 172).

5.CONCLUSÃO

O que se pode concluir a partir da análise das modificações trazidas pela Lei Complementar 182/21, é que o legislador conseguiu introduzir no ordenamento jurídico uma série de possíveis soluções para problemas que há muito vinham desestimulando o investimento em *startups* no Brasil. É claro que, para verificar se as propostas realmente produzirão os efeitos esperados, será necessário aguardar pela entrada em vigor da lei, mas a expectativa é otimista.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No que toca o *sandbox* regulatório foram introduzidas alterações com vistas a reduzir a burocracia e flexibilizar o ambiente regulatório, trazendo dinamismo para a atuação de empresas emergentes como as *startups*, e proporcionando-lhes a chance de crescer sem a necessidade de enfrentar obstáculos de ordem puramente procedimental.

No que toca à liberdade contratual e à liquidez dos investimentos, percebe-se que, muito embora as alterações sejam mais discretas, a mudança na redação do §6º, do art. 61-A, da LC 123/06, que não mais limita a remuneração do investidor anjo a 50% dos lucros da sociedade, pode representar um incentivo significativo, pois permite a possibilidade de maiores retornos para o investidor.

No entanto, na seara tributária, o novo marco legal foi omisso, não trazendo qualquer mudança significativa.

Assim, permanece a incidência de imposto de renda em alíquotas análogas à da renda fixa para a remuneração ao investidor anjo nos contratos de participação e mútuo conversível, além de, neste último, em caso de ágio, sendo a sociedade investida uma limitada, 15%, sendo os sócios da investida pessoas físicas, até 34%, se forem pessoas jurídicas. Referidas alíquotas, especialmente as incidentes sobre a remuneração do investidor anjo, podem ser consideradas como verdadeira ofensa ao princípio da isonomia tributária, quando se considera que o investimento anjo vem sendo tratado pelo fisco como se fosse equivalente ao investimento em renda fixa, não obstante o primeiro tenha altíssimo grau de risco e o segundo tenha risco praticamente inexistente.

Por fim, a proteção do investidor anjo contra o incidente de desconsideração da personalidade jurídica foi aumentada sobremaneira, para abranger não só o art. 50 do Código Civil, mas também as hipóteses do art. 855-A da CLT, e dos os arts. 124, 134 e 135 do CTN.

Ocorre que olvidou-se o legislador de dispor sobre a caracterização eventual de grupo econômico que, nos termos do art. 2º da CLT, acarretaria na responsabilização solidária dos investidores, o que é temerário.

Omitiu-se, ademais, o legislador quanto à responsabilidade tributária do sucessor empresarial prevista no art. 133 do CTN, referente à aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento, com continuação da atividade econômica, hipótese esta que pode restar configurada em caso de conversão do investimento em participação societária.

Portanto, entende-se que o novo marco legal foi deficitário neste aspecto.

Concluindo, em um panorama geral, a Lei Complementar 182/2021 trouxe importantes alterações que estimulam o crescimento das *startups*, bem como fomentam o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

investimento anjo. No entanto, ainda restam aspectos a serem melhorados no ordenamento jurídico pátrio para que o setor atinja seu amplo potencial.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA JÚNIOR. Jesualdo Eduardo de. A responsabilidade do investidor-anjo e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. **Revista dos tribunais. Revista do Direito Recuperacional e Empresa**. vol. 7/2018. Jan - Mar. 2018. DTR\2018\10397. Disponível em: https://revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9b0000017788086866144d667d&docguid=I925624901b7611e88e06010000000000&hitguid=I925624901b7611e88e06010000000000&spos=4&epos=4&td=10&context=38&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=false&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1. Acesso em: 09/02/2021.

ALVES, Fábia Santos. **Um estudos das Startups no Brasil**. Universidade Federal da Bahia. Salvador. 2013. Disponível em:

https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/15395/1/F%c3%81BIA%20SANTOS%20ALVES.pdf. Acesso em: 29/04/2021.

BONFIM CÂNDIDO SILVA, A.; ZACHEO GARBIM, M.; REGINA FERREIRA, M. *Startup*: vantagens e desvantagens de empreender nesta nova modalidade de negócio . **Anais do fórum de iniciação científica do unifunec**, *[S. l.]*, v. 8, n. 8, 2018. Disponível em: https://seer.unifunec.edu.br/index.php/forum/article/view/3118. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. Projeto de Lei Complementar 249/2020. **Marco Legal das Start-ups**. Câmara Legislativa. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1936965&filename=PLP+249/2020. Consulta em: 09/02/2021.

BRASIL. Lei Complementar 167 de 24 de Abril de 2019. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp167.htm. Acesso em 07/07/2021.

BRASIL. Lei Complementar 182 de 1º de Junho de 2021. **Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador.** Planalto. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp182.htm. Acesso em: 07/07/2021.

BRASIL. Lei Complementar 155 de 27 de Outubro de 2016. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp155.htm. Acesso em: 07/07/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei Complementar 123 de 14 de Dezembro de 2006. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp123.htm. Acesso em: 07/07/2021.

CANTAMESSA; Marco; *Et al.* ***Startup*** **Roads to Failure.** ***Sustainability***. Torino, vol. 10. 2018. n. 2346. 6. Jul.2018. Disponível em: https://doi.org/10.3390/su10072346. Acesso em: 28/04/2021.

CHATTERJU, Aaron K.; FAIRLIE, Robert W. High-Technology Entrepreneurship in Silicon Valley. ***Journal of Economics & Management Strategy***. vol. 22. n. 2. p. 265-389. Disponível em: https://doi.org/10.1111/jems.12015. Acesso em: 29/04/2021.

COCATE, Flávia Medeiros; JÚNIOR, Carlos Pernisa. ***Crowdfunding***. estudo sobre o fenômeno virtual. Líbero, São Paulo, v. 15, n. 29, p. 135-144, jun. de 2012. Disponível em: http://201.33.98.90/index.php/libero/article/view/313/287 . Acesso em: 28 jun. 2021.

COMEÇOU a 4ª Revolução Industrial. **HSM** ***Experience***. 15 fev. 2017. Disponível em: https://experience.hsm.com.br/spc/posts/comecou-a-4-revolucao-industrial. Acesso em: 13 jul. 2020.

COHEN, Susan; HOCHBERG, Yael. *Accelerating Startups: The Seed Accelerator Phenomenon* (2014). ***SSRN Electronic Journal***. Disponível em: https://ssrn.com/abstract=2418000 ou http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2418000. Acesso em: 06/06/21

COUTINHO FILHO, Augusto. Regulação 'Sandbox' como instrumento regulatório no mercado de capitais: principais características e prática internacional. **Revista Digital de Direito Administrativo,** *[S. l.]*, v. 5, n. 2, p. 264-282, 2018. DOI: 10.11606/issn.2319-0558.v5i2p264-282. Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/141450. Acesso em: 5 jul. 2021.

GITAHY, Yuri. **Incubadora e aceleradora***:* qual a diferença entre elas? SEBRAE. 17. Jan. 2014. Disponível em: https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/entenda-a-diferenca-entre-incubadora-e-aceleradora,761913074c0a3410VgnVCM1000003b74010aRCRD. Acesso em: 12/05/2021.

GRANT THORNTON BRASIL. **O estímulo como ferramenta para o fomento do investimento em** ***startups***: o caso do investimento anjo. ANJOS DO BRASIL, 2017. Disponível em: https://www.anjosdobrasil.net/uploads/7/9/5/6/7956863/estudo_sobre_estimulo_para_investimento_em_startups_-_anjos_do_brasil_e_grant_thornton.pdf. Acesso em: 07/07/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

HERBST, Kharen Kelm; AGUSTINHO, Eduardo Oliveira. O investimento anjo como instrumento de desenvolvimento econômico no Brasil. **Direito e Desenvolvimento**, João Pessoa, v. 10, n. 2, p. 241-255, jul./dez. 2019. Disponível em:

https://periodicos.unipe.edu.br/index.php/direitoedesenvolvimento/article/view/1127/660. Acesso em: 23 de junho de 2021.

JÚDICE, Lucas Pimenta; NYBO, Erik Fontenele, orgs. **Direito das *Startups***. Curitiba: Joruá editora, 2015.

NOGUEIRA, Vanessa Silva; OLIVEIRA, Carlos Alberto Arruda de. **Causa da mortalidade das *startups* brasileiras**: como aumentar as chances de sobrevivência no mercado. Nova Lima, DOM: v.9, n. 25, p. 26-33, nov./fev. 2014/2015.

RORATO FILHO, José Cláudio. *Um***a análise crítica do contrato de participação criado pela Lei Complementar 155/2016 em comparação às outras formas de estruturação do investimento-anjo.** Dissertação (Mestrado em direito) - Fundação Getúlio Vargas, Escola de Direito de São Paulo. São Paulo. 2019.

SALAMA, Bruno. **Estruturas jurídicas de investimento em *startups***: *Private Equity* e *Venture Capital*. Monografia (LLM em Direito Societário). Insper Instituto de Ensino e Pesquisa. São Paulo, 2018. Disponível em:

http://dspace.insper.edu.br/xmlui/bitstream/handle/11224/1954/BRUNO%20SALAMA_Trabalho.pdf?sequence=1. Acesso em: 12/05/2021.

SANTOS, Fábio Gomes, et al. **Desafios jurídicos para o fomento financeiro da inovação pelas empresas**. Inovação no Brasil: avanços e desafios jurídicos e institucionais. São Paulo: Blucher. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Fabio-Gomes-Dos-Santos/publication/320479848_Desafios_juridicos_para_o_fomento_financeiro_da_inovacao_pelas_empresas/links/5d8a6a0b458515202b6586b8/Desafios-juridicos-para-o-fomento-financeiro-da-inovacao-pelas-empresas.pdf. Acesso em: 21. jun. 2021.

SCHWAB, Klaus Martin. **A Quarta Revolução Industrial**. 1ª edição. São Paulo. Edipro. 2017.

SILVA, Francisco Aguiar de Melo e. **Fatores que contribuem para o insucesso das *startups*:** o reverso da "medalha". BUM - Dissertações de Mestrado. 20. mai. 2013. Disponível em: http://hdl.handle.net/1822/25153. Acesso em: 14. mar. 2021.

SIQUEIRA, Érica Souza; DINIZ, Eduardo Henrique**. *Equity Crowdfunding* no Brasil**: Características Gerais Dessa Modalidade de Investimentos, Novos Aspectos Regulatórios e o Perfil do Investidor. XX SemeAd - Seminários em Administração. Nov. 2017. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Erica-Siqueira-

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

2/publication/323014007_EQUITY_CROWDFUNDING_NO_BRASIL_CARACTERISTICAS_DESSA_MODALIDADE_DE_INVESTIMENTOS_NOVOS_ASPECTOS_REGULATORIOS_E_O_PERFIL_DO_INVESTIDOR/links/5a8c7b9ea6fdcc786eafd5c6/EQUITY-CROWDFUNDING-NO-BRASIL-CARACTERISTICAS-DESSA-MODALIDADE-DE-INVESTIMENTOS-NOVOS-ASPECTOS-REGULATORIOS-E-O-PERFIL-DO-INVESTIDOR.pdf. Acesso em: 29. jun. 2021.

SPANIOL MENGUE, T.; SCHMIDT, S.; CRISTINA BOHNENBERGER, M. **Contribuições Do Investimento Anjo Para O Desenvolvimento De *Startups* Na Região Metropolitana De Porto Alegre.** Gestao e Desenvolvimento (18075436), [s. l.], v. 16, n. 1, p. 71–98, 2019. DOI 10.25112/rgd.v16i1.1640. Disponível em: http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct= true & db= foh & AN= 136902591 & lang=pt-br & site=ehost-live. Acesso em: 14 mar. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

INTELIGÊNCIA E CONTRAINTELIGÊNCIA POLICIAL

RENATO RAFAEL DE BRITO FELL: Mestrando em Direito Ambiental, Bacharel em Direito, Bacharel em Ciências Militares, Tecnólogo em Segurança Pública, Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal, Pós-graduado em Direito Militar, Pós-graduado em Maçonologia, Historia e Filosofia, MBA em Gestão e Inteligência de Segurança Pública, MBA em Segurança e Defesa Cibernética, Oficial do Quadro de Oficiais do Estado Maior da Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

RESUMO: No mundo globalizado em rápida mudança, desenvolvimentos notavelmente rápidos e significativos foram enfrentados na área de segurança nacional. Os avanços nas tecnologias de comunicação e transporte removeram quase completamente as fronteiras físicas. Nesse escopo teve-se como objeto geral desse trabalho realizar uma discussão bibliográfica acerca da inteligência e contrainteligência policial. Utilizando materiais bibliográficos para sua elaboração e realizando uma revisão da literatura e pesquisa, contando com a abordagem qualitativa, desse modo foram incluídos artigos nacionais e internacionais. Identificou-se que as instituições de segurança nacional agora precisam lutar contra novas e complicadas ameaças à segurança que vão além das fronteiras, como crime organizado e terrorismo. Essas ameaças e o ambiente hostil tornam mais complexa à identificação de agentes nocivos que forçam as nações a revisar suas estruturas de segurança atuais e a tomar medidas novas e eficazes nas áreas necessárias para garantir sua segurança nacional. Assim, é possível concluir que só é possível para uma nação garantir sua segurança nacional por completo, não apenas tendo uma abordagem defensiva e passiva, mas também com o uso da inteligência e contrainteligência.

Palavras-chave: Inteligência; Contrainteligência; Polícia.

ABSTRACT: In the rapidly changing globalized world, remarkably rapid and significant developments were faced in the area of national security. Advances in communication and transportation technologies have almost completely removed physical boundaries. In this scope, the general object of this work was to carry out a bibliographical discussion about police intelligence and counterintelligence. Using bibliographic materials for its elaboration and conducting a literature and research review, relying on a qualitative approach, national and international articles were thus included. It was identified that national security institutions now need to fight new and complicated security threats that go beyond borders, such as organized crime and terrorism. These threats and the hostile environment

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

make it more complex to identify harmful agents that force nations to review their current security structures and take new and effective measures in areas necessary to ensure their national security. Thus, it is possible to conclude that it is only possible for a nation to guarantee its national security completely, not only by taking a defensive and passive approach, but also with the use of intelligence and counterintelligence.

Keywords: Intelligence; Counter-intelligence; Police.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. DEFININDO O POLICIAMENTO CONDUZIDO POR INTELIGÊNCIA. 2.1. CONTRAINTELIGÊNCIA E SEUS SEGMENTOS. 2.2. O FUNCIONAMENTODO POLICIAMENTO BASEADO EM INTELIGÊNCIA. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6. REFERENCIAS.

1. INTRODUÇÃO

Frequentemente assistimos filmes policiais e ficamos perplexos como os agentes e detetives são capazes de resolver mistérios ou derrotar organizações inimigas com astúcia inimaginável. Tudo isso é possível na realidade graças a doutrina de inteligência e contrainteligência policial.

Na busca incessante por formas de combater o crime de forma mais eficaz, fica claro: a solução ideal é, antes de tudo, evitar a ocorrência de crimes. Calderon (2014) comenta que desde a década de 1990, muitas agências de aplicação da lei em todo o mundo têm usado alguma forma de policiamento baseado em inteligência para a prevenção do crime. Depois de quase três décadas, no entanto, ainda há muita controvérsia e, surpreendentemente, não há muitas evidências empíricas para apoiar ou desacreditar essa abordagem baseada em dados para a prevenção do crime. Então, surgiram alguns questionamentos, tais como onde está o policiamento inteligente hoje. É realmente uma abordagem viável e prática para a prevenção do crime. E pode ser implementado com sucesso, evitando problemas como criação de perfil.

Os termos inteligência e contrainteligência são normalmente associados a organizações militares, estatais e comerciais. A inteligência é considerada o centro ou fundamento no desenvolvimento de cursos de ação sugeridos, um grupo especial trabalha na unidade de inteligência para poder reunir todas as informações relevantes. Eles avaliam as informações que podem ser cruciais em seu processo de tomada de decisão, no entanto, a unidade de inteligência precisa ter cuidado com todos os seus movimentos.

A evolução das estratégias de policiamento e novas tecnologias aumentaram consideravelmente o papel da inteligência nas agências de aplicação da lei. Apesar das dificuldades de implementação de antigas filosofias baseadas na comunidade e orientadas para os problemas, além de experimentos específicos, agora é geralmente reconhecido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

que a inteligência tem um papel importante a desempenhar tanto no diagnóstico de problemas de insegurança quanto no design de ações preventivas direcionadas. A alocação estratégica de recursos aos problemas mais significativos e à medida do desempenho da polícia (essencialmente por meio de indicadores de redução do crime), fornecem motivação gerencial adicional para melhorar as abordagens de policiamento baseadas em inteligência. Ferreira (2017)

Assim, Paula (2013) discorre que o papel cada vez maior da inteligência foi ampliado por meio da criação do crime em unidades de análise dentro das organizações policiais. No entanto, a implementação dessas novas estruturas encontrou resistência ocasionalmente. Nem sempre é claro porque a polícia deve expandir seu papel quando muitas vezes há falta de recursos e efetivo para realizar seu trabalho. Ideologicamente, as novas estratégias podem ser percebidas como redução de outras áreas também imprescindíveis, consequentemente, alterando o papel do policiamento.

Finalmente, a análise do crime é um processo transversal em hierarquias verticais, estes favorecem a obediência a tradicional demanda hierárquica enquanto demandas de outros colegas ou serviços que podem ser atendidas, mas em uma ordem de baixa prioridade. Calderon (2014) comenta que isso pode ser agravado por limites tradicionais zelosamente preservados como campos especializados de especialização, como resultado desse histórico, a análise do crime atraiu pesquisadores de diferentes comunidades acadêmicas como geografia, psicologia e criminologia.

Trata-se de uma pesquisa bibliográfica, na qual faz uso de materiais bibliográficos para sua elaboração. Foi realizada uma revisão da literatura, a pesquisa conta com a abordagem qualitativa, para que a coleta de dados ocorra se faz necessário que sejam utilizadas fontes confiáveis, desse modo foram incluídos artigos nacionais e internacionais.

2. DEFININDO O POLICIAMENTO CONDUZIDO POR INTELIGÊNCIA

É reconhecido que a inteligência é o produto oportuno, preciso e utilizável de informações processadas logicamente. No contexto do sistema de justiça criminal, Paula (2013) discorre que as informações pertencem ao crime e ao contexto em que ocorre. Por exemplo, de uma série de crimes, uma hipótese sobre onde vive o criminoso ou quando e onde irá ser o próximo incidente, às vezes pode ser inferido a partir dos dados disponíveis. Esses julgamentos fornecem pistas que são traduzidas em medidas operacionais, como vigilância ou polícia direcionada a patrulhas. Esta etapa de interpretação, chamada de análise, é frequentemente considerada como o coração de um processo incorporando todo o tratamento dos dados, desde sua coleta até a implementação da própria inteligência.

A análise pode envolver uma variedade de conhecimentos de diferentes áreas especializadas, como criminologia, ciência da computação, psicologia, ciência forense e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

economia. Raciocínio em informações imperfeitas (que são sistematicamente incertas, incompletas, imprecisas ou mesmo contraditórias) pode gerar um debate intenso, nos domínios onde as inferências são cuidadosamente estudadas e discutidas, com o objetivo de fornecer inteligência por meio de métodos fundamentados de investigação criminal. No entanto, muito esforço é geralmente dedicado para a construção de formalismos elaborados considerando que a precisão dos resultados no contexto real da investigação pode variar amplamente. Carvalho (2015)

Segundo Ferreira (2017) o benefício prático destas atividades de pesquisa às vezes é difícil de avaliar e até questionáveis. Contribuições de domínios especializados são repetidamente consideradas um complemento ao crime de investigação, assumindo implicitamente que a inteligência será integrada por meio de estruturas investigativas bem definidas. Na verdade, a investigação criminal raramente é formalizada e requer principalmente o processamento do conhecimento de senso comum. A análise de inteligência criminal deve, portanto, ser considerada como um domínio que fornece métodos e técnicas que auxiliam na integração de dados e vários corpos de conhecimento especializado, cujo resultado é estruturar melhor o raciocínio e processos usados no curso das investigações e para comunicar eficazmente os resultados para parceiros.

Nessa direção, comenta-se que a atividade de inteligência possui dois ramos: a inteligência e a contrainteligência. Ferreira (2017) ressalta que a inteligência é referente à produção de conhecimento com vistas ao assessoramento do processo decisório ou de planejamento, em conseguinte, a contrainteligência tem como escopo a prevenção, detecção, obstrução e neutralização das ações adversas, de modo que sejam protegidos os dados, pessoas, conhecimentos, instalações e áreas.

De acordo com o Decreto n. 4.376, de 13 de setembro de 2002 (Brasil, 2002), ao que se refere à organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, ambos os ramos podem ser definidos como:

> Art. 2º Para os efeitos deste Decreto entende-se como inteligência a atividade de obtenção e análise de dados e informações e de produção e difusão de conhecimentos, dentro e fora do território nacional, relativos a fatos e situações de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental, a salvaguarda e a segurança da sociedade e do Estado.
>
> Art. 3º Entende-se como contrainteligência a atividade que objetiva prevenir, detectar, obstruir e neutralizar a inteligência adversa e ações de qualquer natureza que constituam ameaça à salvaguarda de dados, informações e conhecimentos de interesse da segurança da sociedade e do Estado, bem como das áreas e dos meios que os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

retenham ou em que transitem. Complementarmente, a Política Nacional de Inteligência (PNI)171 conceitua os ramos Inteligência e Contrainteligência como:

I – Inteligência: atividade que objetiva produzir e difundir conhecimentos às autoridades competentes, relativos a fatos e situações que ocorram dentro e fora do território nacional, de imediata ou potencial influência sobre o processo decisório, a ação governamental e a salvaguarda da sociedade e do Estado;

II – Contrainteligência: atividade que objetiva prevenir, detectar, obstruir e neutralizar a Inteligência adversa e as ações que constituam ameaça à salvaguarda de dados, conhecimentos, pessoas, áreas e instalações de interesse da sociedade e do Estado (Brasil, 2016).

Em complemento, pautando-se na Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública (DNISP), comenta-se que os ramos Inteligência e Contrainteligência encontram-se intrinsecamente ligados, de forma que não possuem limites precisos, haja vista que se interpenetram se inter-relacionam e se interdependem (BRASIL, 2015).

Cabe diante disso, salientar que os termos inteligência e policiamento junto costumam provocar pensamentos relativos a algum tipo de sistema de vigilância secreta usado para coletar informações de maneira não divulgada. No entanto, o verdadeiro significado do termo policiamento de inteligência, ou "policiamento conduzido por inteligência" (uma forma mais significativa de colocá-lo) está longe dessa suposição.

Paula (2013) afirma que como a tecnologia continua a crescer em um ritmo acelerado no século 21, é imperativo que as agências de aplicação da lei acompanhem essa rápida mudança. As agências de aplicação da lei, especialmente as forças policiais, estão sempre criando novos métodos para combater o crime de maneira mais eficaz. Como parte dessa busca sem fim, as forças policiais criaram um método para ajudar a prevenir o crime, garantindo que ele não aconteça.

2.1. Contra-inteligência e seus segmentos

A contra-inteligência (CI) é a função de inteligência que se preocupa em identificar e neutralizar a ameaça representada por capacidades de inteligência hostis e por

171171 Decreto n. 8.793, de 29 de junho de 2016. Fixa a Política Nacional de Inteligência. Disponívelem: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/decreto/D8793.htm>

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

organizações ou indivíduos envolvido em espionagem, sabotagem, subversão ou terrorismo. Paula (2013)

Segundo Carvalho (2015) o objetivo da CI é aumentar a segurança do comando por negar um adversário ou informações que podem ser usadas para conduzir operações eficazes contra forças amigas e para proteger o comando identificando e neutralizando espionagem, sabotagem, subversão ou esforços de terrorismo. CI fornece suporte de inteligência crítica para a força de comando esforços de proteção, ajudando a identificar ameaças potenciais, ameaças capacidades e intenções planejadas para operações amigáveis enquanto o adversário adquire capacidades amigáveis, vulnerabilidades e intenções.

De acordo com Ferreira (2017) a segurança das operações reduz nossa exposição. Esforços de combate ao terrorismo e combinam para nos tornar um alvo menos lucrativo. Ao fazer isso, o CI aumenta a incerteza para o inimigo, portanto, contribui significativamente para o sucesso das operações amigáveis. CI também identifica as vulnerabilidades, avalia medidas de segurança e auxilia na implementação de planos de segurança apropriados.

Dentre os segmentos de contrainteligência, esta pode ser dividida em segurança Orgânica (SEGOR); Segurança Ativa (SEGAT) e Segurança de Assuntos Internos (SAI).

Ao que se refere a Segurança Orgânica, pode ser descrita como:

> Trata-se do conjunto de ações protetivas integradas, destinadas a proteger os recursos humanos, a documentação, as instalações, o material, as comunicações, a telemática, informática e as operações, visando à efetiva proteção diante de qualquer natureza adversa; (CURSO DE INTRODUÇÃO À ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA- CIAI, 2015, p. 65)

Acerca desta, pode-se mencionar o exemplo da situação em que alguma unidade de Polícia seja acometida de uma invasão criminosa. Caso os protocolos de atendimento estejam previamente definidos no plano de segurança orgânica (PSO) pouco se sofrerá com a ação, pois os elementos necessários, de maior sensibilidade bem como os recursos humanos estarão mais bem protegidos.

Dentre os ramos da SEGOR, destaca a Segurança de Pessoal, Segurança da Documentação e do Material, Segurança das Telecomunicações, Telemática e Informática e Segurança das Áreas e Instalações.

Quanto ao segmento de Segurança Ativa (SEGAT), este se refere "ao conjunto de medidas ofensivas, protetivas, destinadas a detectar, identificar, avaliar, analisar, neutralizar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

as ações adversas de elementos ou grupos de qualquer natureza, que atentem contra a Segurança Pública" (DNISP, 2009, p.42).

Já a segurança de Assuntos Internos, concerne ao "conjunto de medidas destinadas à produção de conhecimentos que visam assessorar as ações de correição das instituições públicas". (CIAI, 2015, p.70).

2.1.1. Definição de policiamento conduzido por inteligência (PCI)

O PCI se refere a uma estrutura de gerenciamento para rastrear inteligência criminal e delinear o trabalho policial futuro/planejado, em que a inteligência é fundamental. A inteligência adquirida orienta os objetivos estratégicos e operacionais das forças policiais, bem como as prioridades para que possam suprimir com eficiência o crime e outras ameaças à segurança. Também busca orientar as decisões sobre o trabalho operacional da polícia e a alocação racional de recursos humanos, materiais e técnicos. Ferreira (2017)

De acordo com Carvalho (2015) o PCI busca desafiar o estilo tradicional de policiamento, que há muito é um estilo de trabalho dominado pelo policiamento baseado em respostas. O PCI muda isso para um estilo de aplicação da lei que incentiva a colaboração entre agências e o pensamento pró-ativo; no entanto, o planejamento e a priorização de tais meios não prejudicam o fato de que as forças policiais sempre precisam ser reativas e vigilantes às ameaças à segurança. Em essência, o PCI complementa o policiamento tradicional e baseado em resposta.

Segundo Ferreira (2017) o policiamento baseado em inteligência inicialmente tomou forma como um modelo gerencial de cima para baixo, em que o poder de decidir as perspectivas de uma determinada agência de aplicação da lei está concentrado no topo, por meio de comunicação e compartilhamento de informações, que se alimenta para os superiores, quem então faria ligações para saber como a força policial operaria. Em contraste, o modelo tradicional de policiamento comunitário é uma abordagem de baixo para cima, cujo objetivo principal é melhorar o relacionamento entre o público e a polícia.

Assim, Carvalho (2015) destaca que embora a tecnologia sofisticada e a abordagem baseada em dados do PCI de hoje não existissem anos antes, ela ainda existe de forma rudimentar há décadas. As forças policiais têm usado os dados do crime para identificar padrões e antecipar aproximadamente quando o próximo crime ocorrerá. Com o rápido avanço da tecnologia, modelos de dados estão sendo empregados, com fatores como clima, hora do dia, pontos críticos de crime e a origem dos criminosos. Isso permite que as agências de aplicação da lei construam modelos complexos que podem permitir que concentrem seus recursos em atividades específicas. Esses dados coletados geralmente são coletados diretamente das informações armazenadas no sistema da agência de aplicação da lei e, principalmente, se concentram na análise das características do indivíduo. Essas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

características podem incluir registros de prisões, atividades de facções, incidentes domésticos e relações familiares daquele indivíduo. Isso permite que as agências de aplicação da lei aproveitem os dados para o bem maior de um policiamento melhor.

Carvalho (2015) comenta ainda que quando se trata de aplicação da lei baseada em dados, duas abordagens vêm à mente: policiamento baseado em inteligência e policiamento preditivo. Embora essas abordagens não sejam mutuamente exclusivas, há uma diferença. O policiamento preditivo usa computadores para analisar os grandes volumes de dados sobre crimes em uma área geográfica, na tentativa de prever onde e quando um crime ocorrerá no futuro próximo. Embora não vá tão longe a ponto de identificar quem cometerá o crime, ele aponta pontos críticos para ajudar a aplicação da lei a prever a hora aproximada do dia e a área da cidade onde a polícia pode prever outro crime. Munida dessas informações, a polícia pode ser posicionada de forma mais estratégica para impedir um crime em andamento ou, ainda melhor, impedir que um crime ocorra.

Para Paula (2013) o policiamento baseado em inteligência, por outro lado, tenta identificar potenciais vítimas e potenciais infratores reincidentes e, em seguida, trabalha em parceria com a comunidade para fornecer aos infratores a oportunidade de mudar seu comportamento antes de serem presos por um crime mais grave. Entende-se, portanto, que o policiamento liderado por inteligência é uma abordagem colaborativa de aplicação da lei que combina policiamento de solução de problemas, compartilhamento de informações e responsabilidade policial, com operações de inteligência aprimoradas. Ele é projetado para orientar as atividades de policiamento em relação a criminosos, locais ou crimes de alta frequência para impactar as decisões de alocação de recursos.

Nessa direção, Carvalho (2015) discorre que um componente importante do policiamento conduzido por inteligência é que ele incentiva e, possivelmente, depende da colaboração entre várias agências e a comunidade, incluindo não apenas a polícia local, mas outras autoridades locais, como agências de segurança interna. Em suma, o policiamento preditivo se preocupa com onde e quando o crime pode acontecer, enquanto o policiamento baseado em inteligência, que muitas vezes inclui o policiamento preditivo, se concentra na prevenção da vitimização.

Ferreira (2017) faz menção ao fato de que a aplicação da lei deve ser versátil em sua capacidade de reunir e usar inteligência devido à diversidade em como as informações são utilizadas. Um problema que assola uma pequena cidade pode não estar presente em uma cidade vizinha a apenas alguns quilômetros de distância, o que pode ser considerado um problema de grande escala em uma pequena ou média cidade pode nem mesmo ser resolvido em uma grande cidade metropolitana devido às preocupações mais urgentes que estão ocorrendo. Cada problema é relativo de uma jurisdição para outra e isso força

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

as comunidades a decidirem se vão dedicar dinheiro, tempo e recursos ao problema. Boas informações de inteligência podem ajudar a tomar essa decisão.

Devemos nos lembrar disso, nem todas as informações de inteligência tratam de espionagem e espiões como vemos na televisão e lemos no jornal. As informações de inteligência da aplicação da lei assumem muitas formas em uma variedade de tópicos, como; tráfico de entorpecentes, tráfico de pessoas, facções, furtos e roubo de veículos etc. As informações de inteligência ajudam a resolver casos e fazer prisões que podem levar a um processo judicial bem-sucedido.

As fontes de coleta de inteligência na aplicação da lei são muitas. Ferreira (2017) destaca as escutas telefônicas e vigilância eletrônica dão ótimas histórias, mas na realidade são poucas e raras. Uma das melhores fontes de informações de inteligência é o policial de rua. As observações e interações do policial diariamente com as pessoas que vivem e trabalham em sua área de patrulha designada são cruciais para a aplicação da lei. Programas de vigilância de quarteirões, oficiais de recursos escolares e oficiais de relações comunitárias também são fontes excelentes de informações, é tudo uma questão de relacionamento e interação em um nível comunitário que ajuda a polícia a obter as informações de que precisa para ser eficaz em seu papel de manter a cidade segura.

No mais, de acordo com Paula (2013), um fato importante sobre coleta de inteligência faz menção aqueles que são encarregados da aplicação da lei devem sempre estar cientes de como o obtêm, utilizam e armazenam para uso futuro. A todo custo, as violações constitucionais devem ser evitadas e todas as leis devem ser obedecidas. Do contrário, erros e julgamentos errados podem prejudicar o trabalho árduo e os resultados produtivos obtidos anteriormente, assim para ser eficaz, a aplicação da lei deve agir direito - sempre.

2.2. O funcionamento do policiamento baseado em inteligência

Muito embora as abordagens atuais baseadas em dados incorporem tecnologia e análise sofisticadas, o policiamento preditivo tem sido usado por décadas, embora de uma forma mais rudimentar. A polícia há muito usa informações sobre crimes em uma área específica para identificar padrões e antecipar onde o próximo crime provavelmente ocorrerá. Com os avanços da tecnologia, as agências agora usam computadores e modelos de dados projetados para rastrear padrões, junto com fatores adicionais, como hora do dia, clima, geografia e áreas de "tremores secundários", aquelas nas quais um crime foi bem-sucedido e está apto para repetições do mesmo crime (por exemplo, retaliação de gangue) para construir modelos complexos que identificam o potencial para crimes futuros, assim a aplicação da lei pode então concentrar seus recursos nesses pontos críticos. Ferreira (2017)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Da mesma forma, Carvalho (2015) ressalta que o policiamento baseado em inteligência potencializa os dados. Os dados em que se concentra, no entanto, já estão no sistema da agência de aplicação da lei, e a análise centra-se em um indivíduo, não em uma área geográfica. O policiamento baseado em inteligência reúne incidentes domésticos, prisões, registros criminais, paradas de tráfego e atividades de gangues e permite que a polícia execute análises contra esses dados.

Essas análises ajudam a aplicação da lei a identificar os infratores que têm maior probabilidade de serem infratores reincidentes de um determinado crime ou grupo de crimes. A aplicação da lei pode então rastrear esses indivíduos, observando quando eles passam de uma classe de crime para outra. Se um agressor repete uma ofensa, a polícia é alertada sobre a história desse indivíduo, dando-lhes a oportunidade de intervir em um esforço para prevenir mais atividades criminosas.

2.2.1. Vantagens do policiamento conduzido por inteligência

De acordo com Carvalho (2015), não há dúvida de que as agências de aplicação da lei recebem uma vantagem estratégica massiva ao mesmo tempo em que empregam informações, conhecimento e inteligência em seu funcionamento. No entanto, a mera posse de conhecimento não concede às agências de aplicação da lei uma vantagem no combate ao crime. Conforme afirmado anteriormente, as agências de aplicação da lei são capazes de aproveitar ao máximo os dados para garantir a máxima conformidade com as leis nacionais e os padrões internacionais de direitos humanos.

Segundo Ferreira (2017), o PCI permite a existência de uma abordagem proativa e voltada para o futuro para coibir o crime. Sua aplicação comprovada em vários países nos últimos anos para tratar de questões como, mas não se limitando a, terrorismo, crime e ameaças transnacionais, levou o PCI da esfera de ser um conceito para um modelo de negócios estratégico de aplicação geral para abordar uma infinidade de questões de policiamento em nível local, regional e nacional.

Nos últimos anos, a demanda por serviços de aplicação da lei e a resposta necessária ultrapassou em muito a disponibilidade de policiais disponíveis, levando as agências de aplicação da lei a aumentar a eficiência e a produção por funcionário. O policiamento baseado em inteligência ofereceu a solução ideal para esse problema. Paula (2013) destaca que a necessidade de introduzir o policiamento baseado em inteligência (PCI) não deve ser questionada. Em tempos de restrições orçamentárias e de recursos, cada indivíduo e organização responsável deve identificar prioridades para resolver os principais problemas. Para auxiliar na priorização, as decisões devem ser tomadas com base em fatos e inteligência, a base de tudo isso é a informação. O PCI contribuirá para otimizar a alocação de recursos e concentrar esforços de forma mais estruturada, isso ajuda a lidar

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

com o aumento da sofisticação e agilidade operacional dos criminosos para subverter a lei e a ordem.

No entanto, como já dito nos tópicos anteriores, à medida que a tecnologia avança na sociedade, é fundamental que as agências de aplicação da lei acompanhem esses desenvolvimentos. Muitas agências de aplicação da lei estão agora se esforçando para acompanhar os criminosos modernos e o crime por meio do policiamento baseado em inteligência. Embora os arquétipos dos criminosos possam não mudar muito com o tempo, os recursos e oportunidades disponíveis para os criminosos aumentaram dramaticamente, incluindo sua capacidade de obter lucros maiores (SMITH, 1997).

As agências de aplicação da lei estão atualmente tentando administrar tipos de crimes que seriam irreconhecíveis para os policiais de cinquenta anos atrás. Dessa forma, mudar em qualquer organização pode ser difícil e desafiador, no entanto, o policiamento não pode mais depender do gerenciamento reativo do crime e do comportamento criminoso à medida que eles acontecem e, portanto, deve adotar estratégias de policiamento mais inteligentes (CHANTLER; THORNE, 2009, p.142).

Nessa direção, o policiamento baseado em inteligência é uma abordagem do policiamento que se afasta do estilo tradicionalmente reativo usado no passado, para uma estrutura proativa que se concentra no emprego de análise e inteligência criminal a fim de reduzir o crime e combater infratores reincidentes (RATCLIFFE, 2009, p.177). Embora seja considerado um estilo de policiamento, o policiamento baseado em inteligência é essencialmente um modelo de negócios em que a inteligência permeia todas as áreas da aplicação da lei, tanto tática quanto estrategicamente.

Nesse contexto, taticamente, a inteligência pode ser usada na prevenção e investigações de crimes, pode determinar a extensão dos problemas e pode orientar os tomadores de decisão para soluções potenciais para qualquer área problemática da aplicação da lei (SMITH, 1997). Quando usada estrategicamente, a inteligência pode determinar muito, determinar questões relativas ao crime problemático e também determinar soluções de longo prazo para isso. A inteligência estratégica permite que as agências de aplicação da lei priorizem recursos e desenvolvam estratégias eficazes de aplicação da lei, em vez de simplesmente reagir e gerenciar o crime conforme ele acontece.

Dessa forma, entende-se que o policiamento conduzido por inteligência facilita um método padronizado baseado em inteligência de resolução de problemas em que os recursos são atribuídos de forma eficiente, ao lado de uma compreensão precisa do problema em questão antes que quaisquer operações sejam implementadas e recursos potenciais desperdiçados. O policiamento baseado em inteligência é um modelo de policiamento no qual a inteligência serve como um guia para as operações, não o contrário. As fontes de inteligência são coletadas de informantes, infratores, análise de registros de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

crimes existentes, vigilância encoberta e fontes da comunidade. Uma vez que a inteligência dessas fontes tenha sido analisada, as decisões sobre táticas objetivas de policiamento, operações de prevenção e outras operações de coleta de inteligência podem ser realizadas com maior precisão (RATCLIFFE, 2009).

O modelo baseado em inteligência foi descrito como uma perspectiva de cima para baixo que enfatiza a natureza hierárquica das agências de policiamento (RATCLIFFE, 2009, p. 177). Depois que a inteligência chega aos tomadores de decisão da aplicação da lei, as prioridades estabelecidas são então repassadas aos níveis inferiores da agência como tarefas táticas ou estratégicas. As agências de policiamento lideradas por inteligência também seguem um ciclo de inteligência em que um processo de cinco ou seis estágios é seguido para permitir que os tomadores de decisão tomem decisões mais bem informadas.

O primeiro estágio do ciclo de inteligência é Coleta. A coleta de informações é a coleta dirigida e focalizada de informações, por meios abertos e encobertos, por meio de todas as fontes possíveis, que podem incluir informações que são metodicamente buscadas e coletadas, informações coletadas como resultado de uma operação de policiamento separada e informações que são fornecidas voluntariamente às agências de aplicação da lei. O estágio dois é gravação e avaliação. As informações coletadas devem ser registradas de forma consistente em sistemas de computador padronizados para que possam ser recuperadas e trocadas com eficiência com parceiros internos e externos (CHANTLER; THORNE, 2009).

Dito isso, todas as informações são examinadas para avaliar a confiabilidade da fonte e a precisão das informações. Paula (2013) cita que o terceiro estágio do ciclo de inteligência é considerado o “coração” do ciclo, é então realizada a Pesquisa, Desenvolvimento e Análise que envolve interpretar as informações e convertê-las em inteligência utilizável por meio da análise por profissionais de inteligência treinados, esse processo vai "além dos fatos", com analistas desenvolvendo teorias, ou hipóteses, e testando-as com informações adicionais (RATCLIFFE, 2009).

Produtos de inteligência são produzidos por praticantes de inteligência usando técnicas analíticas no quarto estágio do ciclo de inteligência, “Produção” (CHANTLER; THORNE, 2009). Esses produtos podem incluir Perfis de Alvo, Perfis de Problemas e Avaliações Táticas e Estratégicas. A inteligência não tem valor se não resultar em produtos de inteligência, uma vez que esses produtos são criados para ajudar no processo de tomada de decisão gerencial e orientar os investigadores para possíveis soluções para os problemas de crime. Uma vez que esses produtos tenham sido concluídos, o ciclo avança para a 'Disseminação', assim os produtos de inteligência são apresentados na forma escrita ou oral e gravados em um software de inteligência para referência futura (RATCLIFFE, 2009).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

No entanto, antes de qualquer informação ser disseminada, uma avaliação de risco é realizada para garantir que as políticas de confidencialidade sejam cumpridas e que todas as informações sejam distribuídas com base na necessidade de saber. Se essas políticas não forem respeitadas, a segurança e a privacidade do público podem ser prejudicadas e as investigações criminais podem ser seriamente comprometidas. A fase final do ciclo é a 'Revisão', onde a inteligência mantida dentro dos sistemas de inteligência é regularmente revisada para garantir que todas as informações armazenadas sejam relevantes e precisas e cumpram os objetivos legais originais, justificando, portanto, sua retenção e reutilização (RATCLIFFE, 2009).

Dessa forma, se essas políticas não forem respeitadas, a segurança e a privacidade do público podem ser prejudicadas e as investigações criminais podem ser seriamente comprometidas.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, a tendência de redução do crime em todo o mundo pode ser, em parte, devido ao funcionamento de medidas PCI adequadas. Foi Possível identificar que ao contrário do policiamento comunitário, o policiamento baseado em inteligência não depende muito da participação da comunidade para determinar políticas táticas e estratégicas. O policiamento baseado em inteligência desenvolve estratégias e prioridades usando uma análise mais objetiva do ambiente criminoso, em vez de através das perspectivas da comunidade.

É possível apontar que isso geralmente resulta na implementação de estratégias de redução do crime que são percebidas como distintas das necessidades dos cidadãos locais. As comunidades muitas vezes se sentem desconectadas da polícia se a polícia não é vista ativamente com frequência pela comunidade e muitas vezes podem assumir que o policiamento visual é um uso melhor dos recursos e é mais eficaz na redução do crime. Como o policiamento baseado em inteligência não depende da comunidade para obter informações, é importante que as agências de aplicação da lei aumentem os procedimentos de comunicação e compartilhamento de inteligência com o setor privado, especificamente aqueles que são alvos frequentes de empreendimentos criminosos.

Além de servir como função de prevenção ao crime, compartilhar informações e inteligência com o setor privado também pode reduzir as tensões da comunidade e o medo do crime. Nessa direção, o papel do praticante de inteligência é fundamental dentro do modelo de policiamento baseado em inteligência. A análise apóia a necessidade crescente de medir os resultados e a implementação de pesquisas em estratégias táticas e estratégicas subsequentes. Para que os profissionais de inteligência desempenhem suas funções com sucesso, eles precisam ser capazes de recuperar dados e inteligência além dos bancos de dados tradicionais de aplicação da lei e arquivos policiais.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, a coleta de informações por analistas é uma função necessária para que as unidades de inteligência façam uso eficaz da informação na criação de produtos de inteligência e na determinação dos principais requisitos de inteligência. Dito isso, à medida que as funções dos profissionais de inteligência se desenvolvem e aumentam, tem havido uma mudança em direção ao emprego de civis para cumprir as funções, em vez de membros juramentados das agências policiais. Embora a civilização dessas funções seja frequentemente debatida, a maioria dos investigadores concorda que os profissionais da inteligência civil trazem as habilidades e o treinamento específicos que são relevantes para a natureza da inteligência estratégica, ao invés da experiência operacional ou investigativa de funcionários juramentados.

Culturalmente, tem sido difícil para investigadores aceitar e reconhecer o desenvolvimento de conclusões e recomendações por profissionais da inteligência civil como um componente essencial do processo de inteligência e do policiamento conduzido por inteligência. Os investigadores que regulam as funções dos analistas apenas para reafirmar fatos não se beneficiarão dos insights. À medida que o policiamento baseado em inteligência é cada vez mais implementado nas agências de aplicação da lei, espera-se que haja uma maior consciência e reconhecimento dos papéis críticos que os profissionais de inteligência desempenham.

Está se tornando mais evidente que os estilos reativos tradicionais de policiamento não contêm efetivamente o crime e os criminosos em uma sociedade que está mudando rapidamente com os avanços tecnológicos. O modelo de policiamento baseado em inteligência está provando ser capaz de acompanhar essas novas oportunidades abertas aos criminosos por meio de aplicações mais metódicas de inteligência e avaliações de longo prazo. O modelo de policiamento baseado em inteligência fornece as metodologias necessárias, como o ciclo de inteligência, que promovem uma estratégia eficaz em todas as necessidades de aplicação da lei e introduz mais precisão e consciência nos processos de tomada de decisão para operações táticas e estratégicas.

Os praticantes de inteligência são vitais no modelo de policiamento conduzido por inteligência, pois são seus conhecimentos e habilidades que fornecem aos investigadores recomendações e soluções potenciais para os problemas do crime por meio de produtos de inteligência. À medida que o policiamento liderado por inteligência progride, o papel do praticante de inteligência continuará a se desenvolver e, assim, obter maior reconhecimento pelo papel crítico que desempenham na aplicação da lei. Ao incorporar processos de inteligência eficazes e utilizar efetivamente o conhecimento dos praticantes de inteligência, o policiamento conduzido por inteligência pode continuar a facilitar a redução, interrupção e prevenção do crime.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Decreto n. 4.376, de 13 de setembro de 2002**. Dispõe sobre a organização e o funcionamento do Sistema Brasileiro de Inteligência, instituído pela Lei no 9.883, de 7 de dezembro de 1999, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4376compilado.htm>. Acesso em: 01 de março de 2021.

____. Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública. **Doutrina Nacional de Inteligência de Segurança Pública – DNISP**. 4. ed. rev. e atual. Brasília: Ministério da Justiça, 2015.

CALDERON, Mariana Paranhos. **Lei de acesso à informação e seu impacto na atividade de inteligência.** Campinas: Millennium, 2014.

CARVALHO, Herbson de. **Um modelo de dados voltado ao serviço de inteligência policial.** Araranguá: UFSC, 2015.

CURSO DE INTRODUÇÃO À ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA. **Introdução à atividade de inteligência.** Coordenação-Geral de Inteligência. 2015.

CHANTLER, N.; THORNE, C. **Policiamento conduzido por inteligência**. Em Broadhurst, R. & Davies, SE (Eds.) Policing in Context: AnIntroductionto Police Work in Australia. (pp.123-143). Victoria: Oxford University Press, 2009.

FERREIRA, Victor Hugo Rodrigues Alves. **Inteligência policial e investigação criminal.** In: HAMADA, Hélio Hiroshi. MOREIRA, Renato Pires (Orgs). Inteligência de Segurança Pública contribuições doutrinárias para o cotidiano policial. Belo Horizonte: D' Plácido, 2017.

PAULA, Giovani de. **Atividade de Inteligência de Segurança Pública: um modelo de conhecimento aplicável aos processos decisórios para a Prevenção e Segurança no Trânsito.** Florianópolis: UFSC, 2013.

SMITH, A. **Rumo ao policiamento conduzido por inteligência: a experiência RCMP.** Em Perspectivas Internacionais de Policiamento no Século XXI. (pp. 16-20). Lawrenceville, New Jersey: Associação Internacional de Analistas de Inteligência de Aplicação da Lei, Inc, 1997.

RATCLIFFE, J. **Policiamento conduzido por inteligência.** Em Wakefield, A. & Fleming J. (Eds.), The SageDictionaryofPolicing. (pp.176-178). Londres, Inglaterra: SagePublicationsLtd, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

DA CONTINUIDADE DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA DIANTE DA DISSOLUÇÃO VÍNCULO CONJUGAL

LARISSA RODRIGUES DA SILVA: Graduando do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

RÔMULO DE MORAIS E OLIVEIRA[172]

(Orientador)

RESUMO: A temática do trabalho possui como questão central o estudo da continuidade da paternidade socioafetiva frente a dissolução do vínculo conjugal. Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral em demonstrar se há possibilidade jurídica de desconstituir a paternidade socioafetiva após o rompimento da relação conjugal, seja na perspectiva do pai socioafetivo tomando a iniciativa no pedido desta desconstituição, como também do filho que não quer mais manter o vínculo de afetividade com o pai socioafetivo. A metodologia empregada foi realizada através da pesquisa jurídica, de cunho exploratório, sendo bibliográfica, pautada em literatura jurídica especializada, entendimentos jurisprudenciais, sítios da internet e legislação pertinente, acerca dos princípios constitucionais da construção da família socioafetiva mesmo existindo pai biológico, cujo método de abordagem teórica foi o dedutivo. Dentre os resultados alcançados tem-se que ficou demonstrado que o rompimento da sociedade conjugal pode significar em prejuízos para todos os indivíduos pertencentes ao grupo familiar. Concluiu-se, então, que mesmo que ocorra o rompimento do vínculo conjugal, a paternidade socioafetiva não poderá ser desconstituída seja por iniciativa do pai socioafetivo ou do filho.

Palavras-chave: Afetividade; Paternidade Socioafetiva; Rompimento Sociedade Conjugal.

ABSTRACT: The theme of the work has as its central issue the study of the continuity of socio-affective paternity in the face of the dissolution of the marital bond. This study was guided by a general objective of demonstrating whether there is a legal possibility of disconstituting socio-affective paternity after the breakup of the marital relationship, whether from the perspective of the socio-affective father taking the initiative in requesting this disconstitution, as well as the child who does not want to more maintain the bond of affection with the socio-affective father. The methodology used was carried out through legal research, exploratory in nature, being bibliographical, based on specialized legal literature, jurisprudential understandings, websites and pertinent legislation, about

172 Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos (UFT). Professor da Faculdade de Ciência Jurídica de Paraíso do Tocantins (FCJP).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

constitutional principles, the construction of the socio-affective family even if there is a biological father, whose method theoretical approach was the deductive. Among the results achieved, it has been shown that the rupture of the conjugal society can result in losses for all individuals belonging to the family group. It was concluded, then, that even if the marital bond is broken, the socio-affective paternity cannot be dismantled either by the socio-affective father or the son's initiative.

Keywords: Affection; Socio-affective paternity; Disruption of the Marriage Society.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 AS NOVAS INSTITUIÇÕES FAMILIARES NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL. 3 DA FAMÍLIA MONOPARENTAL E SUA RELAÇÃO NO CONTEXTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. 4 DO ROMPIMENTO DA RELAÇÃO CONJUGAL E A POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O assunto abordado no presente trabalho envolve o estudo da continuidade da paternidade socioafetiva frente à dissolução do vínculo conjugal. Em outras palavras, a possibilidade ou não de desconstituição do registro na relação socioafetiva entre padrasto ou madrasta e o filho do cônjuge.

Assim, tem-se por tema desta pesquisa a análise dos efeitos do rompimento conjugal na relação socioafetiva entre o filho do cônjuge com o padrasto ou madrasta, demonstrando que a paternidade socioafetiva é criada por um vínculo de afetividade entre pais e filhos afetivos em que se cria uma responsabilidade jurídica por meio do registro civil, trazendo consigo frutos de afeto, atenção, carinho e a proteção que os pais podem proporcionar aos filhos como desenvolvimento físico e emocional. Contudo, na hipótese de ocorrência da separação conjugal essa relação socioafetiva entre os filhos e os genitores afetivos pode ser abalada e até mesmo desconstituída. Desse imbróglio, surge a seguinte problemática: com o rompimento da relação socioafetiva, o registro de paternidade socioafetiva pode ser desconstituído, tanto pelo pai afetivo como também pelo filho socioafetivo?

Essa pesquisa justifica-se a partir da necessidade de compreensão sobre os novos modelos de entidades familiares existentes na sociedade, tendo em vista a carência de legislação especifica sobre essas questões. Tem-se que na falta de normativa sobre determinado tema, é cabível à jurisprudência decidir sobre a matéria de modo a evitar possíveis lesões a direitos previstos na Constituição de 1988.

Este estudo norteou-se a partir de um objetivo geral em demonstrar se há possibilidade jurídica de desconstituir a paternidade socioafetiva após o rompimento da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

relação conjugal, seja na perspectiva do pai socioafetivo tomando a iniciativa no pedido desta desconstituição, como também do filho que não quer mais manter o vínculo de afetividade com o pai socioafetivo.

O caminho percorrido para o desfecho da presente pesquisa guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearam o trajeto metodológico adequado com o intuito de explorar pontos específicos e estratégicos da pesquisa, dentre os quais, apresentar, inicialmente, as novas configurações familiares juridicamente reconhecidas no Brasil na perspectiva do direito civil-constitucional, além de pesquisar as características das famílias monoparentais e da paternidade socioafetiva, de modo a identificar as relações que possuem e, ainda, investigar a possibilidade jurídica de se desconstituir a paternidade socioafetiva após o rompimento da relação conjugal.

A metodologia empregada foi realizada através da pesquisa jurídica, de cunho exploratório, sendo bibliográfica, pautada em literatura jurídica especializada, entendimentos jurisprudenciais, sítios da internet e legislação pertinente, acerca dos princípios constitucionais, da construção da família socioafetiva mesmo existindo pai biológico, cujo método de abordagem teórica foi o dedutivo.

O estudo desse tema é de suma importância para o meio jurídico brasileiro e social, pois trata-se de uma questão interligada à garantia fundamental da proteção à família, de modo a assegurar a dignidade da pessoa humana, a constituição de uma entidade familiar livre de preconceitos e rótulos, evidenciando a multiplicidade de espécies de famílias existentes na sociedade brasileira atual que foram construídas no decorrer do tempo, antes mesmo da promulgação da Constituição de 1988.

Assim, não restam dúvidas da relevância de elaboração desse estudo, devido a importância da família para sociedade, tendo em vista que a família pode ser considerada o pilar de sustentação e construção social das civilizações ao longo dos anos. De certo modo, mesmo com a Constituição de 1988 (considerada um importante instrumento na defesa e proteção dos direitos da família), ainda existem muitos tabus sociais em relação às novas formas de famílias, especialmente aquelas formadas por laços afetivos, e desmitificar esses assuntos de grande relevância social impulsiona o ordenamento a tratar sobre tais questões e resolver possíveis dúvidas pendentes.

2 AS NOVAS INSTITUIÇÕES FAMILIARES NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO DIREITO CIVIL-CONSTITUCIONAL

A entidade familiar, com o transcorrer dos anos e a evolução do comportamento social, passou por diversas modificações em sua estrutura, vindo a constituir novas formas de famílias, sendo umas reconhecidas sob a perspectiva constitucional vigente e outras ainda não.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A presente seção tem por premissa discorrer acerca das famílias construídas ao longo do tempo no ordenamento brasileiro, sintetizando apontamentos doutrinários e jurisprudenciais acerca desta temática.

A definição de família, na perspectiva de Sílvio Venosa (2017), oferece um paradoxo em seu entendimento. Em razão de não existir, segundo o autor, uma identidade de conceito para o Direito, como todo fenômeno social, a extensão do tema difere nos vários ramos do Direito, podendo coexistir diversos significados de família. Assim, o mencionado autor, com base no direito moderno, conceitua família como sendo o conjunto de pessoas unidas por uma relação conjugal ou de parentesco, considerando-se família, em sentido amplo, aquela constituída por vínculos jurídicos de natureza familiar.

Carlos Roberto Gonçalves (2017, p. 468), trazendo em seu conceito um entendimento *latu sensu,* apresenta-nos uma ideia jurídica na qual o termo família "abrange todas as pessoas ligadas por vínculo de sangue e que procedem, portanto, de um tronco ancestral comum, bem como as unidas pela afinidade e pela adoção. Compreende os cônjuges e companheiros, os parentes e os afins". Acerca da evolução da família, salienta Rolf Madaleno que o advento da Constituição Federal de 1988 impulsionou transformações no Direito de Família, indo no caminho inverso do regramento previsto no Código Civil de 1916:

> Como antes visto, o Direito de Família sofreu profundas mudanças com o advento da Constituição Federal de 1988, a ponto de ser defendida a prevalência de um Direito de Família Constitucional. No caminho inverso do Código Civil de 1916, formado no espírito da patrimonialização e matrimonialização das relações familiares, o novo texto civil está fincado no desenvolvimento da pessoa humana, princípio basilar da Carta Política vigente. Foi reconhecida a completa paridade entre os cônjuges, desaparecendo a hipocrisia de o marido exercer a chefia da sociedade conjugal e de a mulher ser sua mera colaboradora, e o direito de o marido fixar o domicílio conjugal, ou de autorizar o casamento de seus filhos menores. Derrogado o pátrio poder, também foram reconhecidos pela legislação vigente direitos semelhantes aos do casamento para a estável convivência de um homem e de uma mulher. (MADALENO, 2018, p. 89).

Assim, o arcabouço normativo do Direito de Família no Brasil era constituído pela codificação civil de 1916 e algumas leis posteriores que traziam regras específicas sobre família, sendo esta constituída pelo casamento, na qual imperava o patriarcado. Todavia, a Constituição de 1988, em atenção às transformações sociais que o Brasil viria passar já a partir da década de noventa, adequou-se às novas tendências do Direito de Família (GONÇALVES, 2017).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para Sílvio Venosa o legislador pátrio, no Código de 1916, ignorou a família ilegítima, constituída sem o vínculo de casamento, sempre evitando tratar do casamento ao lado da união concubinária, sendo que a Constituição vigente reconheceu a união estável entre homem e mulher:

> (...) a dicção constitucional de 1988, reconhecendo o Estado a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, e com a legislação ordinária que se seguiu outorgando direito de alimentos e sucessórios aos companheiros, devem ser superadas as ideias que nortearam parte de nossa dogmatizada doutrina por tantas décadas, ainda ligada às origens culturais de nosso Código Civil. O Código de 2002 traça dispositivos que visam regular a entidade familiar sem matrimônio, tanto no direito de família, como no direito das sucessões, nem sempre com a eficiência necessária, tanto que já se acenava com modificações nesse campo, durante o período de *vacatio legis*. (VENOSA, 2017, p. 38)

A união estável é reconhecida como entidade familiar do Direito Civil. A partir do momento em que a família deixou de ser um núcleo de reprodução, dando espaço para o amor, o afeto e o companheirismo, surgiram novas apresentações sociais familiares, dentre elas a própria união estável. As características da união estável são: a convivência pública, continua, duradoura e com *animus* de constituir família, não se exigindo um prazo mínimo e nem necessidade de coabitação (MELLO, 2021). Nesse sentido, tanto o casamento como a união estável estão previstos no Código Civil de 2002.

Paralelo ao casamento e à união estável está o concubinato. Durante muito tempo o legislador viu no casamento a única forma de construção da família. Coube à doutrina tecer posições sobre os direitos dos concubinos, preparando terreno para a jurisprudência e, posteriormente, a alteração legislativa. Na investidura atual o legislador colocou o concubinato e os concubinos na posição de uniões de segunda classe em que há impedimentos para o casamento (VENOSA, 2017).

Em seu sentido etimológico, o concubinato é derivado do grego *concubare*, significando mancebia, abarregamento, amasiamento. Antigamente sendo reconhecida como união estável, na atualidade é tida somente como relação de adultério. Visto ainda como união impura por aqueles impedidos de casar, melhor dizendo, entre ambos casados, ou pelo menos um deles se mantém casado (MELLO, 2021).

Nos termos do artigo 1.727 do Código Civil de 2002 entende-se por concubinato "as relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar, constituem concubinato" (BRASIL, Código Civil de 2002). Além do mais, a Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal prevê que "comprovada a existência de sociedade de fato entre os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum" (BRASIL, Código Civil de 2002).

A respeito do concubinato, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 1045273/SE, em sede de direitos sucessórios reconheceu que a concubina não possui direito a divisão da pensão com viúva (BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário 1045273/SE, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 21/12/2020, Data de Publicação: 09/04/2021).

Vale ressaltar que o Supremo Tribunal Federal equiparou o companheiro ao cônjuge no julgamento do Recurso Extraordinário nº 646721, prevalecendo o entendimento que não dever ocorrer distinções no tocante ao regime sucessório entre cônjuge e companheiros, conforme se observa na ementa abaixo:

> DIREITO CONSTITUCIONAL E CIVIL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL À SUCESSÃO EM UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. INCONSTITUCIONALIDADE DA DISTINÇÃO DE REGIME SUCESSÓRIO ENTRE CÔNJUGES E COMPANHEIROS. Provimento do recurso extraordinário. Afirmação, em repercussão geral, da seguinte tese: "No sistema constitucional vigente, é inconstitucional a distinção de regimes sucessórios entre cônjuges e companheiros, devendo ser aplicado, em ambos os casos, o regime estabelecido no art. 1.829 do CC/2002". (STF-RE 646721, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 10/05/2017, Data de Publicação: 11/09/2017).

Nota-se que a promulgação da Constituição de 1988, abriu um leque de novas possibilidades de constituição de família no ordenamento jurídico brasileiro, deixando de lado os parâmetros do Código Civil de 1916 e adotando normativas com base em um novo Código Civil em 2002. Visto isto, sob o prisma da família moderna em função do surgimento dos novos fenômenos sociais, Sílvio Venosa comenta que:

> A célula básica da família, formada por pais e filhos, não se alterou muito com a sociedade urbana. A família atual, contudo, difere das formas antigas no que concerne a suas finalidades, composição e papel de pais e mães. A nova família estrutura-se independentemente das núpcias. Coube à ciência jurídica acompanhar legislativamente essas transformações sociais. Se, por um lado, a Constituição de 1988 começou a desconstruir a noção de poder patriarcal do Código de 1916, não trouxe em suas linhas, e certamente não era o caso de fazê-lo, outras manifestações de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> entidades familiares. O Código de 2002 abandonar arraigados princípios clássicos da família patriarcal, para compreender os novos fenômenos da família contemporânea, algo que o Estatuto das Famílias busca com sucesso. (VENOSA, 2017, p. 21).

A primeira roupagem de nova instituição familiar é a união homoafetiva (entre pessoas do mesmo gênero ou sexo) sendo considerada como grande marco do Direito da Família, rompendo com as premissas patriarcais e religiosas que ainda hoje imperam na sociedade. Nesse diapasão, o Supremo Tribunal Federal, em interessante decisão proferida em 2011, reconheceu a possibilidade de união entre pessoas do mesmo gênero:

> ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL *(ADPF)*. PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO. (STF-ADPF 132, Relator: Min. Ayres Brito, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 05/05/2011, Data de Publicação: 14/10/2011).

A decisão proferida em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.277 e também na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132 igualaram os

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

direitos e deveres do casamento para a união homoafetiva, equiparando-o aos efeitos da união estável entre homem e mulher.

Por se tratar de normativa constitucional, em que assegurava apenas a união estável entre pessoas de sexo diferentes, a doutrina considerava a união entre pessoas do mesmo sexo chamada de união homoafetiva como fato inexistente que por si só não gerava efeitos, independente de coabitação. A falta de legislação especifica, fez como que aos poucos, os casais que viviam em união homoafetiva buscassem seus direitos perante o Poder Judiciário (GONÇALVES, 2017).

Outro ponto importante a ser destacado, é a possibilidade de adoção de crianças por casais homoafetivos. Desse modo, a parentalidade nas uniões homoafetivas pode insurgir na existência de filhos havidos por um dos parceiros em relação anterior, com o uso de técnicas de reprodução assistida como banco de esperma ou barriga de aluguel, por via de adoção e com a co-parentalidade socioafetiva (MELLO, 2021).

Segundo Tânia Nigri (2020), o Instituto Nacional do Seguro Social, por meio da Instrução normativa nº 45/2010, reconheceu o direito de pensão por morte de companheiros do mesmo sexo.

Além disso, há a união poliafetiva, que possui como fundamento hermenêutico o afeto e a busca pela felicidade dos membros pertencentes, mesmo que não haja reconhecimento constitucional ou infraconstitucional pelo legislador pátrio (MELLO, 2021).

Segundo Maria Berenice Dias (2016), existem vários termos para a família poliafetiva, como poliamor ou poliamorosas, sendo que a distinção entre família simultânea e poliafetiva é de maneira espacial.

Nos relacionamentos paralelos mantêm-se duas ou mais entidades familiares, cada qual vivendo em sua residência, já a união poliafetiva forma-se apenas uma entidade familiar, onde todos os entes moram juntos. Assim, as uniões paralelas ou simultâneas, são resultado da possibilidade de manter vínculo de natureza afetiva e sexual simultaneamente com mais de uma pessoa. Embora seja conteúdo que cause imbróglios normativos e sociais, não há como deixar de reconhecer a existência de união estável quando consagrados os requisitos (DIAS, 2016).

Devido ao reconhecimento das uniões estáveis na Constituição de 1988, cresceu a insegurança nos namoros, no tocante a confusão com a união estável e os seus mais variados direitos. Em razão dessa incerteza, tem emergido nos cartórios registros de contrato de namoro, mas, apesar disso, não é pacifico nos tribunais a aceitação de tal medida, havendo quem defenda por sua invalidade. De modo ilustrativo, cita-se o caso do apresentador Gugu Liberato que fez conjuntamente um contrato de namoro com a médica

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Rose Miriam e após sua morte ela pediu um reconhecimento de união estável, a questão ainda não possui sentença (NIGRI, 2020).

Embora essas entidades familiares não estejam expressamente transcritas na Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal, como guardião da Constituição, considera analogicamente respaldo jurídico a todas as espécies de famílias emergidas após a Constituição de 1988.

3 DA FAMÍLIA MONOPARENTAL E SUA RELAÇÃO NO CONTEXTO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Conforme visto no capítulo anterior, a respeito dos aspectos históricos da proteção jurídica da família no ordenamento jurídico brasileiro, tem-se que durante muito tempo a família estava ligada a ideologia do casamento e do homem como centro do poder familiar (*pater familias* – pátrio poder), estabelecendo autoridade sobre a esposa e os filhos. A mulher vivia apenas para os afazeres do lar e a criação dos filhos.

A Constituição de 1988 prevê um rol de artigos dedicados inteiramente à proteção da família (no Capítulo VII, atribuído a Família, da Criança, do Adolescente, do Jovem e do Idoso), sendo esta preconizada no texto constitucional como a base da sociedade, tendo proteção especial do Estado, conforme estabelece o *caput* do artigo 226 da CF/1988 (GONÇALVES, 2017).

Com isso, tem-se a construção de novas entidades familiares, e para Rolf Madaleno (2018, p. 89) "os novos grupos familiares mereceram proteção no texto constitucional, também se abrindo caminhos na doutrina e na jurisprudência, em especial perante os tribunais superiores para o reconhecimento de uma nova entidade familiar".

Comenta Silvio Venosa (2017) que é fato que a família contemporânea pode ser constituída sob as mais variadas formas, desde a união em matrimônio, até a convivência sem casamento, passando por inúmeras situações intermediarias, com filhos biológicos ou não, com uniões homoafetivas, resultados do novo quadro social que impera no Brasil. Com isso, alargando o conceito de família, a Constituição de 1988 integrou as relações monoparentais (além do casamento e da união estável e a igualdade entre homens, mulheres e filhos) formada por um dos pais com os seus filhos, afastando o pressuposto do casamento como obrigatoriedade (VENOSA, 2017).

Desse modo, o legislador constitucional, traduzindo um quadro social cada vez mais frequente, foi mais além ao reconhecer também sob proteção do Estado a chamada família monoparental no § 4º do artigo 226, *in verbis*:

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> (...)
>
> § 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988)

A respeito disso, o renomado civilista explica que a família monoparental "é aquela em que apenas um progenitor, geralmente a mãe, a conduz. Usualmente, mas não exclusivamente, provém de mãe solteira ou abandonada pelo varão" (VENOSA, 2017, p. 59).

Rolf Madaleno pressupõe que a família monoparental é aquela em que o genitor convive com os filhos biológicos ou socioafetivos:

> Tecnicamente são mencionados os núcleos monoparentais formados pelo pai ou pela mãe e seus filhos, mesmo que o outro genitor esteja vivo, ou tenha falecido, ou que seja desconhecido porque a prole provenha de uma mãe solteira, sendo bastante frequente que os filhos mantenham relação com o progenitor com o qual não vivam cotidianamente, daí não haver como confundir família monoparental com lugar monoparental. Com respeito à sua origem, as famílias monoparentais podem ter diversos pontos de partida, advindas da maternidade ou paternidade biológica ou adotiva e unilateral, em função da morte de um dos genitores, a partir do divórcio, nulidade ou anulação do casamento e da ruptura de uma união estável. As causas desencadeadoras da monoparentalidade apontam para a natalidade de mães solteiras, inclusive por técnicas de inseminação artificial, até mesmo *post mortem* e motivos ligados a uma prévia relação conjugal (não necessariamente oriunda do casamento, mas da conjugação de interesses em uma vida comum), com separação de fato, divórcio, nulidade ou anulação do casamento, ou viuvez (MADELENO, 2018, p. 49).

Desse modo, na visão do autor, a família monoparental, por igual, mereceu reconhecimento constitucional, uma vez voltadas as atenções para a tutela da pessoa, sua dignidade como ser humano e o desenvolvimento de sua personalidade no âmbito familiar (MADALENO, 2018).

Vislumbra-se que durante muito tempo a família monoparental esteve presente no cotidiano social, formada geralmente pela mulher (solteira ou divorciada) e sua prole (os filhos), sendo também chamadas ou conhecidas como "mães solos" (mães sozinhas), e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

a Constituição de 1988 não deixou de tutelar o direito destas mães, entendidas igualmente como um arquétipo familiar.

Dessa forma, a família monoparental vem se destacando e ganhando espaço na sociedade, sendo esta formada por apenas a mãe ou o pai e seus descendentes, ou seja, a presença de um genitor que será responsável pela educação, sustento e criação dos filhos. Assim como a família monoparental, outra espécie de afeto ganha destaque jurídico no âmbito das famílias, que é a paternidade socioafetiva, resultado de novas roupagens familiares instituídas após a promulgação da Constituição de 1988. A Constituição de 1988 estabelece a igualdade entre filhos, nos ditames previstos no artigo 226 conforme destacado anteriormente.

A compreensão de família, assim como sua definição, vem ao longo do tempo desenvolvendo os mais variados questionamentos. Com o advento da Constituição de 1988, a família moderna sofreu algumas mudanças em sua definição. Um desses grandes elementos foi o afeto, tornando-se mais acentuado nas relações dos membros do grupo familiar. Valorizou-se, assim, as funções afetivas da família e desencadeando vários conceitos familiares, como são os casos da família monoparental, biológica e socioafetiva. Sendo assim, de todas as relações parentais, a filiação é considerada a mais importante. Tendo em vista que estabelece a Constituição de 1988 em seu texto normativo os chamados "princípios gerais de amparo da família, com traços fundamentais de proteção na igualdade dos direitos dos filhos, independentemente de sua origem advir do casamento, da união estável, da monoparentalidade ou da adoção" (MADALENO, 2018, p. 88).

Sobre o afeto nas relações familiares, Maria Berenice Dias (2016, p. 212) afirma que "a nenhuma espécie de vínculo que tenha por base o afeto pode-se deixar de conferir *status* de família, merecedora da proteção do Estado, pois a Constituição (art. 1º, III) consagra, em norma pétrea, o respeito à dignidade da pessoa".

Nesse ângulo, a nossa Constituição vigente proíbe a discriminação entre filhos, premissa disposta também no Código Civil de 2002, *in verbis*:

> Art. 1.596. Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação. (BRASIL, Código Civil de 2002)

O Código Civil de 2002 trouxe diversas alterações na matéria referente às famílias, principalmente no que refere às relações de parentesco e a situação dos filhos. Em razão das disposições do Código Civil, surge a filiação, decorrente de vínculos biológicos e socioafetivos.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Entende-se que os vínculos familiares podem ser formados por um viés biológico e também socioafetivo. Cleyson de Moraes Mello (2021) coaduna que a filiação biológica tem início com o casamento, já a paternidade ou maternidade socioafetiva é construída por relações afetivas entre pessoas que se comportam como pai e/ou mãe e filho perante a sociedade.

A filiação biológica é aquela decorrente do vínculo sanguíneo, relacionada a verdade genética, sendo em juízo intitulada de verdade real. Sendo a consagração da afetividade como direito fundamental da pessoa humana resulta na admissão de igualdade nas relações biológicas e socioafetivas entre pais e filhos (DIAS, 2016).

Por sua vez, a filiação socioafetiva é formada por vínculos de afinidade entre pais, mães e filhos afetivos. Comenta Rolf Madaleno (2018) que a nova estrutura das famílias brasileiras promoveu a impulsão dos laços afetivos, premissas relacionadas ao princípio da afetividade.

Maria Berenice Dias (2016, p. 639) define a filiação como "a relação de parentesco que se estabelece entre duas pessoas e que atribui reciprocamente direitos e deveres". De acordo com Cleyson de Moraes Mello (2021) constitui filiação "o vínculo jurídico familiar entres ascendentes e descendentes de primeiro grau decorrente de parentesco".

Nos ensinamentos de Paulo Lôbo, não existe diferença entre paternidade socioafetiva e biológica, conforme os ditames da Constituição Federal:

> A igualdade entre filhos biológicos e não biológicos implodiu o fundamento da filiação na origem genética. A concepção de família, a partir de um único pai ou mãe e seus filhos, eleva-a à mesma dignidade da família matrimonial. O que há de comum nessa concepção plural de família e filiação é sua fundação na afetividade. Pode-se afirmar que toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não biológica; em outras palavras, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a paternidade não biológica. (LÔBO, 2011, p. 31)

Para Rolf Madaleno (2018) com base nos preceitos atuais, deveriam inexistir diferenciação entre filiação biológica e socioafetiva. A Constituição de 1988 e o Código Civil de 2002 inovaram ao estabelecer parâmetros de igualdades nas relações de filiação. É tanto que o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a paternidade socioafetiva caminha em patamar de igualdade com a biológica:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. DIREITO CIVIL E CONSTITUCIONAL. CONFLITO ENTRE PATERNIDADES SOCIOAFETIVA E BIOLÓGICA. PARADIGMA DO CASAMENTO. SUPERAÇÃO PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. EIXO CENTRAL DO DIREITO DE FAMÍLIA: DESLOCAMENTO PARA O PLANO CONSTITUCIONAL. SOBREPRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA (ART. 1º, III, DA CRFB). SUPERAÇÃO DE ÓBICES LEGAIS AO PLENO DESENVOLVIMENTO DAS FAMÍLIAS. DIREITO À BUSCA DA FELICIDADE. Princípio constitucional implícito. Indivíduo como centro do ordenamento jurídico-político. Impossibilidade de redução das realidades familiares a modelos pré-concebidos. Vedação à discriminação e hierarquização entre espécies de filiação (art. 227, § 6º, CRFB). Parentalidade presuntiva, biológica ou afetiva. Recurso Extraordinário a que se nega provimento, fixando-se a seguinte tese jurídica para aplicação a casos semelhantes: "A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios". (STF-RE 898060, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 21/09/2016, Data de Publicação: 24/08/2017) (com alterações).

Neste viés doutrinário e jurisprudencial, nota-se um paradigma de igualdade entre famílias biológicas (monoparental) e afetivas (paternidade socioafetiva), sendo todos os embasamentos amparados pela Constituição de 1988. É visível a igualdade entre filhos biológicos e afetivos, ou seja, filhos pertencentes a família monoparental ou resultantes de filiação socioafetiva, não importando o núcleo familiar ao qual fazem parte, haverá o reconhecimento da plena igualdade, no que condiz a direitos e obrigações. Verifica-se como sendo família monoparental aquela formada apenas por um genitor e o seus filhos. Todavia, a paternidade ou maternidade socioafetiva está materializada pela relação entre duas pessoas que se consideram socialmente como pai e filho. Diante de tais apontamentos, na existência de correlação entre essas modalidades, entende-se por família monoparental aquela formada na maioria das vezes pela figura da mãe (mulher) e o filho biológico, ressalte-se não existir impedimento para que a família monoparental também se caracterize com a presença do pai (homem) e o filho biológico.

No mesmo viés, a família monoparental pode advir de uma paternidade ou maternidade socioafetiva em que a "mãe ou pai solo" adota o menor, além disto, podendo incidir outra vertente também reconhecida pelo ordenamento, na hipótese do genitor ou genitora se envolver em enlace amoroso, e essa pessoa assume a paternidade ou maternidade do enteado, emergindo um pai socioafetivo.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

4 DO ROMPIMENTO DA RELAÇÃO CONJUGAL E A POSSIBILIDADE DE DESCONSTITUIÇÃO DA PATERNIDADE SOCIOAFETIVA

Com base no exposto no primeiro capítulo, o casamento é considerado a primeira forma de constituição de família. O rompimento do vínculo conjugal reflete prejuízos sobre todos os indivíduos pertencentes ao grupo familiar. Sendo assim, a restruturação do Direito de Família possibilitou o surgimento da paternidade socioafetiva interligada aos vínculos afetivos entre pais e filhos que assim se consideram.

Esclarece a renomada autora Maria Helena Diniz (2020, p. 243) que a família é um organismo natural e social, e que, por sua vez, sendo o casamento referido "constitucionalmente como predominante, quando a Carta alude à relação de casamento, embora estabeleça a igualdade jurídica dos filhos havidos dessa relação e dos adotivos".

Nos termos do Código Civil de 2002, a dissolução da sociedade e do vínculo conjugal ocorre nos seguintes parâmetros:

> Art. 1.571. A sociedade conjugal termina:
>
> I - pela morte de um dos cônjuges;
>
> II - pela nulidade ou anulação do casamento;
>
> III - pela separação judicial;
>
> IV - pelo divórcio.
>
> § 1º O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges ou pelo divórcio, aplicando-se a presunção estabelecida neste Código quanto ao ausente.
>
> § 2º Dissolvido o casamento pelo divórcio direto ou por conversão, o cônjuge poderá manter o nome de casado; salvo, no segundo caso, dispondo em contrário a sentença de separação judicial. (BRASIL, Código Civil de 2002, *online*).

Embora ocorra o rompimento conjugal, a relação dos pais com os filhos não termina com a dissolução da sociedade conjugal. Com o princípio constitucional da igualdade dos filhos, mesmo após a separação, o filho será sempre filho, após o reconhecimento da maternidade ou paternidade. Além disto, esculpe o artigo 1.579 do Código Civil que "o divórcio não modificará os direitos e deveres dos pais em relação aos filhos" (BRASIL, 2002, *online*). Com base no parágrafo único do mencionado artigo, o novo

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

casamento de qualquer dos pais, ou de ambos genitores, não poderá importar em possíveis restrições aos direitos e deveres para com os filhos.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves (2017) a separação, divórcio ou novo casamento dos pais conforme já descrito, não modifica os direitos e deveres dos genitores em relação aos filhos, os direitos e deveres referentes ao poder familiar também se encontram intactos pela disposição do artigo 1.634, incisos I a VII do Código Civil de 2002.

Nesse sentido, seguindo na questão central do presente trabalho, a adoção unilateral do filho do cônjuge pelo outro cônjuge desencadeia questionamentos quanto a possibilidade de desconstituição da paternidade com o fim do casamento. Após a promulgação da Constituição de 1988, a igualdade entre os filhos é premissa fundamental.

Com base em Maria Berenice Dias (2016) em razão da promulgação da Constituição de 1988 viabilizou-se a possibilidade da adoção unilateral dos filhos do cônjuge por parte do companheiro (padrasto ou madrasta). Embora exista pai registral (nome de pai biológico no registro) é necessária a concordância do mesmo para inserção do nome do padrasto ou madrasta.

Pelo exposto, cita-se o voto do Ministro Relator Luiz Fux, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 898.060 pelo Supremo Tribunal Federal, no qual demonstra que a paternidade socioafetiva não exime a responsabilidade do genitor biológico:

> A paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público no caso, essa era declarada; porque também nós reconhecemos a afetividade como um fato gerador de filiação, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com todas as suas consequências jurídicas. (STF-RE 898060, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 21/09/2016, Data de Publicação: 24/08/2017, p. 8).

Sílvio Venosa (2017) reconhece a existência de duas hipóteses para reconhecimento de paternidade, a judicial e a voluntária, sendo os atos espontâneos, por livre vontade das partes. Na paternidade socioafetiva a pessoa declara que reconhece tal indivíduo como filho. A ação de reconhecimento de paternidade requer a realização de exame de DNA.

Com base nisto, Cleyson de Moraes Mello (2021) diz que o acréscimo do nome do padrasto ou madrasta na certidão do filho do cônjuge é resultado da implementação da Lei nº 11.924/2009, intitulada de Lei Clodovil Fernandes (em homenagem ao Deputado Federal falecido). Acerca dos efeitos no reconhecimento da filiação, o renomado autor Sílvio Venosa, pontua que:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Os filhos reconhecidos equiparam-se em tudo aos demais, no atual estágio de nosso ordenamento, gozando de direito hereditário, podendo pedir alimentos, pleitear herança e propor ação de nulidade de partilha. Se o filho reconhecido falecer antes do autor da herança, seus herdeiros o representarão e recolherão os bens, por direito de transmissão, se a morte tiver ocorrido antes da partilha. O direito sucessório que se estabelece é recíproco entre pais e filhos. Houve também, em nossa legislação, um longo caminho para atribuir-se igualdade de direitos sucessórios aos filhos ilegítimos, matéria afeta a outro estudo. Enfatizemos aqui, porém, que foi a Lei do Divórcio (Lei 6.515/77) que atribuiu direito de herança reconhecido em igualdade de condições para filiação de qualquer natureza. (VENOSA, 2017, p. 281).

No mesmo sentido, comenta Silvio Venosa, no que tange a adoção, nos moldes atuais da legislação, possui efeitos irrevogáveis. Uma vez estabelecida, a adoção apenas poderá ser rescindida conforme os princípios processuais. O Código Civil de 2002 também trata dos efeitos do reconhecimento da paternidade, na redação dos artigos 1.609, 1.610 e 1.613 que dispõem:

> Art. 1.609. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
>
> I - no registro do nascimento;
>
> II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
>
> III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
>
> IV - por manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.
>
> Parágrafo único. O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou ser posterior ao seu falecimento, se ele deixar descendentes.
>
> Art. 1.610. O reconhecimento não pode ser revogado, nem mesmo quando feito em testamento.
>
> Art. 1.613. São ineficazes a condição e o termo apostos ao ato de reconhecimento do filho. (BRASIL, Código Civil de 2002, *online*).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A Lei nº 8.560/1992 que regulamenta a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento também dispõe que:

> Art. 1° O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito:
>
> I - no registro de nascimento;
>
> II - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório;
>
> III - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado;
>
> IV - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém.
>
> Art. 2° Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação. (BRASIL, lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992, 1992, *online*).

De acordo com Maria Berenice Dias (2016), o fato do(a) enteado(a) agregar o nome do padrasto ou madrasta no seu registro de nascimento não interfere nos efeitos do poder familiar do genitor biológico (caso exista). Sobre esta questão, Rolf Madaleno comenta os efeitos do rompimento conjugal na relação dos filhos:

> Quanto aos filhos, a separação oficial não produz qualquer alteração no tocante ao poder familiar dos pais, como prescreve o artigo 1.632 do Código Civil. O poder familiar só pode ser suspenso ou perdido por decisão judicial, quando um pai ou uma mãe incorrer em alguma das faltas previstas no artigo 1.638 do Código Civil, e deste poder ficará suspenso se abusar de sua autoridade, ao faltar com os deveres inerentes ao poder familiar ou arruinando os bens dos filhos (CC, art. 1.637). As causas de suspensão ou de perda do poder familiar poderão ser enfrentadas no processo litigioso de divórcio judicial, importando o seu reconhecimento na privação da custódia e também da própria autoridade dos pais. Os pais como titulares do poder familiar têm o direito de ter consigo os filhos menores, pois só desta forma podem orientar a formação e educação da sua prole em toda a sua extensão, e na eventualidade de dissolução da sociedade

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> ou do vínculo conjugal pela separação ou pelo divórcio direto consensual, dissolução de união estável ou em medida provisória ordena o artigo 1.584, inciso I, do Código Civil, seja observado o acordado pelos cônjuges sobre a guarda dos filhos. Na hipótese de separação ou de divórcio litigioso sem acordo quanto à guarda dos filhos, será aplicada a guarda compartilhada, estando ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar (CC, art. 1.584, § 2º). (MADALENO, 2018, p. 411-412).

Rolf Madaleno ratifica que a separação ou divórcio não provoca consequências no pátrio poder dos pais. Na hipótese de divórcio ou separação litigiosa a guarda definida será a compartilhada em prol dos interesses do menor. Em caso consensual, deverá ser observado a guarda que satisfazer os interesses do menor. Voltando ao assunto, em decisão recente, a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça declarou a desconstituição da paternidade em um caso específico em que o autor da ação fora induzido a erro. A corte decidiu que a existência de longo período de convivência socioafetiva no ambiente familiar não impede em caso de indução em erro no registro dos filhos que o suposto pai ajuíze ação negatória de paternidade e sendo constatado ausência de vinculo biológico o juiz poderá descontinuar a filiação.

Vale esclarecer que no presente caso o autor também não possui vínculo afetivo com as crianças. Sobre o caso, destaca-se a jurisprudência advinda da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça nos mesmos preceitos:

> RECURSO ESPECIAL. AÇÃO NEGATÓRIA DE PATERNIDADE. ANULAÇÃO DE REGISTRO CIVIL. PAI REGISTRAL INDUZIDO A ERRO. AUSÊNCIA DE AFETIVIDADE ESTABELECIDA ENTRE PAI E FILHO REGISTRAIS. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. 1. A controvérsia cinge-se em definir a possibilidade de anulação do registro de paternidade em virtude da ocorrência de erro de consentimento e da inexistência de relação socioafetiva entre o menor e o pai registral. 2. É possível a desconstituição do registro quando a paternidade registral, em desacordo com a verdade biológica, é efetuada e declarada por indivíduo que acredita, realmente, ser o pai biológico desta (incidindo, portanto, em erro), sem estabelecer vínculo de afetividade com a infante. 3. Não se pode obrigar o pai registral, induzido a erro substancial, a manter uma relação de afeto, igualmente calcada no vício de consentimento originário, impondo-lhe os deveres daí advindos, sem que, voluntária e conscientemente, o queira. A filiação socioafetiva pressupõe a vontade e a voluntariedade do apontado pai de ser assim

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> reconhecido juridicamente, circunstância, inequivocamente, ausente na hipótese dos autos. 4. O singelo argumento de que o relacionamento amoroso do pai registral e da genitora da criança tenha sido curto e instável não configura uma presunção de que o reconhecimento da paternidade foi despojado de erro de consentimento.5. Recurso especial provido. (STJ-REsp: 1930823 PR 2020/0182853-4, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Data de Julgamento: 10/08/2021, Data de Publicação: 16/08/2021).

Em sentido contrário, caminham as decisões dos Tribunais brasileiros, conforme se observa no julgado do Tribunal de Justiça de São Paulo:

> NEGATORIA DE PATERNIDADE. IMPROCEDÊNCIA. PATERNIDADE VOLUNTARIAMENTE RECONHECIDA NO REGISTRO CIVIL, MESMO SENDO SABIDO QUE A CRIANÇA NÃO ERA FILHA BIOLÓGICA, NÃO APONTAMENTO DE VICIO DE CONSENTIMENTO NO ATO REGISTRAL QUE POSSA LEVAR À SUA DESCONSTITUIÇÃO. PATERNIDADE SOCIOAFETIVA QUE DEVE PREVALECER SOBRE A VERDADE BIÓLOGICA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ-SP-AC: 10319065820188260196 SP 1031906-58.2018.8.26.0196, Relator: Moreira Viegas, 5º Câmara de Direito Privado, Data de Julgamento: 04/03/2020, Data de Publicação: 05/03/2020).

Desse modo, a jurisprudência acima disposta nega a possibilidade de desconstituição da paternidade socioafetiva. Nessa conjuntura, tem-se que o reconhecimento da paternidade socioafetiva entre padrasto e filho do outro cônjuge, caminha nos mesmos termos da paternidade biológica, assegurado o direito a alimentos, herança, entre outros direitos decorrentes dessa relação. Afinal, conforme o princípio do melhor interesse para o menor, deve-se escolher no caso concreto, a opção mais vantajosa para criança e adolescente.

Conforme apontado neste capítulo, em resposta a problemática do estudo, verifica-se que, embora haja o rompimento da sociedade conjugal, na ocorrência do desfazimento da relação socioafetiva entre filho do cônjuge e o companheiro (padrasto ou madrasta), com base nos ditames da jurisprudência e por analogia à situação que envolve a paternidade biológica, seguindo os mesmos parâmetros definidos na lei, o registro na paternidade socioafetiva não poderá ser desconstituído, seja por parte do filho socioafetivo, bem como pelo pai afetivo, ressalvadas as hipóteses eivadas de vício ou indução a erro.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa norteou-se a partir de um objetivo geral em investigar e demonstrar se era cabível a premissa de desconstituição da paternidade socioafetiva (entre padrasto ou madrasta e filho do cônjuge) em decorrência do rompimento da relação conjugal, não importando de quem seja a iniciativa, do filho ou do pai afetivo.

Nesta senda conclusiva, o caminho percorrido para o desfecho do presente estudo guiou-se a partir de objetivos específicos que delinearam o trajeto cognitivo de aferição das informações jurídicas por meio de pesquisa bibliográfica, com a finalidade de observar os pontos estratégicos desse trabalho, dentre os quais, apresentar novas configurações familiares juridicamente reconhecidas no Brasil na perspectiva do direito civil-constitucional, bem como, pesquisar as características das famílias monoparentais e da paternidade socioafetiva, de modo a identificar as relações que possuem.

Outro ponto de destaque da pesquisa foi o estudo sobre a questão dos aspectos históricos da proteção jurídica da família no ordenamento pátrio, demonstrando que por um longo período o casamento teve o homem como centro do poder familiar, instituindo autoridade sobre a mulher e os filhos. No entanto, após a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988 houve a instituição de um paradigma de igualdade entre famílias biológicas e socioafetivas, ao estabelecer igualdades entre filhos biológicos e afetivos, além disso, a família monoparental passa a ser protegida constitucionalmente.

Ainda, observou-se neste ponto da pesquisa a necessidade de se fazer o paralelo entre a família monoparental e a família socioafetiva, compreendendo-se família monoparental como aquela formada apenas por um genitor e o seus filhos, enquanto que a paternidade socioafetiva é materializada pela junção entre duas pessoas que se consideram perante a sociedade como pai e filho, podendo insurgir também a possibilidade em que o genitor se envolve em um enlace amoroso e o seu cônjuge assume a paternidade do enteado, surgindo uma paternidade socioafetiva nas hipóteses de existência de pai registral, sendo necessária a anuência deste para inserção do nome do genitor afetivo no registro civil da criança ou adolescente.

Outros paradigmas nortearam a presente pesquisa, e um objetivo específico fundamental para se chegar à conclusão deste estudo foi a análise pormenorizada da possibilidade jurídica de se desconstituir a paternidade socioafetiva após o rompimento da relação conjugal. Com isso, diante da pesquisa desenvolvida verificou-se que o casamento é considerado a primeira forma de construção da família, porém, o rompimento da sociedade conjugal pode significar em prejuízos para todos os indivíduos pertencentes ao grupo familiar, e a consequente inovação no direito de família, impulsionou o início da paternidade socioafetiva formada por vínculos afetivos entre pais e filhos.

Assim, com o desfecho desta pesquisa, conclui-se que mesmo que ocorra o rompimento do vínculo conjugal, a paternidade socioafetiva não poderá ser desconstituída

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

seja por iniciativa do pai socioafetivo, como também do filho que não quer mais manter o vínculo de afetividade decorrente dessa relação, levando em consideração que os efeitos desse reconhecimento no registro civil do menor vai em encontro com o mesmos termos definidos na filiação biológica, sendo assegurado o direito a alimentos, herança, entre outras garantias decorrentes dessa relação.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 02 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.560, de 29 de dezembro de 1992.** Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8560.htm. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 646721, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 10/05/2017, Data de Publicação: 11/09/2017. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4100069. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Especial nº 898060, Relator: Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 21/09/2016, Data de Publicação: 24/08/2017. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13431919. Acesso em: 03 set. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial: 1930823 PR 2020/0182853-4, Relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, Data de Julgamento: 10/08/2021, Data de Publicação: 16/08/2021. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1264583770/recurso-especial-resp-1930823-pr-2020-0182853-4/inteiro-teor-1264583972. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Cível: 10319065820188260196 SP 1031906-58.2018.8.26.0196, Relator: Moreira Viegas, 5º Câmara de Direito Privado, Data

de Julgamento: 04/03/2020, Data de Publicação: 05/03/2020. Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/888243634/apelacao-civel-ac-10319065820188260196-sp-1031906-5820188260196. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Longo período de vínculo socioafetivo não impede desconstituição da paternidade fundada em erro induzido.** Decisão de 14/12/2020. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/14122020-Longo-periodo-de-vinculo-socioafetivo-nao-impede-desconstituicao-da-paternidade-fundada-em-erro-induzido.aspx. Acesso em: 06 set. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Autos nº 0001459-08.2016.2.00.0000, Pedido de Providências da Corregedoria. Relator: João Otávio de Noronha, 48º Sessão Extraordinária, Data de Julgamento: 26/06/2018. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=DE5A3222422A59727199EC826B62482C?jurisprudenciaIdJuris=51260&indiceListaJurisprudencia=6&firstResult=7875&tipoPesquisa=BANCO. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Preceito Fundamental nº 132, Relator: Min. Ayres Brito, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 05/05/2011, Data de Publicação: 14/10/2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20132&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 03 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 4.277, Relator: Min. Ayres Brito, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 05/05/2011, Data de Publicação: 14/10/2011. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&queryString=ADPF%20132&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 08 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 1045273/SE, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, Data de Julgamento: 21/12/2020, Data de Publicação: 09/04/2021. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur443826/false. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. Súmula nº 380 do Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2482. Acesso em: 07 ago. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro** - vol. 5. 34. ed. São Paulo: Saraiva. 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, 3:** esquematizado: responsabilidade civil, direito de família, direito das sucessões. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Direito civil:** famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NIGRI, Tânia. **União estável**. Série Conhecimento. São Paulo: Blucher, 2020.

MADALENO, Rolf. **Direito de família.** 8. ed., rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito civil:** famílias. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil:** família. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A RESPONSABILIDADE DOS AVÓS PELO PAGAMENTO DOS ALIMENTOS DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DOS PAIS

VALKER CARVALHO MACENA: Bacharelando em Direito pela Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: O cotidiano das ações alimentícias é cheia de desafios e obstáculos que se tem que enfrentar, havendo necessidade da elaboração métodos que possam trazer aos litigantes a segurança de que terão os seus anseios atendidos. As ações avoengas é a busca pela segurança dos menores que necessitam dos alimentos necessários para a sua subsistência, trazendo dignidade que os menores precisam, uma das bases o princípio da solidariedade familiar, mostra que à alimentação é uma garantia assegurada pela constituição. Os pedidos de pensão visam proteger a vida de crianças e adolescentes, os pedidos de alimentos em uma ação, é um pedido para poder dispor do direito ao lazer, educação, saúde, moradia, entre outros, por isso abordamos nesse trabalho quão grande é a importância dos pedidos de alimentos avoengos com o objetivo de corrigir a lacuna deixada pelo genitor responsável em prover os mantimentos. O estudo traz a percepção do valor da inclusão dos avós na prestação dos alimentos, mostrando as vias que levam recair sobre os ascendentes esse encargo, trazendo os benefícios e impacto que a obrigação avoenga causa a vida do alimentado, assegurando a criança e adolescentes o básico necessário para a sua subsistência. Versar nesse entendimento que os avós tem apenas uma reponsabilidade complementar e subsidiária, mas nunca esquecendo que apesar de apenas ser um remédio, as ações avoengas são envolto de valores que são descritos para resguardar a dignidade da pessoa humana a luz de um amplo valor moral que todos devem ter uns com os outros.

PALAVRAS-CHAVE: Avoengos. Alimentos. Valor. Obrigação.

ABSTRACT: The daily routine of food lawsuits is full of challenges and obstacles that must be faced, requiring the development of methods that can provide litigants with the assurance that their wishes will be met. Sponsor actions is the search for the safety of minors who need the food necessary for their livelihood, bringing dignity that minors need, one of the bases the principle of family solidarity, shows that food is a guarantee guaranteed by the constitution. Pension requests aim to protect the lives of children and adolescents, food requests in an action, it is a request to be able to enjoy the right to leisure, education, health, housing, among others, so we address in this work how great the importance of the requests for ancestor's food in order to correct the gap left by the responsible parent in providing the groceries. The study brings the perception of the value of including grandparents in the provision of food, showing the ways that this burden falls on the ascendants, bringing the benefits and impact that the grandmother's obligation has on the life of the child, ensuring the child and adolescents the basics necessary for their

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

livelihood. To point out in this understanding that grandparents have only a complementary and subsidiary responsibility, but never forgetting that despite being just a remedy, the actions of the grandfathers are surrounded by values that are described to protect the dignity of the human person in light of a broad moral value that everyone must have with each other.

KEYWORDS forefathers. Foods. Value. Obligation.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. A DIMENSIONALIDADE DOS ALIEMNTOS NA ESFERA DO DIREITO DE FAMÍLIA. 2. DAS FORMAS PROCEDIMENTAIS DE EXECUÇÃO. 3. TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR. 4. LITISCONSÓRCIO. 5. DA OBRIGAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS. 4. CONCLUSÃO. 5. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O direito à alimentação é caracterizada pela necessidade específica de todo ser humano. O ordenamento jurídico brasileiro esclarece que é o dever de todos zelar pelo bem estar de crianças e adolescentes, lhes assegurando o direito à moradia, lazer, saúde, educação, alimentação, diante disso podemos verificar que há uma relação íntima entre estado e sociedade para atender as necessidades básicas dos menores, dando a proteção que nossa constituição assegura, com isso alcançado o bem estar moral e social dos alimentandos. Em muitos casos a situações onde é necessário o auxílio da justiça para evitar ou corrigir qualquer ato que venha interferir que as crianças e adolescentes usufruem desses direitos.

Um direito que trazemos à tona para ser explorado é o dos alimentos, algo importante para a subsistência de qualquer indivíduo, e os menores que por não terem a capacidade de providenciar seu próprio alimento é necessário que sua família que são seus entes mais próximos sejam os responsáveis em prover tal necessidade. Por isso, quando a família é desfeita os pais devem continuar subsidiando os alimentos dos filhos, com propósito de impedir de colocar o menor em situação de vulnerabilidade, todavia em muitos casos é necessário recorrer as ações com pedidos de alimentos, face a omissão, o descaso, a recusa do genitor em ajudar no crescimento, prejudicando o desenvolvimento emocional, intelectual das crianças e adolescentes.

Além do mais, os processos que envolvem os pedidos de pensão alimentícia tem que cada vez mais se adequar as dificuldades presentes nas ações. Ao longo do tempo foi preciso haver modificações e aprimoramento do ordenamento jurídico com intuito de corrigir a falha que o pai responsável de prover os alimentos comete ao deixar de pagar o valor fixado a título de pensão para os menores. A entidade familiar traz um cunho social que transfere a todos a responsabilidade que se deve ter uns com os outros, e sendo os menores a parte mais delicada da família requer um cuidado a mais. Sabemos que o Estado

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tem a seu grau de responsabilidade pela preservação da família, o cuidado com cada indivíduo no anseio de que tenham uma vida com integridade, tendo como um dos alicerces o princípio da dignidade humana, isto refere-se à garantia que sempre haverá a busca que todos tenham suas necessidades atendidas.

Assim, de acordo com o entendimento doutrinário existe a possibilidade de entrar com ação em face dos avós, as chamadas ações de alimentos avoengos, isso se dar devido o grau de parentesco que existe entre os membros da família, recaindo sobre os ascendentes o dever de zelar pelo bem está de todos. Isso é o ponto principal do trabalho despontando como meio de não deixar os menores sem assistência, é muito importante a inclusão dos avós para complementar ou serem os provedores dos alimentos, pois o desamparo e a falta do pagamento da pensão é algo que causa imenso dano a vida dos que precisam desse auxílio. Diante disso, o que se espera do nosso ordenamento jurídico é uma resposta enérgica que possibilite uma resolução rápida com uma solução satisfatória aos menores, evitando assim, que fique comprometida a sua subsistência.

Por esse motivo, o trabalho discorre exclusivamente a respeito da ação de alimentos avoenga, como também do entendimento jurídico na composição de meios estratégicos para impossibilitar que as crianças e adolescentes sejam penalizados e venham sofrer tanto âmbito moral e social com à falta do pagamento da pensão. Assim, aborda-se quão grande é o impacto na vida dos menores quando seus ascendentes são os responsáveis pelo os alimentos e como é positivo quando os incumbimos dessa obrigação frente as carências dos alimentandos, a relação familiar é importante não só para suprir as necessidades alimentares, mas também para trazer segurança, alívio emocional, contribuindo na vida intelectual dos menores.

E ainda, nesses casos envolvendo ações contra os avós, em sua maioria litigada contra os avós paternos, este tem a possibilidade de acionar a justiça com propósito de inclusão dos avós maternos, para recair também sobre si a responsabilidade de serem os mantenedores dos alimentos dos seus netos, é sem dúvida uma medida que traz mais satisfação e diminui que fiquem em risco com a falta dos alimentos. Devendo sempre haver o cuidado com a capacidade e a razoabilidade, não podendo colocar em risco a própria subsistência dos ascendentes, pois o foco das ações avoengas a correção da falta de pagamento dos principais responsáveis que são os genitores.

A ações alimentícias teve que se adaptar as mudanças e complexidades que cada caso demonstra, se estruturando para atender os preceitos do princípio de solidariedade familiar, e também responder as necessidades vitais dos alimentandos. Fundamentado pelo Código Civil onde os parentes podem pedir uns aos outros alimentos, sendo de rito especial, a mera inexecução da obrigação alimentar não dar o direito de pleitear o pedido de alimentos diretamente aos avós.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Para isso, deverá ter esgotadas todos os dispositivos processuais disponíveis no nosso ordenamento para forçar os genitores a cumprir com a sua responsabilidade. Portanto, cresce cada vez mais o entendimento da necessidade das ações avoengas, devido os desafios encontrados nos tribunais, com a impossibilidade dos genitores, o que se busca é o interesse das crianças, o objetivo de satisfazer as necessidades dos menores, assim fica mais claro o grau de responsabilidade dos ascendentes, não podendo se eximir de tal responsabilidade para com seus parentes.

1 A DIMENSIONALIDADE DOS ALIMENTOS NA ESFERA DO DIREITO DE FAMÍLIA

É notório que ao falarmos em família notamos que tem um alcance muito mais abrangente, trazendo a sua sombra o significado de segurança e proteção. Com isso, o laço familiar traz obrigações que se estende a todos que formam essa entidade. Uma das obrigações que destaca-se é o direito à alimentação que é necessário para atender as necessidades de qualquer indivíduo. A obrigação de prover os alimentos dentro do seio familiar é uma responsabilidade dos pais, porém com a dissolução dessa união quem sofrem e ficam em situação de risco é os menores que constituem essa família.

Há pilares que regem o direito de família, tendo como um dos principais o da solidariedade familiar, o conceito desse princípio está ligado ao dever de alimentos, explanando que as relações familiares é a fonte dessa obrigação. Nesse sentido, menciona Dias (2015. p. 558.) "O fundamento do dever de alimentos se encontra no princípio da solidariedade, ou seja, a fonte da obrigação alimentar são os laços de parentalidade que se ligam as pessoas que constituem uma família, homoafetivas, socioafetivas (edemonistas), entre outras".

Além disso, o direito de família regido pelo o princípio da solidariedade, deixa em evidência que o ser humano necessita de auxilio de seus familiares ou responsáveis desde o seu nascimento isso para que venha prover suas carências, assim temos os alimentos como um direito necessário para garantir a vida.

Cada um de nós tem uma responsabilidade social mútua. Esse princípio vem legitimado no inciso I do artigo 3º da CF/88, que diz que devemos "construir uma sociedade livre, justa e solidária," isso vem efetivar esse valor, visando à proteção de todos e aqui principalmente de crianças e adolescentes.

Ademais, em nossa constituição esse direito é a elucidação que a responsabilidade deve ser compartilhada entre todos, respondendo aos olhares do princípio da solidariedade. Podemos verificar que o direito social está firmado nos artigos 6º e 225 da Constituição Federal, inserindo o direito à alimentação entre os direitos sociais, coletivos e individuais, para que se possa ter uma melhor qualidade de vida.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim dispõe os artigos:

> Art. 6. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.
>
> Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defende-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

A ação de alimentos ultrapassa muitas barreiras, estando enlaçados consigo o princípio da dignidade humana, assim diante de uma ação de alimentos, não há como analisa- lá sem que seja fundamentada sobre seus preceitos, sendo uma das bússolas que guia a fixação de alimentos. Tudo isso com o objetivo de preservar a vida e garantir o mínimo para a subsistência de crianças e adolescentes.

Conforme ensina Tartuce:

> o pagamento desses alimentos visa à pacificação social, estando amparado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da solidariedade familiar, ambos de índole constitucional. No plano conceitual e em sentido amplo, os alimentos devem compreender as necessidades vitais da pessoa, cujo objetivo é a manutenção da sua dignidade: a alimentação, a saúde, a moradia, o vestuário, o lazer, a educação, entre outros. (TARTUCE, 2020, p. 1336)

O princípio da dignidade humana vem fortalecer que o indivíduo tem o direito de desfrutar de toda conjugação que vem com os direitos sociais, isso firmado em nossa carta magna no inciso III, artigo 1º da CF/88, usufruindo de tudo isso, com integridade na busca do seu bem-estar, e ainda, é de grande importância ter um equilíbrio entre alimentação, habitação, entre outros direitos.

Vislumbrando tudo isso, compreende-se que é uma responsabilidade de todos, sendo um dever da família, sociedade e Estado. Esse enlace tem as suas diretrizes em nossa carta magna, mostrando o compromisso que cada pessoa tem que ter uma com as outras.

A família sendo a base da sociedade, tem uma função fundamental na vida de seus membros, os menores que são nesse caso são a parte mais frágil dessa relação precisam dos seus pais para ter a alimentação que precisam. Mas com a dissolução do casal, na maioria das vezes fica ao encargo de um dos genitores, como na maioria das vezes o pai

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

em pagar a pensão alimentícia para que aquele menor não venha ficar em situação de fragilidade e risco.

O termo alimentos é definido por Cahali assim:

> *o conteúdo de uma pretensão ou de uma obrigação, vem a significar tudo o que é necessário para satisfazer aos reclamos da vida; são as prestações com as quais podem ser satisfeitas as necessidades vitais de quem não pode provê-las por si; mais amplamente, é a contribuição periódica assegurada a alguém, por um título de direito, para exigi-la de outrem, como necessário à sua manutenção.(CAHALI, 2002, p.16)*

2 DAS FORMAS PROCEDIMENTAIS DE EXECUÇÃO

Todavia por motivo distintos como, desemprego, falecimento e muitas das vezes a falta de interesse no cumprimento da obrigação, causa um enorme transtorno deixando o alimentado em uma situação comprometida. O direito ao alimento, a obrigação alimentar, é um dever moral, não só para assegurar a subsistência de quem necessita dessa ajuda, mas para garantir ao alimentando uma vida integra, haja vista, que o menor precisa vestir-se, educar-se e uma habitação que possa dar-lhe proteção.

A respeito do assunto, Venosa dispõe que:

> O ser humano, desde o nascimento até sua morte, necessita de amparo dos seus semelhantes e de bens necessários ou essenciais para sua sobrevivência. Nesse rol, realça-se a necessidade de alimentos. Desse modo, alimento em seu termo vulgar pode ser entendido como tudo aquilo necessário à sua subsistência. Acrescente-se a essa noção o conceito de obrigação que tem uma pessoa de fornecer esses alimentos a outra e chega-se facilmente à noção jurídica. No entanto, no Direito a compreensão do termo é mais ampla, pois a palavra, além de abranger os alimentos propriamente ditos, deve referir-se também à satisfação de outras necessidades essenciais da vida em sociedade. (VENOSA, 2006, p.375).

E tratando-se de prestação de alimentos deve ser observado o binômio necessidade/possibilidade, na hora de chegar à um valor a ser pago ao alimentando, valor esse visando também as condições do devedor, isso para que essa obrigação não se converta em um encargo que venha afetar ou colocar em risco o alimentante.

A ilustre civilista Diniz define da seguinte forma:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> O alargamento do conceito de alimentos levou a doutrina a distinguir alimentos civis e naturais. Alimentos naturais são os indispensáveis à subsistência, como alimentação, vestuário, saúde, habitação, educação, etc. Alimentos civis são os destinados a manter a qualidade de vida do credor, de modo a preservar o padrão de vida e o status social. Essa distinção, agora trazida à esfera legal, de há muita era sustentada pela doutrina e subsidiava a jurisprudência na fixação dos alimentos de forma diferenciada, em conformidade com a origem da obrigação, ao serem qualificados os alimentos destinados aos filhos, ex-cônjuge ou ex-companheiro. À prole eram deferidos alimentos civis, assegurando compatibilidade com a condição social do alimentante, de modo a conceder aos filhos a mesma qualidade de vida dos pais. (DINIZ, 2005. p. 449-450)

Por isso, seguindo esse rumo o ilustre desembargador Ricardo Oliveira entende que "É cediço que a fixação da prestação alimentícia deve respeitar o binômio necessidade/possibilidade. O arbitramento dos alimentos não pode converter-se em gravame insuportável ao alimentante nem mesmo em enriquecimento ilícito do alimentado. Deve-se observar o equilíbrio entre a situação financeira daquele que os presta e a real necessidade daquele que recebe, conforme disposto no art. 1.694, § 1.º do Código Civil. Vejamos:

> Art. 1694. Podem os parentes, os cônjuges ou companheiros pedir uns aos outros alimentos de que necessitem para viver de modo compatível com a sua condição social, inclusive para atender às necessidades de sua educação.
>
> § 1.º Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada."" (AC 0010.14.832131-7).

A ação de alimentos é especialmente tratada e prevista na Lei 5.478/68. Ao ser proposta esta ação, o juiz fixará os alimentos provisórios, nos termos do artigo 4º desta lei, vejamos o que diz: "as despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita". Posteriormente, será determinada audiência na busca pela conciliação, e, caso não seja definida, passa a decorrer o prazo de contestação, como ocorrem nos demais casos.

Em ação de alimentos quando fixados os valores a pagar à título de pensão alimentícia, é corriqueiro atrasos no cumprimento da obrigação. Os pedidos de alimentos atrasados gera grande transtorno a quem cobra e quem é cobrado. Nesses casos, o pedido

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

será feito através do pedido de cumprimento de sentença, conforme artigo 528 CPC de 2015.

O cumprimento de sentença tem caráter emergencial para preservar a vida do alimentando, podendo ser feito o pedido de prisão de acordo com o art. 528 parágrafo 3º, sendo intimado para que, no prazo de três dias comprove o pagamento do débito ou justifique a impossibilidade de fazê-lo, e também a penhora dos bens do devedor, conforme art. 528 parágrafo 7º do CPC, tendo o prazo de quinze dias para pagar do débito.

3 TRANSMISSÃO DA OBRIGAÇÃO ALIMENTAR

Acontece que esgotadas todas as medidas processuais, e assim, não vindo a ser sanado o débito do devedor, o nosso código civil esclarece que os alimentos são recíprocos e caso haja insuficiência e necessidade, poderá essa obrigação ser apresentada aos ascendentes, conforme artigo 1.696 do CC.

Assim, havendo necessidade poderá se estender aos avós essa obrigação. Neste sentido, Gomes leciona que "Na falta dos pais, a obrigação passa aos ascendentes de grau mais próximo, e na falta destes aos que lhes seguem na ordem do parentesco em linha reta. Primeiro, portanto, os avós, em seguida os bisavós, depois os trisavós e assim sucessivamente."

Devemos lembrar que na maioria das vezes mesmo tendo uma situação financeira muito mais estável e segura, isso não legítima o chamamento dos avós para pagar ou complementar a pensão ao alimentado, é necessário que se comprove a escassez do devedor diante do credor. Os alimentos avoengos são importante para compor os alimentos quando há uma insuficiência comprovada.

Nesse sentido, Chaves e Rosenvald (2015, p. 722):

> Por certo, a responsabilidade alimentar primeira é dos pais. Equivale a dizer: a responsabilidade alimentícia dos avós e demais parentes em linha reta é subsidiária e complementar. Somente será possível cobrar deles quando os devedores primários (pais e filhos) não puderem prestar os alimentos integralmente. É o que proclama o Superior Tribunal de Justiça: "Os avós, tendo condições, podem ser chamados a complementar o pensionamento prestado pelo pai que não supre de modo satisfatório a necessidade dos alimentandos" (STJ, Ac. 4ª T., Resp. 119336/SP, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 11.6.2002). Frente ao que se expõe, é fácil perceber que a obrigação alimentar avoenga é excepcional, somente se justificando quando, efetivamente, as necessidades de quem recebe os alimentos não

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> puderem ser atendidas, em sua inteireza, pelo devedor vestibular. Logo, a melhor condição econômica dos avós não justifica a condenação avoenga, estando submetida, efetivamente, à prova da impossibilidade do genitor de atender às necessidades do credor.

A prestação alimentar avoenga é uma obrigação que recai sobre os avós devido o parentesco que existe, de forma à obstar que os menores fiquem em situação de penúria devendo ser comprovada a incapacidade parcial ou absoluta dos pais para cumprir a obrigação alimentar em favor dos menores.

Nesse sentido é a Súmula 596, do Superior Tribunal de Justiça: *"A obrigação alimentar dos avós tem natureza complementar e subsidiária, somente se configurando no caso de impossibilidade total ou parcial de seu cumprimento pelos pais".*

Berenice Dias destaca que:

> (...) Na instrução, comprovada a ausência de condições do genitor e evidenciada a impossibilidade de ele adimplir a obrigação, é reconhecida a responsabilidade dos avós. A cumulação da ação contra pais e avós tem a vantagem de assegurar a obrigação desde a data da citação (...). (DIAS, 2016, p. 579)

A participação dos avós apesar de ter o entendimento que é uma contribuição complementar e subsidiária, isso não diminui o grau de sua importância. É absolutamente de grande relevância essa participação avoenga para o que necessita desse auxílio, mesmo sendo acessória tem o propósito de corrigir o déficit deixado pelo genitor responsável pelo pagamento da pensão alimentícia.

4 LITISCONSÓRCIO

Quando estamos diante da necessidade da convocação dos avós para suprir a necessidade deixada pelos genitores, encontramos entendimentos e julgados que afirmam que havendo ação contra o avó paterno, este pode fazer o ajuizamento contra os avós maternos existindo o litisconsórcio passivo necessário, firmando a solidariedade entre os demais avós.

Deste modo, antes disso dever ser comprovada a insuficiência financeira dos genitores. O direito de incluir no processo todos os avós do alimentando, é legitimado no código civil se estendo a responsabilidade e reciprocidade entre os entes da família, os ascendentes não podem se esquivar desse dever, vejamos o que diz o art. 1.696 e 1.698 do Código Civil.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 1.696. O direito à prestação de alimentos é recíproco entre pais e filhos, e extensivo a todos os ascendentes, recaindo a obrigação nos mais próximos em grau, uns em falta de outros
>
> Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Dispondo disto, que podemos alcançar todos os avós, fazendo com que cada um possa assumir esse dever na medida de suas possibilidades, não podendo ser colocado em risco a sua própria subsistência. Usando como alicerce o princípio da solidariedade familiar onde concorre a todos a responsabilidade em se tratando de alimentos decorrente do vínculo que existe.

Ademais, diante do elo gigantesco e dos princípios que regem a família, demonstra que todos os ascendentes e familiares mais próximos, no caso os avós paternos e maternos, são responsáveis e legitimados para serem chamados para complementar os alimentos dos menores. É indiscutível a responsabilidade de todos, podemos encontrar no nosso ordenamento várias decisões nesse sentido, confirmando esse compromisso e dever.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

> CIVIL E PROCESSUAL. RECURSO ESPECIAL. FAMÍLIA. ALIMENTOS. INSUFICIÊNCIA DOS ALIMENTOS PRESTADOS PELO GENITOR. COMPLEMENTAÇÃO. AVÓS PATERNOS DEMANDADOS. PEDIDO DE LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO ENTRE AVÓS PATERNOS E MATERNOS. CABIMENTO, NOS TERMOS DO ART. 1.698 DO NOVO CÓDIGO CIVIL. PRECEDENTES. I. Nos termos da mais recente jurisprudência do STJ, à luz do Novo Código Civil, há litisconsórcio necessário entre os avós paternos e maternos na ação de alimentos complementares. Precedentes. II. Recurso especial provido. (REsp n. 958.513/SP. Ministro Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJe 1/3/2011). CIVIL. ALIMENTOS. RESPONSABILIDADE DOS AVÓS. OBRIGAÇÃO COMPLEMENTAR E SUCESSIVA. LITISCONSÓRCIO. SOLIDARIEDADE. AUSÊNCIA. 1 - A obrigação alimentar não tem caráter de solidariedade, no sentido que "sendo várias pessoas obrigadas a prestar alimentos todos devem concorrer na proporção dos respectivos recursos." 2 - O demandado, no entanto, terá direito de chamar ao processo os co-responsáveis da obrigação alimentar,

> caso não consiga suportar sozinho o encargo, para que se defina quanto caberá a cada um contribuir de acordo com as suas possibilidades financeiras. 3 - Neste contexto, à luz do novo Código Civil, frustrada a obrigação alimentar principal, de responsabilidade dos pais, a obrigação subsidiária deve ser diluída entre os avós paternos e maternos na medida de seus recursos, diante de sua divisibilidade e possibilidade de fracionamento. A necessidade alimentar não deve ser pautada por quem paga, mas sim por quem recebe, representando para o alimentado maior provisionamento tantos quantos coobrigados houver no polo passivo da demanda. 4 - Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 658.139/RS. Relator Ministro Fernando Gonçalves, Quarta Turma, DJ 13/3/2006)

O que não podemos esquecer é que essa possibilidade de chamar os ascendentes para complementar é com interesse de preservar a vida de crianças e adolescentes, com finalidade de não deixar que falte os alimentos necessários para que os menores venha a ter uma vida saudável, alcançando tanto os avós paternos quanto os maternos, pois ambos são responsáveis pelos netos, desde que comprovada a impossibilidade dos pais em cumprir com a assistência dos alimentos.

5 DA OBRIGAÇÃO NA PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS

A ação de alimentos avoengos, é o chamamento dos parentes para socorrer os devedores e inadimplentes quando não tiverem condições de cumprir com tal responsabilidade, assim podendo ser acionado os avós para retificar essa falha.

> Art. 1.698. Se o parente, que deve alimentos em primeiro lugar, não estiver em condições de suportar totalmente o encargo, serão chamados a concorrer os de grau imediato; sendo várias as pessoas obrigadas a prestar alimentos, todas devem concorrer na proporção dos respectivos recursos, e, intentada ação contra uma delas, poderão as demais ser chamadas a integrar a lide.

Os alicerces da ação de alimentos avoengos inicia-se pela proteção à crianças e adolescentes prevista na Constituição Federal e no Código Civil, expondo os direitos que são fundamentais para garantir a defesa e proteção de todos. E ainda direcionando para o cumprimento da prestação alimentar buscando a corrigir as falhas que são ocasionadas pela falta de pagamento da pensão.

Assim, a prestação de alimentos por aquele que tem condições de assim faze-la torna-se essencial para que o alimentado tenha uma vida saudável. Dessa forma, os avós

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

sendo os parentes mais próximos depois dos pais estão enlaçados nessa obrigação na prestação de alimentos, não podendo se eximir dessa responsabilidade.

Vejamos o artigo 227 parágrafo 6º da Constituição Federal estabelece:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.
>
> 6º Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

Os avós tem o dever de auxiliar os netos na obrigação alimentar, na ausência dos pais ou quando assumem a guarda da criança ou adolescente, levando em consideração também o laço que os une. Compreende-se que um menor não tem condições de suprir suas próprias necessidades, sabendo disso o Estatuto da Criança e do Adolescente assegura em seu artigo 4º "que o dever da família em assegurar a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária".

É neste sentido que Gomes manifesta-se:

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

Diante tudo, constatamos que os alimentos além de ser importante para a sobrevivência, excede limites que vão além do sustento, alcançado direitos como a moradia, lazer, educação entre outros. A família possui a obrigação de fornecer tais alimentos para os filhos. Em complemento, nas palavras de Acquaviva, (2015):

> Alimentos são importâncias em dinheiro ou prestações in natura que uma pessoa, chamada de alimentante, se obriga, por força de lei, a

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> prestar a outra, chamada alimentando. Os alimentos não se referem apenas à subsistência material, mas também à sua educação ou formação intelectual (ACQUAVIVA, 2015, p. 85).

É uma prestação que é para atender e amparar as necessidades daqueles que não podem auferir sua própria renda. Perante essa responsabilidade que é imposta aos avós, em virtude da falta de condições dos pais para o pagamento da prestação alimentar dos filhos.

Devemos juridicamente acionar a legislação e nosso ordenamento como solução para evitar que crianças e adolescentes fiquem em situação vulnerável. Portanto é cada vez mais necessário a inclusão dos avós na incumbência da prestação de alimentos, baseado em princípios como da solidariedade familiar, dignidade da pessoa humana, haja vista, o interesse maior é de preservar a vida e os interesses do alimentando, é um dever moral de casa indivíduo.

CONCLUSÃO

No transcorrer do presente trabalho foi descrito como é benéfico a prestação dos alimentos prestados pelos avós quando os genitores não estiverem em condições de serem os provedores dos alimentos. Com base nas relações familiares vimos que os alimentos tem um alcance enorme, abraçando consigo o direito ao lazer, educação, moradia, entre outros, não deixando os menores que são os mais vulnerais sem amparo, esses direitos são necessários para a subsistência das crianças para que possam levar uma vida com dignidade.

Em virtude do que foi mencionado a obrigação alimentar é essencial para a vida dos menores que são a parte mais frágil entre os entes que formam a família, dando a garantia que todos venham ter a segurança necessária de não faltar os alimentos que qualquer indivíduo precisa. Dessa forma, como evidenciado os pais são os principais responsáveis e prestadores dos alimentos, mas em caso de falha, envolve os parentes mais próximos, no caso apresentado os avós, foi necessário haver um entendimento esclarecendo o grau de responsabilidade dos ascendentes dos menores.

Os avanços das ideias e entendimentos aqui expostos, pôde-se perceber que era necessário o posicionamento jurídico brasileiro, esclarecendo e possibilitando o entendimento do grau de participação dos demais parentes nas ações de alimentos, esclarecendo que a partir da comprovação da impossibilidade dos genitores responsáveis em prover os alimentos, os avós podem ser chamados para socorrer os menores. Constatou-se que os avós são parte fundamental na esfera jurídica e familiar, com propósito social e de grande relevância na busca de suprir as necessidades básicas dos alimentandos, evitando que fiquem em situação de risco.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Demonstramos no trabalho quais grandes são os danos que a inadimplência e mesmo a falta dos pagamentos causam na vida dos menores, sendo de cunho ofensivo tanto a honra e a dignidade. Mais uma vez, salientando que a pensão alimentícia como vem entrelaça com outros direitos, esse trabalho dar ênfase no objetivo de que é preciso cada vez mais adquirir a consciência de quanto é positivo o chamamento dos avós através das ações avoengas. Entretanto, como exposto, o novo entendimento do ordenamento jurídico, mostrou que deve ter alguns cuidados ao fazer o pedido da inclusão dos avós.

A natureza da obrigação dos avós de prestar alimentos é complementar e subsidiária, que somente após demonstrado a incapacidade dos pais de não terem como dispor de meios para prover os alimentos dos filhos, como também não podendo arcar com todo o valor da pensão sendo insuficiente para os menores. Há ainda casos em que o pai vindo a falecer e a mãe não podendo suportar tal encargo sozinha de ser a responsável pelos alimentos dos filhos, que clareia a possibilidade da obrigação de prestar alimentos recaia sobre os avós não podendo se eximirem dessa obrigação.

Dado a esse grande alcance social dos alimentos avoengos, vimos que regido pelo princípio da solidariedade familiar a entendimento de litisconsórcio passivo necessário, dando a possibilidade de ajuizar em face dos avós paternos e maternos, assim ficando todos com a mesma equivalência de responsabilidade. No âmbito jurídico diante da ação avoenga deverá ser observado o binômio necessidade e possibilidade, isso para que não venha a ser proposta ações contra os avós sem a devida análise, tudo para distanciar a possibilidade de ações em face aos avós só por terem melhores condições financeiras.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 30 demaio de 2021.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de Março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm > Acesso em 30 de março de 2021.

BRASIL. Lei Federal n.º 8.069, de 13 de julho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm >. Acesso em: 29 mar.2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de Janeiro de 2002. Código Civil. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm > Acesso em: 29 de marçode 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. Lei. nº 5.478, de 25 de Julho de 1968. Ação de Alimentos. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5478.htm > Acesso em: 02 de junho de 2021.

CAHALI, Yussef Said. Dos Alimentos. 4º ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. Pag. 16

VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil: Direito de Família. 8º Edição Vol. 6. São Paulo: Atlas S.A,2008.j

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito das Famílias. São Paulo. Revista dos Tribunais.2015. Pg. 558.

DIAS, Maria Berenice. Manual de Direito de Família. São Paulo: RT, 2016.

GOMES, Orlando. Direito de Família.11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999. Pág. 427.

JUSTIÇA. Tribunal Superior. STJ RECURSO ESPECIAL: REsp 2117703-88.2018.8.26.0000 SP 2019/0255412-4 Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/871267658/recurso-especial-resp-1834467-sp-2019-0255412-4 > Acesso em 28 de setembro de 2021.

JUSTIÇA. Tribunal Superior. STJ RECURSO ESPECIAL: REsp 2117703-88.2018.8.26.0000 SP 2019/0255412-4 Disponível em: < https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/871267658/recurso-especial-resp-1834467-sp-2019-0255412-4 > Acesso em 28 de setembro de 2021.

DINIZ, Maria Helena - **Código Civil Anotado** - Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) - 15ª Edição. 2012. São Paulo. Saraiva

NASCIMENTO. Thaylla Beatriz Bacelar Nascimento. A responsabilidade dos avós na prestação de alimentos aos netos. Disponível em:< https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigo/54485/a-responsabilidade-dos-avs-na-prestao- de-alimentos-aos-netos > Acesso em 02 de junho de 2021.

SOUZA. Marcelo. Alimentos – Critérios para Fixação – Binômio Necessidade x Possibilidade. Disponível em: < http://www.tjrr.jus.br/jurisprudenciatematica/index.php/2015-10-28-14-32- 21/direito-de-familia/16-fixacao-de-alimentos-criterio-para-fixacao-binomio-necessidade-x- possibilidade > Acesso em 20 de Abril de 2021.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. Curso de Direito Civil: famílias, volume 6 – 7. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2015.

SERGIO, Caroline Ribas. A pensão avoenga e a responsabilidade subsidiária dos avós. Disponível em: < https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10853/A-pensao-avoenga-e-a-responsabilidade-subsidiaria-dos- >. Acesso 31 de maio de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

STJ edita três novas súmulas. https://www.stj.jus.br. 01 de jun. de 2021. Disponível em: < https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2017/2017-11-10_09- 49_STJ-edita-tres-novas-sumulas.aspx > Acesso em 01 de junho de 2021.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil: volume único / Flávio Tartuce. –** 10. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: < https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1203827272/7061220320208070006-segredo-de-justica-0706122-0320208070006 > Acesso em 28 de setembro de 2021.

TERRITÓRIOS. Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Disponível em: < https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1203827272/7061220320208070006-segredo-de-justica-0706122-0320208070006 > Acesso em 28 de setembro de 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COMO INSTRUMENTO DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR EM TEMPOS DE PANDEMIA

NÁDYLA ALBINO DA SILVA: Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP).

VALDIVINO PASSOS SANTOS[173]

(orientador)

RESUMO: Em meados dos fins do ano de 2019 o mundo se encontrou em uma situação atípica, causada pelo contágio da Covid-19. Essa situação trouxe um significativo impacto em várias áreas, em especial a da saúde. Nesse sentido, a relação contratual entre o consumidor e as empresas privadas de plano de saúde ficaram vulneráveis diante desse fato. Com isso, o presente estudo tem como objetivo discorrer sobre a função social do contrato de plano de saúde em tempos de pandemia. Busca-se encontrar de que forma esse princípio constitucional aplicado às regras civilistas e consumeristas podem ser preservadas diante da pandemia provocada pela Covid-19. Na metodologia, trata-se de uma revisão da literatura, tendo como base livros, artigos científicos, legislação nacional e jurisprudência. A coleta de dados se deu em banco de dados digitais tais como Scielo, Google Acadêmico, dentre outros, no período do mês de agosto de 2021. Nos resultados, ficou claro observar que no cenário apresentado deve ser analisada de modo particular, ou seja, observando as subjetividades de cada caso, para somente assim encontrar um equilíbrio na relação.

Palavras-chave: Pandemia. Plano de Saúde. Contrato. Covid-19. Legislação.

ABSTRACT: In mid-late 2019, the world found itself in an atypical situation, caused by the Covid-19 contagion. This situation had a significant impact on several areas, especially health. In this sense, the contractual relationship between the consumer and private health insurance companies became vulnerable in view of this fact. Thus, this study aims to discuss the social function of the health plan contract in times of pandemic. It seeks to find how this constitutional principle applied to civil and consumer rules can be preserved in the face of the pandemic caused by Covid-19. In terms of methodology, it is a literature review, based on books, scientific articles, national legislation and jurisprudence. Data collection took place in digital databases such as Scielo, Google Academic, among others, in the period of August 2021. In the results, it was clear that the scenario presented must be

173 Mestre. Professor da Faculdade de Ciências Jurídicas de Paraíso do Tocantins (FCJP). E-mail:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

analyzed in a particular way, that is, observing the subjectivities of each case, only to find a balance in the relationship.

Keyword: Pandemic. Health Plan. Contract. Covid-19. Legislation.

1 INTRODUÇÃO

O consumidor é o beneficiário do plano privado de assistência à saúde, enquanto as operadoras figuram na qualidade de fornecedoras do serviço prestado. Dessa forma, contratar plano de saúde consiste essencialmente na contratação de um pacote de serviços, havendo vários prestadores, operadoras, profissionais, os quais serão escolhidos.

Nesse tipo de contrato tem-se como base o Princípio da Função Social dos Contratos, que traz em suas cláusulas um cunho assistencial, sendo observada a busca pelo equilíbrio contratual sem, contudo, transformá-las em instrumentos para práticas abusivas que poderão ocasionar danos aos usuários.

Ocorre que desde meados dos fins do ano de 2019 o mundo se encontrou em uma situação atípica, causada pelo contágio da Covid-19 que se tornou uma pandemia. Nesse cenário, onde há calamidade, muita procura e pouca disponibilidade, os contratos de plano de saúde devem, sobretudo, respeitar o princípio acima descrito, uma vez que o foco central é a proteção da vida do consumidor que venha a necessitar de tratamento médico-hospitalar, mesmo em situações em que o usuário não necessite efetivamente do serviço, sendo observada, nesse sentido, a função social do contrato em tela.

Diante disso, o tema apresentado a esse estudo é em relação a função social do contrato de plano de saúde em tempos de pandemia. Para isso, busca-se encontrar respostas para a seguinte problemática: qual o impacto da pandemia na função social dos contratos de plano de saúde?

O estudo do princípio da função social é de suma importância na presente temática, posto que na relação consumerista entre o Plano de Saúde e seus usuários, deve haver proteção da parte hipossuficiente da relação: o consumidor, que frente ao período enfrentado em decorrência da pandemia do Covid-19, tem tido seu direito à saúde mais limitado, como consequência da crescente procura por medicamentos e serviços hospitalares.

Com isso, o objetivo central dessa pesquisa é de analisar os efeitos jurídicos e sociais do cumprimento da função social do contrato de Plano de Saúde em períodos de pandemia. Nos específicos, discute-se inicialmente a base legal que norteia o princípio da função social dos contratos; passando pelos pontos jurídicos a respeito dos contratos de Plano de Saúde. Em seguida faz-se uma contextualização da função social do contrato no

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

período de pandemia, apresentando por fim, os posicionamentos doutrinários e decisões sobre o respectivo tema.

Na metodologia, este estudo classifica-se como um artigo de revisão de literatura onde, haverá avaliações críticas de materiais que já foram publicados, considerando o progresso das pesquisas na temática abordada (KOLLER et al, 2014.). O método utilizado foi o dedutivo.

O presente trabalho recebeu enfoque qualitativo, que é aquele estudo que "utiliza a coleta de dados sem medição numérica para descobrir ou aprimorar perguntas de pesquisas no processo de interpretação" (SAMPIERE et al, 2014, p. 33). Neste estudo utilizou amostras teóricas ou conceituais, que são aquelas voltadas essencialmente para a pesquisa qualitativa.

A busca foi realizada por meio do site de busca Google Acadêmico, Scielo, dentre outros, além de livros e de artigos científicos já publicados, tendo como critérios de inclusão trabalhos publicados entre os anos de 2018 a 2021, nos idiomas inglês e português. Os descritores utilizados foram: Função Social. Contrato. Pandemia. O período de coleta de material foi no mês de agosto de 2021.

2 CONTRATOS COMO INSTRUMENTO DE SEGURANÇA NAS RELAÇÕES NEGOCIAIS

Neste capítulo será tratado a respeito dos contratos, que são, de modo geral, o documento oficial que concede legitimidade e legalidade às relações negociais. Antes de se adentrar no assunto central desse estudo, se torna necessário discorrer sobre a funcionalidade jurídica dos contratos. É importante entender a sua sistemática, para em seguida discuti-lo.

Após a análise sobre os contratos, especifica-o em relação aos contratos de plano de saúde, objeto jurídico central na presente discussão. Posteriormente, discorre-se a respeito da pandemia e como esse cenário pode afetar não apenas a saúde da população, mas também as relações negociais.

2.1 OS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE: ASPECTOS GERAIS

O período de pandemia ao qual o Brasil ainda se encontra trouxe significativos impactos na esfera da saúde, conforme mostrado no tópico anterior. Um dos efeitos dessa situação se situa no que se refere à prestação de saúde de iniciativa privada. Nesse aspecto, encontra-se os planos de saúde disponibilizados por empresas privadas. É nesse contexto que se analisar os principais aspectos dessas empresas nesse tópico.

O plano de saúde, conceitualmente, pode ser entendido como um serviço oferecido por operadoras, empresas privadas, cuja finalidade seja a prestação de

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

assistência médica e hospitalar. A lei brasileira que rege o seu funcionamento é a Lei nº 9.656/98, tendo alguns trechos alterados pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001. Em ambas se traz o conceito definitivo do que seja um plano de saúde; aqui transcrito:

> Art. 1º [...]
>
> I - Plano Privado de Assistência à Saúde: prestação continuada de serviços ou cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde, pela faculdade de acesso e atendimento por profissionais ou serviços de saúde, livremente escolhidos, integrantes ou não de rede credenciada, contratada ou referenciada, visando a assistência médica, hospitalar e odontológica, a ser paga integral ou parcialmente às expensas da operadora contratada, mediante reembolso ou pagamento direto ao prestador, por conta e ordem do consumidor; (...)
>
> (BRASIL, 2001)

Com base no artigo acima, percebe-se que o plano de saúde é ofertado por meio de operadas que, por sua vez, são pessoas jurídicas de direito privado constituídas sob a forma de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que fornecem produtos ou serviços de Plano Privado de Assistência à Saúde (BRASIL, 1998).

Nota-se também que o presente texto normativo traz a figura do consumidor. O consumidor é o beneficiário do plano privado de assistência à saúde, enquanto as operadoras figuram na qualidade de fornecedoras do serviço prestado. Como esclarece o art. 2º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor: "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final (BRASIL, 1990, não paginado).

O fornecedor diante do contrato de plano de assistência à saúde é aquele que presta serviços médico-hospitalares pré-pagos ao consumidor, assumindo todos os riscos de ter que arcar com os serviços caso o usuário contratante venha a necessitar deles, devido problemas de saúde (STEINMULLER; FARIAS, 2014).

Dessa forma, contratar plano de saúde consiste essencialmente na contratação de um pacote de serviços, havendo vários prestadores, operadoras, profissionais, os quais serão escolhidos.

O contrato é um dos temas da área civil mais importante, uma vez que é o principal instrumento de celebração de um acordo. Seja em um matrimônio, numa compra e venda

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

e nos casos de adesão à um plano de saúde, é por meio do contrato que o acordo é formalizado e válido.

Em termos conceituais, Ricardo Rizzardo (2020) define contrato como sendo aquele onde há uma vontade recíproca de duas partes (bilateral) ou mais (plurilateral) sobre um mesmo objeto, criando, alterando ou extinguindo direitos e obrigações.

É nos dizeres do nobre doutrinador Flávio Tartuce (2021) um dos fatos que o Código Civil elenca como geradores de obrigações, assim como também as declarações unilaterais da vontade e os atos ilícitos, sendo eles dolosos ou culposos. Os contratos para ser constituído é necessário que se observe uma série de princípios, dentre os quais se destacam os seguintes:

- Princípio da Autonomia da Vontade: é a liberdade de realizar contratos, onde as partes têm a alternativa de solenizar ou não, sem a ingerência do Estado;
- Princípio da Supremacia da Ordem Pública: O Estado é prevalente nos que toca ao interesse Púbico;
- Princípio do Consensualismo: Para ser válido, a celebração do contratual tem que ser consensual, quando as partes têm a mesma vontade de realizar o contrato;
- Princípio da Relatividade dos Contratos: Os efeitos contratuais atingem somente as partes que constituintes do contrato celebrado, não afetando assim terceiros;
- Princípio da Obrigatoriedade dos Contratos: Importa a força da vinculação dos acordos celebrados contratualmente;
- Princípio da Revisão dos Contratos: Existe a possibilidade de questionar judicialmente a alteração de cláusulas que compõe o contrato avençado
- Princípio da Boa fé: A veracidade e a certeza estão presentes nesse princípio, em que as partes tem a obrigação de serem honestos, não só no ato da elaboração do contrato, mas até o seu término.

(GONÇALVES, 2020, p. 32)

Pelos princípios supracitados, há de se destacar dois: o princípio da boa-fé e o da probidade. O art. 422 do vigente Código Civil Brasileiro dispõe que: “os contratantes são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

obrigados a guardar assim, na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. (BRASIL, 2002).

Aqui, a boa-fé na visão de Gonçalves (2020, p. 50) é um princípio cujo valor extrai-se da honestidade, integridade de caráter, no seu aspecto subjetivo, "conspurcando a moralidade, a honestidade, a lisura dos negócios jurídicos, o desempenho legítimo e reto do comportamento humano".

Para Rizzardo (2020) a boa-fé é um pressuposto moral ao qual estabelece que as partes contratantes tenham uma postura leal para o cumprimento das obrigações, tendo como base o brocado romano *neminem laedere* (não lesar o próximo). Pela probidade, invoca-se o cumprimento dos deveres e obrigações encontrados no seio do contrato, ou seja, o seu cumprimento.

Já no Princípio da boa-fé, no esclarecimento de Canto (2016), pode ser definido como um comportamento fiel diante o desempenho de cada uma das partes contratantes, frente ao dever das partes de agirem com honestidade e lealdade, compatibilizando os interesses aparentemente opostos e ainda garantindo o desenvolvimento da ordem econômica e social.

2.2 PANDEMIA COMO FATOR DE DESEQUILIBRIO NAS RELAÇÕES CONTRATUAIS ENVOLVENDO SAÚDE

Para melhor compreensão da discussão da temática proposta por esse estudo, se faz necessário tecer algumas linhas gerais sobre o novo cenário encontrado na área da saúde que afetou outras áreas. *In casu*, estar-se a falar sobre a pandemia global existente em razão da expansão do contágio da Covid-19.

Em meados de 2019 ocorreu na China uma contaminação de um vírus oriundo de morcegos. Até o momento não se sabe como esse vírus surgiu e de que forma ele se desenvolveu. Ocorre que no ano de 2020 tal vírus se espalhou pelo mundo, ocasionando numa pandemia global. Esse vírus ficou denominado de Coronavírus.

O Coronavírus faz parte da família de vírus (CoV) e pode causar uma série de efeitos aos seus portadores, tais como resfriados, febre, tosse chegando até mesmo a doenças mais graves como a Síndrome Aguda Respiratória Severa (SARS) e a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS). (ZHANG, 2020).

Esse novo coronavírus recebeu a denominação SARS-CoV-2 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e a doença que ele provoca ficou conhecida como Covid-19. Desde a sua expansão em território global, o coronavírus tem causado prejuízos de toda ordem, seja social, financeiro, cultural, etc. Ainda vai demorar décadas até de fato dimensionar o seu impacto (MEDEIROS, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Desde que fora descoberta e expandida, milhares de cidadãos têm sido mortos diariamente ao redor do mundo. Hospitais lotados são apenas um exemplo de como essa doença impactou e ainda assombra a sociedade. Mesmo que não se tenha a cura definitiva, a aplicação de vacinas tem sido amplamente defendida como uma importante medida de prevenção.

O fato é que a sociedade global se modificou com a existência da Covid-19. O novo 'normal' nos dias de hoje é a utilização constante de máscara, a aplicação de álcool em gel, o distanciamento entre indivíduos e principalmente o isolamento social, conhecido como "fique em casa".

É nesse aspecto que a Covid-19 mais pode ser sentida pela população. Ao ter o comércio, escolas e demais estabelecimentos fechados, o isolamento social provocado pela Covid-19 trouxe uma mudança radical na convivência familiar. No período mais crucial do contágio, o comum era ter todos os membros da família no mesmo local durante um longo período (PEREIRA, 2020).

Todavia, é na área da saúde que o impacto desta doença é mais sentido. Hospitais lotados, falta de leitos, atraso no atendimento, perigo de contágio, ausência de estrutura e de medicamentos disponíveis, dentre outros, são apenas um exemplo do enorme agrupamento de problemas enfrentados por essa área na saúde.

Ao analisar a pressão sobre o sistema de saúde no Brasil decorrente da demanda adicional gerada pela COVID-19, Noronha et al. (2020) mostram que existe uma situação bastante alarmante do sistema para atender uma demanda em potencial, uma vez que diversas microrregiões e macrorregiões de saúde operariam além de sua capacidade, comprometendo o atendimento a pacientes principalmente aqueles com sintomas mais severos.

O fato é que o mundo todo não esperava encontrar a descoberta do coronavírus e sua expansão. Em especial no Brasil, a chegada desta doença acabou por escancarar os inúmeros problemas do sistema de saúde, que se já eram frágeis, ficou ainda mais complicados e difíceis de superar (BARRETO et al. 2020).

Essa nova realidade, conforme cita Sodré (2020) exigiu um planejamento imediato do Ministério da Saúde brasileiro. Dentre as alternativas que se encontrou no atual contexto era a de expandir os leitos disponíveis, uma vez que os disponíveis já estavam lotados. Nesse sentido, foi necessário – diante do crescimento do número de casos e de mortes – utilizar os leitos dos estabelecimentos de saúde do setor privado.

Rache et al. (2020) explicam que a utilização dos espaços de hospitais privados foi essencial para que se pudesse amortecer o déficit de demanda. Apesar da junção do setor

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

público e privado para combater o crescimento das demandas, esse fato não deixou de receber críticas quanto a sua real intenção. Sobre isso, importante destacar as seguintes palavras:

> [...] Além da baixa execução orçamentária dos recursos, em outra frente de atuação, na relação com os serviços privados, o ministério desonerou os planos de saúde quando muitos começaram a não se colocar disponíveis para atender casos da Covid-19. O até então Ministro da Saúde, Luiz Mandetta, em regime de emergência, abriu as negociações com os hospitais privados e, desta forma, os governadores iniciaram uma compra desordenada de leitos. Esses mesmos hospitais colocaram os preços mais diversos (e dispendiosos) para venderem seus serviços para as secretarias estaduais. Leitos de UTI, enfermarias, insumos, materiais médicos, equipamentos de proteção individual (EPIs) e medicamentos não passaram por regulações que caberiam ao âmbito federal, autorizando os estados a mergulharem nesse momento de crise epidêmica em um mercado de compra e venda de equipamentos e serviços completamente desregulamentados (SODRÉ, 2020, p. 03).

Ao discorrer sobre essa questão, Bahia; Scheffer (2018) lembram que os maiores monopólios do mercado privado da saúde ainda se mantem como os mais rentáveis diante do caos provocado pela pandemia. São grupos de iniciativa privada, incluindo aí as empresas de plano de saúde, que enriqueceram no período de pandemia, principalmente na venda de leitos para os Estados.

Em que pese as críticas necessárias sobre a real utilização do setor privado na pandemia provocada pela Covid-19, o fato é que esse setor também se viu impactado pela atual situação, principalmente as empresas de plano de saúde, que frente ao número de adesão (e também a queda) teve que se adaptar ao novo cenário. A respeito dessa questão, discute-se mais adiante. Antes, contudo, analisa-se os aspectos gerais dos contratos de plano de saúde no Brasil, como mostra o tópico a seguir.

3 FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS DE PLANO DE SAÚDE NA PANDEMIA

O Princípio da Função Social dos Contratos certamente é um dos principais desse instituto, porque trazem nas suas cláusulas um cunho assistencial, sendo, portanto, observada a busca pelo equilíbrio contratual sem, contudo, transformá-las em instrumentos para práticas abusivas que poderão ocasionar danos aos usuários.

Nesse aspecto:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Trata-se, sem sombra de dúvida, do princípio básico que deve reger todo o ordenamento normativo no que diz respeito à matéria contratual. O contrato, embora aprioristicamente se refira somente às partes pactuantes (relatividade subjetiva), também gera repercussões e - por que não dizer? – deveres jurídicos para terceiros, além da própria sociedade, de forma difusa (MIRANDA, 2018, p. 63).

Pedras Júnior (2018, p. 44) explica que a função social "é a relação dos contratantes com a comunidade, uma vez que gera consequências a outrem. O efeito principal da função social dos contratos é a ineficácia de relações que acaba por ofender interesses sociais, a dignidade da pessoa".

Com isso, a função social do contrato busca, sobretudo, servir os objetivos da pessoa humana. É um princípio que encontra raiz no texto constitucional (art. 5º XXIII), porque nele se encontra o princípio basilar de todo o ordenamento jurídico brasileiro: o princípio da dignidade da pessoa humana, ao qual impõe o respeito à todo o indivíduo, em sua totalidade.

Em relação a sua natureza jurídica, a função social deve ser vista como a formalização de um contrato onde não pode haver onerosidade excessiva, desproporção e injustiça social. Também não deve infringir interesses individuais que englobam a tutela da dignidade humana (BASSO, 2018).

Na concepção de Albuquerque (2020), a função social promove a realização de uma justiça comutativa, dizimando as desigualdades substanciais entre os contraentes. Se encontra normatizado no art. 421 do Código Civil atual, onde deixa claro que o contrato será celebrado em razão e nos limites da função social.

Dantas (2016) explica que a função social se encontra na legislação brasileira pelo fato de que o legislador entendeu que fosse necessário preservar o equilíbrio das relações contratuais, ou seja, que cada negócio jurídico o bem estar de cada parte seja preservado. Segundo Tepedino; Konder; Bandeira (2020) a função social tutela os direitos coletivos e difusos diante das relações privadas, incluindo aí as relações de posse e propriedade.

Por ser um instituto de difícil entendimento e de aplicabilidade, cabe ao Magistrado entender de que modo esse princípio será aplicado. Nesse sentido, destaca-se a seguinte explicação:

> O artigo 421 do CC deixa claro que a vontade do legislador ao limitar a liberdade das partes no que for relativo aos efeitos causados à coletividade. [...] o juiz poderá preencher os claros do que significa essa "função social", com valores jurídicos, sociais, econômicos e

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> morais. A solução será dada diante do que se apresentar, no caso concreto, ao juiz. Poderá, por exemplo, proclamar a inexistência do contrato por falta de objeto; declarar sua nulidade por fraude à lei imperativa (CC, art. 166, VI), porque a norma do art. 421 é de ordem pública (CC, art. 2.035, parágrafo único); convalidar o contrato anulável (CC, arts. 171 e 172); determinar a indenização da parte que desatendeu a função social do contrato etc. (GONÇALVES, 2020, p. 55).

De todo modo, para melhor compreensão do que seja o princípio da função social, basta apenas entender que caso ele não existisse, os negócios jurídicos poderiam facilmente trazer danos e prejuízos a alguma das partes, ao meio ambiente e à sociedade. E esses danos dificilmente seriam revertidos ou consertados sem a presença desse instituto, que por sua vez, impõe os contratos não celebrados com essa finalidade não possui validade.

O contrato privado de plano de assistência à saúde visa proteger a vida da pessoa que venha a necessitar de tratamento médico-hospitalar, mesmo em situações em que o usuário não necessite efetivamente do serviço. Nesta relação entre o consumidor e uma operadora de plano de assistência à saúde, as cláusulas contratuais já se encontram pré-estabelecidas sendo que o consumidor adere aos termos da contratação sem que lhe haja a possibilidade de alterá-las ou modificá-las.

Ocorre que o atual momento vivenciado pelo mundo, tem trazido a discussão sobre o cumprimento do princípio da Função Social. Num contexto atual, onde se encontra um cenário de calamidade pública na área da saúde, com leitos lotados, hospitais sem equipamentos suficientes, falta de medicamentos, aumento do contágio de Covid-19, dentre outros problemas, assuntos relacionados à saúde e consequentemente a responsabilização dos planos de saúde vem à tona.

Muito das discussões que recaem sobre os Planos de Saúde dizem respeito ao seu custo. Isso se explica pelo fato de que, "os planos de saúde de modo geral possuem altos valores, segmentando o seu público final" (VITAL, 2020, p. 01). Com isso, o que se nota é um aumento de uso e de pedidos aos Planos de saúde em período de pandemia.

Diante do quadro fático que se apresenta, a jurisprudência brasileira, por exemplo, tem se posicionado no sentido de para que haja o cancelamento de plano de saúde em razão do não-pagamento das mensalidades pelo usuário durante a epidemia, é necessária, antes, a concessão de prazo razoável para regularização. É preciso considerar a crise econômica e sanitária, principalmente quando a segurada é pessoa idosa (VITAL, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nessa senda, nasce a importância de se ressaltar a função social dos contratos, conforme conceituado anteriormente. Conforme ensina Gomes (2016, p. 260) "deve-se primar sempre pela conservação do contrato, pois este exerce função social de relevância essencial para os seus usuários, que se sobrepõe ao mero interesse financeiro presente na relação, quais sejam, a proteção e promoção do direito fundamental à saúde".

Consoante excerto de recente decisão monocrática proferida pela Ministra Maria Isabel Galotti do Superior Tribunal de Justiça:

> [...] Observo, de outra parte, que a Organização Mundial de Saúde declarou a pandemia do Covid-19, o que ensejou edição de decreto de calamidade pública no Brasil desde o dia 20.3.2020, circunstância que também **desaconselha a suspensão do contrato de plano de saúde** dos requerentes no presente momento, **especialmente em razão de contarem eles com mais de 60 anos idade (fls. 18-19) e, portanto, estarem incluídos no grupo de risco em caso de serem infectados pelo vírus**. Ressalto que, em decorrência dessa situação absolutamente peculiar vivenciada pela população brasileira (e do mundo), a Procuradoria-Geral da República consultou a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS sobre as providências a serem adotadas para garantir "a continuidade da prestação de serviços aos segurados que, porventura, percam as condições de manter o pagamento de suas mensalidades em dia durante esse período de calamidade pública". Diante disso, ao que tudo indica, a agência reguladora decidiu **recomendar aos operadores de plano de saúde que não suspendam ou rescindam os contratos de planos de saúde de usuários inadimplentes há mais 60 dias**, conforme notícias veiculadas na imprensa [...] (grifo do autor)174

Pela decisão acima, verifica-se que a magistrada reconheceu a vulnerabilidade do casal de idosos e os riscos potencializados pela pandemia, assegurando-lhes a garantia existencial à saúde e a expectativa dos consumidores em detrimento da escolha da seguradora, esta que continuará recebendo os valores contratado.

Como mostra esse julgado, houve o respeito ao princípio da função social dos contratos, o direito social à saúde e mitigar nessas situações específicas a autonomia das seguradoras para, com isso, proteger os consumidores em meio às incertezas da pandemia.

174 (REsp nº 1840428/SP (2019/0289892-2) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - CONSELHEIRO FURTADO - PÁTIO DO COLÉGIO. Relator(a):Min. MARIA ISABEL GALLOTTI - QUARTA TURMA. Data de Divulgação: 26/09/2019).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Continuando, a jurisprudência tem entendido que diante de uma situação crítica a qual todos os cidadãos estão passando devido ao Covid-19, o risco não é a manutenção do contrato em si, mas sim a preservação da saúde, do bem-estar e, logo, da vida do consumidor.

Também nesse cenário, imperioso destacar que durante a pandemia as empresas de Plano de Saúde tiveram alguns deveres elencados pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); a saber:

QUADRO 1 – Deveres das empresas de Plano de Saúde na Pandemia

OBRIGAÇÃO	DESCRIÇÃO
Realização dos testes do Coronavírus	Os planos de saúde devem garantir que seus associados sejam submetidos aos exames para detecção da Covid-19, quando indicado por profissional médico. No entanto, é válido salientar que a obrigatoriedade se dá apenas para casos de pacientes internados. Nestes casos, além de ofertar o teste para confirmação da contaminação, o plano de saúde deve arcar com todos os custos, tratamentos e medicamentos utilizados durante a internação por Covid-19.
Atendimento via Telemedicina	Com autorização foi assinada pelo Conselho Federal de Medicina, através da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, os planos de saúde são obrigados a custear as consultas via telemedicina quando este for o método mais indicado para a continuidade do acompanhamento do segurado.
	Para pacientes que buscam atendimento por covid-19, todos os exames relacionados à enfermidade, desde testes

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Cumprimento de carência	a exames complementares e internações, devem ser efetuados, já que se trata de uma condição de emergência. Neste cenário, a carência máxima de 24 horas deve ser respeitada, garantindo a preservação à vida e a saúde do paciente (Norma Técnica nº 23/2021).
Prazos máximos para atendimento	Para consulta eletivas, o prazo máximo foi estendido de 7 para 14 dias. Já as internações eletivas, que antes deveriam ser liberadas em até 21 dias, foram estendidas de acordo com a capacidade de resposta da operadora de saúde. Vale destacar que a medida foi adotada visando a diminuição da aglomeração de pacientes em salas de espera de consultórios, bem como o comprometimento de vagas de internação clínica e intensiva – reservando-as para pacientes urgentes, infectados pelo novo coronavírus.175
Internações	Com base no disposto no artigo 12, inciso II, alínea "d", da Lei 9656/98, os planos também devem cobrir internações (em leitos hospitalares e UTI) e terapias que podem ser empregadas no tratamento de problemas causados pelo coronavírus.

Fonte: BRASIL (2020).

Cabe destacar que dentro do contexto aqui analisado há a inclusão da Teoria da Imprevisão. Na legislação brasileira, conforme mostra o art. 478, nos contratos de natureza continuada ou diferida (Plano de Saúde, por exemplo), caso haja uma desvantagem na relação contratual entre as partes em razão de acontecimentos extraordinários e

175 Disponível em: <https://www.gov.br/ans/pt-br/arquivos/assuntos/consumidor/prazos-maximos-de-atendimento-1/cartilha_prazos_maximos_de_atendimento.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

imprevisíveis, o contrato poderá ser revisto ou o devedor pode pedir a sua resolução (TUCCI, 2020).

Pelo texto do artigo acima mencionado, note-se que a presença de fato imprevisível é condição essencial para que o contrato seja resolvido ou revisado. Ao estabelecer o conceito da Teoria da Imprevisão, tem-se:

> Evento imprevisível são acontecimentos estranhos, independentes da vontade das partes, que elas não podem prever e que de tal forma alteram as circunstâncias que, na execução, o contrato deixa de corresponder, não só à vontade dos contratantes, como à natureza objetiva dele (FARO; LIMA; VIEIRA, 2020, p. 01).

A IV Jornada de Direito Civil, aprovou-se o Enunciado nº 366, onde trouxe o seguinte entendimento: o fato extraordinário e imprevisível causador da onerosidade excessiva é aquele que não está coberto objetivamente pelos riscos próprios da contratação (TUCCI, 2020).

A base ao qual se encontra a Teoria da Imprevisão e também o da Onerosidade Excessiva está na necessidade de "atender ao princípio da justiça contratual, que impõe o equilíbrio das prestações nos contratos comutativos, a fim de que os benefícios de cada contratante sejam proporcionais aos seus sacrifícios" (ROSENVALD, 2013, p. 530).

Em razão desse conceito, entende-se que guerras, tragédias ambientais, depressões econômicas, entre outros eventos globais, se enquadrem no que seja um acontecimento imprevisível. Nesse sentido, uma pandemia também pode ser mencionada.

A pandemia global da Covid-19 é um exemplo claro de evento extraordinário, ao qual nenhum indivíduo poderia prever. Inclusive, importante citar, que esse fato é fundamental para caracterizar a revisão de um contrato. Como bem explica Tucci (2020) para alterar, revisar ou resolver um contrato no caso em tela é preciso que haja repercussão direta no equilíbrio das obrigações pactuadas e que a situação extraordinária não tenha contribuição das partes.

Estabelecido a Teoria da Imprevisão, fica mais claro observar que os contratos de plano de saúde devem ser revisados durante a pandemia. Isso porque:

- há a possibilidade de as empresas de plano de saúde aumentarem o valor das prestações em decorrência da instabilidade econômica causada pela pandemia e;

- a pandemia causou (e ainda causa) significativo impacto na prestação de saúde, principalmente ao consumidor.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nos casos da relação entre uma empresa de Plano de Saúde e o consumidor pode haver a falta de pagamento das prestações. Nesse contexto, tem-se entendido também que se deve pesar um equilíbrio na relação contratual diante da pandemia.

Nesse ponto, a Agência Nacional de Saúde (ANS) determinou a suspensão de reajustes nos valores de todos os planos de saúde no período de setembro a dezembro de 2020, em razão da pandemia do novo Coronavírus. Com efeito, nos termos do Comunicado nº 85, de 31 de agosto de 2020, a Diretoria Colegiada da ANS, visando mitigar os efeitos provenientes da atual pandemia, bem como visando manter o equilíbrio das relações negociais e garantir a continuidade e a qualidade da prestação de assistência à saúde dos consumidores dos planos de saúde, determinou a suspensão, por 120 dias, a partir de setembro, da aplicação de reajustes anuais e por mudança de faixa etária para todos os tipos de plano de assistência médico-hospitalar (individual/familiar e coletivos - por adesão e empresariais). (BRASIL, 2020).

É compreensível que não se pode obrigar uma seguradora de suspender as cobranças das suas mensalidades; no entanto, em período de pandemia da Covid-19, a situação econômica de milhares de brasileiros, assim como o comércio, ficou instável. Soma-se a isso, a urgência em se ter uma prestação de saúde, uma vez que a Covid-19 ainda não possui cura, mas seus efeitos no corpo e na mente humana são rápidos e mortais.

Nesses casos, caso haja a suspensão do plano de saúde em período de pandemia, ela pode ser considerado, inclusive como prática abusiva. É o que mostra o seguinte julgado:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO D EOBIRGAÇAÕ DE FAZER. PLANO DE SAÚDE. INDEFERIMENTO. DO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA DE URGÊNCIA PARA DETERMINAR O RESTABELECIMENTO DO CONTRATO DO PLANO DE SAÚDE. INCOFORMISMO. CABIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A CONCESSÃO DA TUTELA DE URGÊNCIA AO CASO. **A suspensão ou o cancelamento do plano de saúde por inadimplência durante a pandemia da COVID-19 pode, em tese, caracterizar prática abusiva**. A observância da boa-fé objetiva, equilíbrio na relação de consumo e função social do contrato. Ausência de demonstração de notificação do devedor para purgar a mora. Artigo 13, II, da Lei 9.656/98 e Súmula n. 94, desta C. Corte. Restabelecimento do contrato de plano de saúde. Decisão reformada. Agravo provido. (TJ-SP – AI:21456366520208260000 SP 2145636 – 65.2020.8.26.0000, Relator: Pedro de Alcântara da Silva Leme Filho, Data de Julgamento: 29/08/2020, 8º Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 29/08/2020). (grifo meu)

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Com isso, fica evidente que uma rescisão de contrato de plano de saúde, por inadimplência do beneficiário, durante a pandemia de COVID-19, "afora a crueldade que encerra, coloca em risco a dignidade da pessoa humana, a saúde e, ao fim e ao cabo, a própria vida, o que não se pode admitir" (SALVINI, 2021, p. 02).

O que se defende nesse estudo, é de que num período de pandemia, as empresas de Plano de Saúde devem ter uma atenção especial para os seus clientes, haja vista que a expansão da Covid-19 é considerada uma situação de emergência, que implica risco imediato de vida ou de lesões irreparáveis ao paciente, revelando-se obrigatória a cobertura, não se podendo admitir a rescisão do contrato ainda que por inadimplência, posto que decorrente de força maior (SALVINI, 2021).

Entretanto, também é imperioso aferir que por outro lado, deve-se atentar para a situação das empresas de Plano de Saúde, que de igual modo também sofreram e ainda sofrem abalos financeiros e estruturais oriundos da pandemia da Covid-19. Desse modo, na visão de Schulman (2020, p. 03) a aplicação de princípios como a boa-fé objetiva e a função social do contrato, "precisará levar em conta as singularidades de cada contrato, dada a pluralidade de arranjos. Reitera-se que a pandemia atinge a todos, mas a cada um de modo distinto".

Com base no descrito acima, é preciso que se analise essa situação de modo particular, observando a condição real de cada paciente e de cada contrato firmado.

É preciso que se busque a razoabilidade de cada situação, para que as partes não tenham qualquer prejuízo, uma vez que a pandemia afeta a todos, sem distinção. Como bem acentua Neves (2018, p. 285) "não parece razoável tratar todos os casos de forma unitária, em função de imposição legal, sem que sejam consideradas as peculiaridades de cada caso que levaram à revisão de uma situação antes acordada em contrato".

Buscando trazer uma solução para esse caso, cita-se o posicionamento de Salvini (2021, p. 03) que acentua que "tão logo finda a situação excepcional, terão a seu dispor os instrumentos de cobrança das mensalidades eventualmente não pagas e ainda a possibilidade de revisão dos termos contratuais adequando-os e reequilibrando-os à nova realidade pós pandemia".

Com isso, ao sanar ou diminuir o impacto da pandemia, pode a empresa privada de Plano de Saúde requerer na medida do possível, o valor das mensalidades não pagas pelo consumidor.

O que fica claro nesse ponto, é a de que enquanto perdurar a pandemia da Covid-19 o consumidor tenha o direito da continuidade de seu plano de saúde, ainda que ele não consiga pagar. É uma situação excecional, que afeta a todos e pela qual ninguém esperava.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assim, deve-se impor cautela e parcimônia de todos, principalmente numa relação tão sensível quanto a gerada por um contrato, em especial quando envolve a área da saúde.

Com isso, firma-se entendimento de que os contratos de Plano de Saúde, em que pese em período de pandemia, deverão observar ao princípio da função social do contrato. Sem desmerecer o trabalho desenvolvido pela seguradora e atenta ao eventual prejuízo, o que se preserva, sobretudo, é o direito à saúde.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Num período marcado pela pandemia provocada pelo Covid-19 em âmbito global desde o fim de 2019, o mundo mudou de forma significativa, impactando as relações humanas, a economia, a política, o meio ambiente e principalmente a área da saúde. Diante disso, a escolha inicial da presente temática decorre da necessidade de se observar os efeitos que esse quadro vem trazendo à sociedade.

Para melhor discutir essa questão, escolheu-se discorrer a respeito do cumprimento da função social do contrato de Plano de Saúde em período de pandemia. Isso se explica pelo fato de que, como é de conhecimento geral, a realidade brasileira da saúde pública atual não vem demonstrando melhorias em relação às dificuldades para acesso ao atendimento médico-hospitalar.

Muitos cidadãos brasileiros, em busca da efetiva prestação de serviços ligados à saúde, ingressam nos planos de assistência médica particular, a fim de obter a segurança para que no momento em que precisar, estarem amparados contratualmente pelo sistema privado.

A problemática é evidenciada quando isso não ocorre, isto é, quando não há o cumprimento dos contratos de plano de saúde, que frente ao atolamento de leitos e demais estruturas de estabelecimentos de saúde, vêm desrespeitando o princípio da função social.

O estudo do referido princípio é de suma importância na presente temática, posto que na relação consumerista entre o Plano de Saúde e seus usuários, deve haver proteção da parte hipossuficiente da relação: o consumidor, que frente ao período enfrentado em decorrência da pandemia do Covid-19, tem tido seu direito à saúde mais limitado, como consequência da crescente procura por medicamentos e serviços hospitalares.

Dessa forma, o estudo da função social do contrato de plano de saúde é muito valioso para o Direito, pois reúne elementos que permitem afirmar que a referida espécie de contrato deve ter suas cláusulas respeitadas e seguidas pelas pessoas jurídicas dos Planos de Saúde, além de fornecer informações sobre os direitos dos usuários, que muitas

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

vezes são acometidos pela ignorância sobre o tema, o que gera a supressão de um importantíssimo e inderrogável direito fundamental: a saúde.

O que ficou evidenciado no decorrer do estudo é de que essa situação deve ser analisada de modo particular, ou seja, observando as subjetividades de cada caso, para somente assim encontrar um equilíbrio na relação. Insta salientar que tanto as empresas de plano de saúde quanto o consumidor são igualmente impactados pela pandemia da Covid-19. Por isso, se faz necessário haver uma readequação dos parâmetros definidores do equilíbrio contratual.

Aqui seria bom o texto apresentar a possibilidade da readequação dos parâmetros definidores do equilíbrio contratual.

Frente ao exposto, fica claro considerar que nesse cenário é preciso que ambas as partes busquem chegar a um acordo benéfico a ambos. Assim, após a pandemia pode ser possível restabelecer o padrão definidor de equilíbrio de antes.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Anderson Ayres Bello de. **A função social do contrato: constitucionalização do Direito Civil**. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/321089/afuncaosocialdocontratoconstitucionalizacao-do-direito-civil>. Acesso em: 20 ago. 2021.

BAHIA, Ligia; SCHEFFER, Mario. **O SUS e o setor privado assistencial: interpretações e fatos**. Saúde em Debate, Rio de Janeiro, v. 42, p. 158-171, nov. 2018.

BARRETO, Murilo Lousada; BARROS, Adriana Justino Dandara; CARVALHO, Maurício Soares; CODEÇO, Carla Tabáta; HALLAL, Patrícia Ribeiro; MEDRONHO, Railton Alves. **O que é urgente e necessário para subsidiar as políticas de enfrentamento da pandemia de COVID-19 no Brasil?** Rev Bras Epidemiol 2020.

BASSO, Maurício. **A função social como elemento da teoria geral dos contratos**. 2018. 60 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade do Vale do Itajaí, Tijucas, 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998**. Dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9656.htm>. Acesso em: 24 ago. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.177-44, de 24 de agosto de 2001**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/2177-44.htm#art1>. Acesso em: 24 ago. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Norma Técnica nº 23/2021/DIDES-DIFIS-DIOPE-DIPRO**. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Assunto: Relatório COVID-19 – Saúde Suplementar: Informações Assistenciais, Financeiras e de Demandas de Consumidor das Operadoras de Planos de Saúde – Março de 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/ans/ptbr/arquivos/assuntos/coronaviruscovid19/notastecnicas_covid-19/sei_ans_-_20468415_-_nota_tecnica.pdf f>. Acesso em: 21 set. 2021.

DANTAS, San Tiago. **Evolução contemporânea do direito contratual**. Dirigismo - Imprevisão. Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 6, ano 3, p. 261-276, jan./mar. 2016.

FARIAS, Thélio Queiroz; STEINMULLER, Carolina Farias. **Práticas Abusivas das Operadoras de Planos de Saúde.** 2º Ed., São Paulo. Anhanguera Editora Jurídica, 2014.

FARO, Alexandre; LIMA, Elide B. de; VIEIRA, Luíta Maria. **Pandemia do coronavírus, teoria da imprevisão e revisão de contratos**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-12/opiniao-pandemia-teoria-imprevisaorevisao-contratos>. Acesso em: 28 ago. 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e Atos Unilaterais**. Vol. 3. 18º Ed. Editora: Saraiva Jur, 2020.

MEDEIROS, Daniel. **Coronavírus: impactos históricos e sociais provocados pela pandemia da COVID-19**. 2020. Disponível em: <https://saudedebate.com.br/noticias/coronavirusimpactoshistoricosesociaisprovocados-pela-pandemia-da-covid-19>. Acesso em: 18 ago. 2021.

MIRANDA, Maria Bernardete. **Teoria geral dos contratos**. Revista Virtual Direito Brasil, 2018.

NEVES, José Roberto de Castro. **Como os advogados salvaram o mundo: a história da advocacia e sua contribuição para a humanidade**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2018.

NORONHA, Valeria Kenia; GUEDES, Gilvan Ramalho, TURRA, Cássio Maldonado; ANDRADE, Mônica Viegas; BOTEGA, Laura; NOGUEIRA, Daniel; CALAZANS, Julia Almeida. **Pandemia por COVID-19 em Minas Gerais, Brasil: análise da demanda e da oferta de leitos e equipamentos de ventilação assistida considerando os diferenciais de estrutura etária, perfil etário de infecção, risco etário de internação e distâncias territoriais**. São Paulo: Instituto de Estudos para Políticas de Saúde; 2020.

PEDRAS JÚNIOR, José Brígido Pereira. **Função Social do contrato no Código Civil 2002**. 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/16458/funcao-social-do-contrato-no-codigo-civil-2002>. Acesso em: 20 ago. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

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: 20 ago. 2021.

RACHE B, ROCHA R, NUNES L, SPINOLA P, MASSUDA A. **Para além do custeio: necessidades de investimento em leitos de UTI no SUS sob diferentes cenários da Covid-19**. São Paulo: Instituto de Estudos para Políticas de Saúde; 2020.

RIZZARDO, Ricardo. **Contratos**. 19º Ed. Editora: Forense, 2020.

ROSENVALD, Nelson. **Código civil comentado**. Coord.: Cezar Peluso. 7ª ed. Barueri: Manole, 2013.

SALVINI, Gustavo Einloft. **Rescisão do contrato de plano de saúde durante a pandemia de Covid-19 por inadimplência do usuário**. 2021. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/81152/rescisao-do-contrato-de-plano-de-saude-durante-a-pandemia-de-covid-19-por-inadimplencia-do-usuario>. Acesso em: 29 ago. 2021.

SCHULMAN, Gabriel. **Reflexos da pandemia do coronavírus na saúde suplementar: quando a saúde sai dos planos, como ficam os planos de saúde?** 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhaspatrimoniais/325801/reflexos-da-pandemia-do-coronavirus-na-saude-suplementar--quando-a-saude-sai-dos-planos--como-ficam-os-planos-de-saude>. Acesso em: 21 ago. 2021.

SODRÉ, Francis. **Epidemia de Covid-19: questões críticas para a gestão da saúde pública no Brasil**. Trabalho, Educação e Saúde. 2020, v. 18, n. 3.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil – Volume único**. 11º Edição. Editora: Método, 2021.

TEPEDINO, Gustavo; KONDER, Carlos Nelson; BANDEIRA, Paula Greco. **Fundamentos do Direito Civil – Contratos**. Vol. 3. 2º Ed. Editora Forense, 2020.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. **Alterações imprevisíveis das circunstâncias: impactos contratuais**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-01/rogerio-tucci-alteracoes-imprevisiveis-circunstancias>. Acesso em: 28 ago. 2021.

VITAL, Danilo. **Cancelamento de plano de saúde por dívida deve considerar epidemia, diz TJ-PE**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-07/cancelamento-plano-saude-divida-considerar-covid> Acesso em: 28 ago. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

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

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CASO UNILEVER: AS EMPRESAS POSSUEM O DIREITO DE GANHAR PRODUTIVIDADE POR MEIO DE ELISÃO FISCAL?

DOUGLAS DA COSTA MOREIRA: Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba – UFPB.

PÁRIS CHAVES TEIXEIRA[176]

(coautor)

Resumo: O presente trabalho busca demonstrar como o Estado brasileiro penaliza as empresas por tentarem pagar menos tributos em um ambiente tributário caótico que o próprio estado criou, por meio da análise do caso da UNILEVER no CARF.

Palavras-chave: Estado; Tributos; Empresas; UNILEVER; CARF.

Abstract: The main goal of this article is to demonstrate how the Brazilian state penalizes companies with lots of taxes specially when they try to pay less. This is going to be demonstrated from the UNILEVER case on the CARF that will be exposed in the next lines.

Keywords: State; Taxes; Companies; UNILEVER; CARF.

Sumário: 1. Introdução – 2. O Julgamento Da Unilever No Carf – Demonstração Dos Benefícios Que O Caos Tributário Gera Para O Estado – 3. Conclusão – 4. Referências Bibliográficas.

1.INTRODUÇÃO

Após a revolução industrial, o capitalismo saiu de um sistema mercantilista em que a busca dos excedentes eram provenientes da exploração de colônias e partiu para uma lógica de mercado, na qual surgiram as empresas que disputam pelo mercado consumidor por meio da competividade de preços.

A utilização de menos recursos para a produção a fim de reduzir os preços é chamada de produtividade, de maneira a evidenciar que o ganho de produtividade é a mais pura essência do capitalismo moderno. Tal característica é tão latente que surgiu a necessidade de criar companhias limitadas, a fim de proteger o empresário dos riscos patrimoniais dessa competição.

176 Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Em um ambiente econômico saudável cabe ao Estado garantir a institucionalidade e a inexistência de distorções materiais nessa disputa por mercado. Entretanto, o Brasil não funciona dessa forma, já que as distorções sistêmicas, frutos principalmente do patrimonialismo e burocracia, prejudicam o ambiente de negócios nacionais.

No tocante ao sistema tributário não é diferente. A forma de arrecadação brasileira é assaz complexa e confusa, com uma grandiosa gama de variáveis fiscais que tornam a questão tributária fundamental na competividade da companhia. Neste ínterim, as pessoas jurídicas brasileiras tentam de todas as formas adequar seus negócios para que se estabeleça uma forma de destinar menos capital a tributos.

A doutrina pátria distingue os conceitos de elusão e elisão fiscal. A primeira é uma prática considerada lícita e decorre do planejamento do contribuinte, de modo que, dentro dos cânones do ordenamento jurídico, consiga a redução da carga tributária. Já a elisão é repudiada pela jurisprudência e pela legislação, por caracterizar simulação, vicio de natureza absoluta do negócio jurídico. Inclusive, há autorização legal, no art. 166, parágrafo único, do CTN, para que o a autoridade pública compete desconsidere os atos eivados de tal irregularidade.

Todavia, a fiscalização fazendária brasileira, em muitas ocasiões, considera a prática acima descrita uma verdadeira simulação tributária, como se a tentativa empresarial de se beneficiar da desorganização deste ramo, gerada pelo próprio estado, fosse um abuso por parte das empresas.

2.O JULGAMENTO DA UNILEVER NO CARF – DEMONSTRAÇÃO DOS BENEFÍCIOS QUE O CAOS TRIBUTÁRIO GERA PARA O ESTADO

O caso em questão trata de três processos administrativos envolvendo contribuições para o COFINS e o PIS/PASEP, todas devidas pela UNILEVER:

No processo 19515.001904/2004-12, alegou a DRF de São Paulo que, com exceção dos meses de julho e agosto, todas as demais contribuições do ano de 2001, bem como de 2002 e 2003 completos, não foram suficientemente recolhidas pela mencionada empresa, nos moldes da lei 10.147/00, pelas razões que a seguir se expõem (questão também apontada nos demais processos semelhantes).

De início, importa mencionar que a UNILEVER é reconhecida como indústria de artigos de higiene e beleza, com a alíquota de COFINS estipulada por lei em 10,3% da receita da venda desses artigos. A primeira razão das alegações da DRF de São Paulo reside no fato de a UNILEVER ter descaracterizado parte das operações do ramo de higiene e beleza, passando a enquadrá-las como oriundas de comercialização, tudo a fim de não ser cobrada pelos impostos incidentes nesta atividade.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

A segunda razão é que a UNILEVER destacou parte do seu patrimônio – mais especificadamente, o representado pelas suas unidades industriais filiais responsáveis pela fabricação dos produtos de higiene e beleza –, transformando-a na empresa IGL industrial LTDA. Assim, a produção dos produtos ficou por conta da IGL, enquanto a UNILEVER se tornou apenas sua comercializadora.

Isso nos conduz a terceira razão, pois a prática acima mencionada ensejou a redução de preços para a UNILEVER, fato entendido pela fazenda como simulação para diminuir a carga da COFINS, já que a IGL industrial não possui autonomia empresarial, não dispondo de autonomia de produção (afinal, a IGL fabrica as fórmulas e o "*know how*" da UNILEVER da Holanda).

A IGL industrial também não possui autonomia de comercialização, pois quem determina as vendas a serem realizadas é a própria UNILEVER. Ademais, a presidência de ambas as empresas é concentrada na mesma pessoa, de forma que a IGL é tratada como filial da UNILEVER, a possibilitar a autonomia de gestão e de políticas, mesmo porque até os funcionários de uma são confundidos com os da outra.

A quarta e derradeira razão é o fato de equipararem-se a estabelecimento industrial, de acordo com o art. 9º, IV, do regulamento do IPI, os estabelecimentos comerciais de produtos cuja industrialização tenha sido realizada por outro estabelecimento da mesma firma ou de terceiro, mediante a remessa, por eles efetuada, de matérias-primas, produtos intermediários, embalagens, recipientes, moldes, matrizes ou modelos.

Assim, a fazenda demonstrou uma tabela do débito, alegando a necessidade de juros moratórios na taxa Selic e multa de oficio em 75% em cima do saldo demonstrado da COFINS devida. A delegacia regional de julgamento de fortaleza, por meio do Acórdão nº 0821.793, de 20 de setembro de 2011, julgou parcialmente procedente o lançamento original de COFINS, no valor total de mais de um bilhão de reais.

O acordão da DRJ teve por efeito reconhecer o direito de abater os recolhimentos realizados pela IGL em razão de entender que, uma vez configurada uma mesma unidade econômica para fins de tributação monofásica, os recolhimentos efetuados pela IGL devem ser considerados pagamento antecipado pela contribuição objeto do lançamento.

A empresa entrou com um recurso voluntário perante o CARF alegando:

1. Nulidade de autuação por cerceamento do direito de defesa em razão da imprecisão na descrição da infração e da capitulação legal;

2. Nulidade do lançamento por ausência de norma legal que imputasse a sujeição passiva da COFINS monofásica ao distribuidor e a ausência do suporte fásico para incidência da norma da

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

COFINS, visto que a recorrente desde 2001 não seria empresa industrializadora ou importadora dos bens tratados na lei 10.147/00, mas apenas sua revendedora atacadista – isso acarretaria erro insanável na eleição do sujeito passivo da obrigação tributária;

3. Nulidade da decisão de 1ª instância por alteração da premissa do lançamento, eis que o agente fiscal a teria autuado por simulação absoluta e industrialização por encomenda e o julgador de primeira instância assentou que não teria havido simulação absoluta, bem como que não houve industrialização por encomenda, e sim elusão fiscal (planejamento tributário com fraude à lei e abuso de direito), fatos não invocados no auto de infração e sem fundamentos legais apontados;

4. No mérito, não teria ocorrido a suposta falta ou insuficiência de pagamento da COFINS sobre o faturamento, vez que os documentos colacionados aos autos demonstrariam o efetivo recolhimento, sendo que procedimento adotado pela autoridade fiscalizadora implicaria a cobrança em duplicidade de COFINS contra a IGL e a UBR;

5. Inexistência de industrialização por encomenda, sendo impossível a equiparação a industrial. Sobre o tema, aduz, outrossim, que o encomendante, em uma relação de industrialização por encomenda, e que somente se tornou sujeito passivo da obrigação de pagar COFINS monofásica com o advento da Lei 10.833/03 (art. 25);

6. Não caberia à d. Fiscalização questionar o fundamento pelo qual determinada operação societária foi realizada, muito menos questionar os eventuais benefícios trazidos pela adoção de tal estrutura societária, não havendo qualquer óbice em realizar operações de reorganização societária apenas com o fito de redução da carga tributária

7. A norma contida no parágrafo único do art. 116 do CTN, verdadeira norma anti-evasão, a autoridade administrativa somente poderá desconsiderar as operações em que os atos ou negócios jurídicos tenham sido praticados com a finalidade de dissimular a ocorrência do fato gerador do tributo ou a natureza dos elementos constitutivos da obrigação tributária, e as operações realizadas pela

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

recorrente estariam dentro dos limites da legalidade e não configuram dissimulação, uma vez que nada é ilícito, oculto, fingido, falso ou de má-fé;

8. O conceito de simulação envolve sempre uma realidade fática destoante de uma realidade jurídica, o que jamais ocorreu ou foi demonstrado na relação entre a recorrente e a IGL, pois as empresas são efetivamente distintas, sendo que a IGL Industrial tem autonomia na aquisição de insumos, na gestão de políticas e na contratação, possuindo diversos clientes além da recorrente;

9. Que é da praxe negocial, no ramo das empresas distribuidoras de produtos de consumo vendidos como marca própria, a sua aquisição de estabelecimentos industriais, sendo que a empresa comercial se concentraria exclusivamente na promoção, venda e distribuição dos produtos, deixando a respectiva fabricação nas mãos de empresa industrial dedicada apenas a esta atividade e, portanto essa arquitetura de negócio não se daria com o fito único de economizar tributos

10. Para configurar elusão, é indispensável que se use de negócios jurídicos atípicos ou indiretos, desprovidos de "causa" ou organizados com simulação ou fraude à Lei, o que não ocorreu no caso concreto, não se tratando de negócios atípicos, indiretos, desprovidos de causa ou organizados com simulação ou fraude à lei;

11. A necessidade de especialização nas áreas de produção e distribuição seria o propósito negocial a justificar a estrutura da recorrente e da IGL;

12. A pretensão fiscal de tributar uma unidade econômica, como no caso, seria tributar por analogia, o que não encontra guarida no ordenamento brasileiro.

A Fazenda Nacional, em suas contrarrazões contestou todas as alegações da Recorrente. O Conselheiro FERNANDO LUIZ DA GAMA LOBO D'EÇA, relator do processo, admitiu os recursos voluntário e de ofício, e inadmitiu a alegação de simulação do ato de desmembramento das atividades da UNILEVER em varias empresas do mesmo grupo, por esse fato estar autorizado pela Lei Comercial e Tributaria. Citou ainda a seguinte jurisprudência:

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Assunto: Imposto sobre a Renda de Pessoa Jurídica – IRPJ. Exercício. 2002

Ementa: ***SIMULAÇÃO INEXISTÊNCIA Não é simulação a instalação de duas empresas na mesma área geográfica com o desmembramento das atividades antes exercidas por uma delas, objetivando racionalizar as operações e diminuir a carga tributária.***

OMISSÃO DE RECEITAS SALDO CREDOR DE CAIXA DEPÓSITOS BANCÁRIOS DE ORIGEM NÃO COMPROVADA

- A ***reunião das receitas supostamente omitidas por duas empresas para serem tributadas conjuntamente como se auferidas por uma só importa em erro na quantificação da base de cálculo*** *e na* ***identificação do sujeito passivo, conduzindo à nulidade do lançamento****. Recurso provido. (cf. Acórdão n° 103*

23.357 da 3ª Câm. do 1º CC, Rec. nº 149.524, Proc. n° 11516.002462/200418, em sessão de 23/01/08, Rel. Cons. Paulo

J. Nascimento)

ASSUNTO: IMPOSTO SOBREPRODUTOS INDUSTRIALIZADOS IPI •

Período de apuração: 01/01/2001 a 31/12/2001

IPI. SIMULAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Não é simulação a instalação de duas empresas na mesma área geográfica como desmembramento das atividades antes exercidas por uma delas, objetivando racionalizar as operações e diminuir a carga tributária.

(...)

MULTA DE OFICIO QUALIFICADA. SIMULAÇÃO. INEXISTÊNCIA.

Inexistindo a Simulação imputada ao contribuinte, é de se reduzir o percentual da multa de Oficio de 150% para 75%.

JUROS DE MORA.. TAXA SELIC.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

É cabível a cobrança de juros de mora sobre os débitos para com a União decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil com base na taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - Selic para títulos federais.

INTIMAÇÕES. DESTINATÁRIO.

Dada a existência de determinação legal expressa, as notificações e intimações devem ser emitidas em nome do sujeito passivo e endereçadas ao domicílio fiscal por ele eleito.

Recurso voluntário provido em parte.(Acórdão n° 201-81.306 da 1ª Câm. do 2º CC, Rec. nº 132.617, Proc. nº 11516.002464/2004-07, em sessão de 06/08/08, Rel. Cons. Walber José da Silva)

Nas palavras do relator:

> Incabível o emprego de analogia ou interpretação extensiva, para a instituição ou imputação de obrigação tributária (arts. 108, § 1º e 111, inc. III do CTN), não prevista expressamente na descrição da lei tributária especifica (...) Tratando-se de atividade administrativa *vinculada* e *obrigatória* sob pena de *responsabilidade funcional* (arts. 141 e 142 do CTN), não é lícito à autoridade lançadora *dispor discricionária* ou *unilateralmente* sobre os elementos constitutivos e estruturais da obrigação tributária, eis que como demonstrado, *somente a lei* há de *definilos* e *valorálos*, de modo que o *crédito tributário* dela decorrente seja *determinado exclusivamente pela lei.*

Assim, o recurso voluntário da defesa foi provido, reformando parcialmente a decisão recorrida e julgando improcedente a acusação e as exigências fiscais remanescentes.

No processo 19515.001905/200467, porém o Conselheiro Alexandre Kern entendeu que nos autos inexistiam provas sobre aumento em seu poder de mercado, ganho de escala ou qualquer outra vantagem econômica que tenha sido obtida pelo grupo empresarial em decorrência da reorganização na empresa. Defendeu, portanto, que a transferência de atividades industriais da UNILEVER para a IGL evidenciava o intuito de se esguiar de uma tributação específica, sendo incontestável a simulação, de sorte que os negócios praticados seriam inoponíveis ao Fisco.

Este caso deixa flagrantemente exposto que é tênue o limite entre o planejamento tributário e uma simulação ou abuso cometido por parte do ramo empresarial.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

3.CONCLUSÃO

O Estado deveria garantir um ambiente isonômico no qual as empresas pudessem competir e ganhar produtividade. No entanto, as forças políticas brasileiras produziram um sistema tributário completamente caótico e de difícil compreensão, fazendo com que a competitividade das companhias resida praticamente de forma singular em pagar menos tributos.

Dessa forma, uma vez já existente toda essa complexidade tributária, caberia à Fazenda interpretar de forma mais legalista e menos finalística os planejamentos tributários, a fim de reconhecer que é comportamento natural das empresas a busca por reduzir a carga tributária.

4.REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos; GALA, Paulo. **Macroeconomia estruturalista do desenvolvimento**. In**.: Revista Brasileira de Economia Política**, São Paulo, v. 30, n. 04, dez./2010. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31572010000400007&script=sci_arttext. Acesso em: 21 maio 2021.

HIRATUKA, Célio; SARTI, Fernando. **Transformações na estrutura produtiva global, desindustrialização e desenvolvimento industrial no Brasil.** In.: Revista Brasileira de Economia Política, São Paulo, v. 37, n. 01, mar./2017. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31572017000100189&script=sci_arttext. Acesso em: 21 maio 2021.

MARTINEZ, A. L.; COELHO, L. F. de A. **Planejamento tributário com operações societárias: critérios de validade utilizados pelo CARF**. Revista Contemporânea de Contabilidade, [S. l.], v. 13, n. 30, p. 193-213, 2016. DOI: 10.5007/2175-8069.2016v13n30p193. Disponível em: https://periodicos.ufsc.br/index.php/contabilidade/article/view/2175-8069.2016v13n30p193. Acesso em: 5 jul. 2021.

MOTTA, Mayra; VIOLA, Ricardo. **Planejamento Tributário e Teoria da Prova – uma análise acerca da atuação do CARF – Conselho Administrativo de Recursos Fiscais**. 2019. 95 f. Disponível em: http://repositorio.ufu.br/handle/123456789/26417. Acesso em: 5 jul. 2021.

TIMOTEO, Jhoyce. **Planejamento tributário: os limites entre o crime e as práticas de eficiência tributária.** 2018. 77 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, 2018. Disponível em: **http://dspace.mackenzie.br/handle/10899/20036. Acesso em: 5 jul. 2021.**

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MASSACRE DO CARANDIRU: DIREITOS HUMANOS E SUA CORRELAÇÃO COM O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO

RAYSSA JORGE PARRIÃO: Bacharelanda em Direito na Universidade de Gurupi UnirG

RAFAEL SILVA OLIVEIRA[177]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo discorreu sobre o massacre do Carandiru, ocorrido em 1992, como um marco memorável da história do sistema penal brasileiro, relacionado a vários questionamentos como a dimensão do ocorrido, a tentativa de apagamento, os Direitos Humanos sendo feridos e a impunidade. Um estudo sobre a violação dos direitos humanos no contexto do Massacre do Carandiru, suas implicações sociais e a condução do caso no âmbito judiciário brasileiro. Justifica-se pela ausência de efetiva punição aos responsabilizados pelas mortes e suas repercussões. Este estudo foi realizado a partir de uma pesquisa bibliográfica sobre a temática, tendo como principais fontes de pesquisa Nucci (2011), Jocenir (2011), Morais (2006); Greco (2011), Custódio (2014) e Foucault (2017). Concluiu-se que mesmo com a com uma Constituição Federal humanizada, por contar com a Lei de Execução Penal e os tratados internacionais de direitos humanos no rol das garantias mínimas da pessoa humana, o Estado, não conseguiu garantir o assegurado à população carcerária brasileira minimamente: a vida.

Palavras-chave: Carandiru. Sistema penal brasileiro. Direitos Humanos. Ressocialização.

ABSTRACT: This article discussed the Carandiru massacre, which took place in 1992, as a memorable milestone in the history of the Brazilian penal system, related to various questions such as the dimension of what happened, the attempt to erase, human rights being injured, and impunity. A study on human rights violations in the background of the Carandiru Massacre, its social implications, and the conduct of the case in the Brazilian judiciary. It is justified by the absence of effective punishment of those responsible for the deaths and their repercussions. This study was carried out for bibliographical research on the subject, having as main research sources Nucci (2011), Jocenir (2011), Morais (2006); Greco (2011), Custodio (2014), and Foucault (2017). It was concluded that even with a humanized Federal Constitution, by relying on the Criminal Execution Law and international

177 Graduado em Filosofia; Especialista em Ética e Ensino de Filosofia; Mestre em Filosofia pela Universidade Federal do Tocantins. Professor do colegiado de Direito na Universidade de Gurupi – UNIRG.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

human rights treaties on the list of minimum guarantees for the human person, the State was unable to guarantee the minimum guarantee to the Brazilian prison population. : life.

Keywords: Carandiru. Criminal Justice System. Human Rights. Resocialization.

Sumário: 1 – Introdução; 2 – Contextualização: o Massacre do Carandiru; 3 – Aspectos gerais dos direitos humanos; 4 – O Massacre do Carandiru e os direitos humanos; 5 – Considerações finais; 6 – Referências.

1. INTRODUÇÃO

A discussão a respeito dos Direitos Humanos assegurados pela Constituição Federal e a aplicação dos mesmos no sistema carcerário brasileiro cresce a cada dia. Os presídios enfrentam problemas recorrentes dia após dia e as críticas sofridas são inúmeras: superlotação, reincidência, precariedade quanto aos cuidados com a saúde; má gestão das rotinas dentro das carceragens e falta de apoio da sociedade.

As leis brasileiras asseguram aos encarcerados direitos que são inerentes à perda da liberdade, mas o modo como vivem faz desaparecer valores pessoais e coletivos, representando assim um atentado à condição humana. Sem a efetiva aplicação dos Direitos Humanos, a reincidência torna-se algo certo, o que mostra que o caráter ressocializador dos cárceres brasileiros é inefetivo. Segundo a Constituição Federal (art. 5º, XLVII , e , CF/88) dentro do sistema prisional, o Estado tem o dever de garantir programas educacionais, assegurar os Direitos Humanos e como consequência, contribuir para que o preso seja reabilitado.

A partir desta problemática, o presente artigo objetiva discutir sobre os Direitos Humanos, tendo como estudo de caso o Massacre do Carandiru, ocorrido em 02 de outubro de 1992 em São Paulo (SP). A rebelião de presidiários que se iniciou motivado pelo desentendimento de dois presos, resultou em uma chacina de 111 encarcerados.

Em um primeiro momento da pesquisa, realiza-se uma contextualização do Massacre do Carandiru, trazendo aspectos jurídicos e históricos do fato e evidenciando a condução do caso pelo sistema judicial brasileiro e suas implicações para a efetivação dos direitos humanos no âmbito carcerário do país.

Posteriormente, busca-se discutir sobre a forma como o Estado brasileiro agiu a partir de uma reflexão sobre os direitos humanos e sua composição na Constituição Federal Brasileira e nas leis infraconstitucionais que lidam com o sistema carcerário. Por fim, questiona-se sobre o sistema penitenciário enquanto possibilidade de recuperação de vidas a partir da promoção efetiva de políticas públicas eficientes para a ressocialização de detentos por parte do Estado. Além disso, é construída uma ponderação a respeito do

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

massacre e os direitos humanos, entendendo como estes foram desrespeitados desde o acontecimento até o tratamento dado pelo sistema judiciário.

Para o desenvolvimento, utiliza-se como metodologia a pesquisa bibliográfica através de livros jurídicos, artigos científicos e a legislação brasileira. A partir deste arcabouço teórico busca-se estabelecer uma linha de comparação entre o acontecimento do Massacre do Carandiru, sua relação com os Direitos Humanos e aplicação dos mesmos dentro das penitenciárias brasileiras. Os principais autores utilizados para a construção deste artigo foram Nucci (2011), Jocenir (2011), Morais (2006), Greco (2011), Custódio (2014) e Foucault (2017).

Para Antônio Carlos Gil (2002) a principal vantagem da pesquisa bibliográfica é o fato de permitir ao investigador a cobertura de uma gama de fenômenos muito mais ampla do que aquela que poderia pesquisar diretamente.

> Essa vantagem tem, no entanto, uma contrapartida que pode comprometer em muito a qualidade da pesquisa. Pode ocorrer que os dados disponibilizados em fontes escritas tenham sido coletados ou processados de forma inadequada. Assim, um trabalho fundamentado nessas fontes tenderá a reproduzir ou mesmo a ampliar esses erros. Para reduzir essa possibilidade, convém aos pesquisadores assegurarem-se das condições em que os dados foram obtidos, analisar em profundidade cada informação para descobrir possíveis incoerências ou contradições e utilizar fontes diversas, cotejando-as cuidadosamente. (GIL, 2002, p. 45).

Esta pesquisa foi desenvolvida na Universidade de Gurupi (UNIRG), contemplando o primeiro e segundo semestre do ano de 2021. Ressalta-se que o artigo não necessitou ser submetido para aprovação junto ao Comitê de Ética em Pesquisa, conforme a resolução CNS 466/2012, pois se tratou de uma pesquisa cujas informações serão obtidas em materiais já publicados e disponibilizados na literatura, não havendo intervenção ou abordagem direta junto a seres humanos. Dessa forma, a pesquisa não implicará em riscos ao sujeito.

Para iniciar a discussão teórica, faz-se necessário compreender que a legislação brasileira não coincide com a realidade prisional vigente no país. O descaso com as normas existentes faz com que a ressocialização seja algo longe da realidade, pois para que isso aconteça, a prática das normas do ornamento jurídico é necessária. Apesar de o apenado viver em regime fechado, seus direitos fundamentais devem ser garantidos de forma ampla, para que assim tenha condições de voltar a conviver em sociedade de forma digna.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

As penitenciárias devem ser um meio de reabilitação, para que os detentos não se tornem pessoas frustradas e sem esperança alguma após o cárcere. Sobre o assunto, Rogério Greco (2011, p. 19), jurista penal, fala:

> Partilhamos do ideal de que é preciso que o governo seja consciente que é, em parte, responsável pelo alto índice de criminalização no Brasil, e que possui obrigação de lutar para garantir um sistema penitenciário legal, agindo nas raízes desse mal, e garantindo os fatores essenciais para a formação de um cidadão.

A solução para que a ressocialização seja efetiva é um cárcere baseado no princípio da dignidade da pessoa humana, através do investimento do governo na educação e profissionalização do condenado, trazendo assim condições de reingresso ao mundo do trabalho e esperança de um convívio social abrangente.

Um dos principais problemas do sistema carcerário brasileiro, por exemplo, é a da superlotação. Segundo o Ministério da Justiça e Segurança Pública, segundo o Departamento Penitenciário Nacional (2021), atualmente o Brasil tem uma taxa de lotação de seu sistema presidiário de 161,26%.

Os fatores que causam essa situação estão relacionados a presídios com a quantidade de presos maior que sua capacidade pode suportar, o excesso de crimes praticados no Brasil, a inobservância das normas legais sobre o assunto e a falta de atenção do Estado sobre o assunto.

Através desta e de tantas outras realidades do sistema prisional brasileiro é possível observar como a dignidade da pessoa humana, princípio constitucional a ser seguido em todo âmbito nacional, tem sido descumprido. O preso deve ser tratado assim como a lei permite, de forma humana, objetivando a sua ressocialização (NUCCI, 2011). O procedimento a ser seguido pelo setor criminal do país, as regras para que o cárcere seja de acordo com a lei e o apenado possa ser reeducado enquanto cumpre sua dívida com o Estado estão vigentes, entretanto, não são cumpridas. Afinal: por que isso acontece?

2. CONTEXTUALIZAÇÃO: O MASSACRE DO CARANDIRU

No dia 2 de outubro de 1992 ocorreu o Massacre do Carandiru, conhecido na história brasileira como um exemplo de desrespeito aos direitos humanos. O massacre teve origem numa rebelião de presidiários do Pavilhão 9, da Casa de Detenção no Carandiru, Cidade de São Paulo (SP). A rebelião foi reprimida pela invasão das tropas da Polícia Militar e resultou na morte de 111 de detentos.

Para compreender as minúcias do massacre é importante saber que dentro de uma prisão convergem duas categorias de normas: as que têm origem no Estado e as que são

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

criadas pelas relações interpessoais existentes dentro da prisão entre os próprios prisioneiros e os funcionários que lá trabalham, visto que esta última normalmente é tolerada pelos administrados dos presídios (PECKNY, KULLER, JARDIM; 2014). A chamada "lei da massa" que tem origem no chamado "mundo do crime" é o que vale dentro dos presídios e foi justamente de um conflito interpessoal que originou o Massacre do Carandiru.

Regina Célia Pedroso (2012) e Dráuzio Varella (1999) relembram que no início do dia do massacre aconteceu um jogo de futebol no presídio. Um dos times era formado pelos presidiários que cuidavam da faxina e o outro pelos encarregados da preparação dos alimentos. A partida acontecia normalmente sob o comando de um juiz também presidiário até que um conflito no espaço de secagem de roupas entre dois detentos no segundo pavimento do Pavilhão 9 começou.

Uns dos envolvidos era Antônio Luiz do Nascimento, conhecido como Barba. Liderança de um grupo de quadrilhas da zona oeste de São Paulo e condenado a 21 anos de reclusão por latrocínio, Barba pendurava suas roupas em um determinado varal quando foi provocado por Luiz Tavares de Azevedo, o Coelho, condenado a onze ano por assalto a banco, também líder de uma quadrilha da zona leste de São Paulo.

Barba foi levado para o ambulatório da prisão desmaiado, enquanto que Coelho foi agredido por três guardas penitenciários e levado para um local trancado. Com a briga, os demais presos arrebentam a fechadura e iniciam um tumulto generalizado. Os comparsas dos presidiários que iniciaram a confusão começaram outra briga e um carcereiro tentou apartá-los, mas foi impedido por outros presos. Como tentativa de conter a confusão, outros guardas miraram armas para os presos e ameaçaram atirar, mas os focos de tumulto entre os presidiários já haviam se multiplicado e já não foi possível controlá-los mais.

Os agentes penitenciários acionaram o alarme e os policiais militares que estavam na guarita no momento comunicaram o Batalhão da Guarda alertando sobre a rebelião no Pavilhão 9. Aproximadamente trinta carcereiros tentaram, sem sucesso, conter a confusão, mas os presidiários continuaram brigando e destruindo o local, até que se trancaram no Pavilhão 9 do presídio.

Os presidiários não faziam exigências e não possuíam reféns, mas estavam reunidos para fazerem um acerto de contas entre as duas gangues representadas por Barba e Coelho a partir da aplicação da "lei da massa". Os guardas que ainda estavam no Pavilhão 9 conseguiram fugir. O então comandante de Policiamento Metropolitano (SP), o coronel Ubiratan Guimarães, foi informado da rebelião na penitenciária e comunicou a situação para o chefe do Estado-maior do Comando do Policiamento de Choque de São Paulo, o tenente-coronel Luiz Nakarada.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Sem sucesso na tentativa de conter a rebelião, 320 policiais invadiram o local. Muitos relatos afirmam que a tropa da PM estava desorientada e mesmo já tendo sido criada desde 1984 uma estratégia militar de invasão da Casa de Detenção – o plano Boreal178 este não foi utilizado pelos comandantes. O Massacre do Carandiru chegou ao fim com 111 detentos mortos. Destes, 103 morreram em decorrência de disparos de armas de fogo e 8 por causa de ferimentos de objetos cortantes e mais 130 feridos.

Juridicamente, o caso da Casa de Detenção Carandiru deu origem a muitos encaminhamentos e providências na área e que, por sua vez, evidenciou um conflito social no cerne desse acontecimento, envolvendo um contexto político e social complexo onde há todo um poder paralelo ao Estado e também um Estado onde seus representantes agem à revelia do bem comum (PECKNY, KULLER, JARDIM; 2014).

Nos anos de 2013 e 2014 foram realizados alguns julgamentos de policiais militares que participaram da invasão ao Carandiru, 21 anos após o acontecido. Por haver muitos réus e outros envolvidos o julgamento teve quatro fases, sendo que o critério foi em conformidade com os integrantes dos grupos policiais que adentraram a penitenciária naquele dia, ainda divididos pelos pavimentos do Pavilhão 9 (PEDROSO, 2012).

O primeiro julgamento teve 23 policiais condenados a 156 anos de prisão pela morte de 13 detentos ocorridos na operação no primeiro andar da penitenciária, enquanto que a o segundo, referente à atuação no segundo andar aconteceu em julho de 2013 e 25 policiais foram condenados e eram integrantes da ROTA (Rondas Ostensivas Tobias de Aguiar) 624 anos de prisão pelas mortes de 52 presos, foi o resumo da sentença (VARELLA, 1999).

A terceira etapa referente às 4 mortes que ocorreram no terceiro andar, tiveram 15 policiais do COE (Comando de Operações Especiais) a 48 anos de prisão. Enquanto que a última etapa foi referente ao quarto andar e suas 8 mortes, sendo que 10 policiais foram condenados a 104 anos de prisão (PECKNY, KULLER, JARDIM; 2014).

Mas o Coronel Ubiratan não foi condenado devido a uma série de imbróglios jurídicos. Este chegou a ser condenado a 632 anos de prisão, mas teve sua condenação anulada pelo fato de ser parlamentar na época do julgamento, ano de 1994. Ele teve um novo julgamento que foi adiado e foi assassinado em 2006 antes de um novo julgamento (PEDROSO, 2012).

178 A penitenciária do Carandiru tinha seu próprio plano de estratégias militares para situações de emergência, ele se chamava Plano Boreal, e foi elaborado no ano de 1984, recebendo atualizações ao longo dos anos. Mas este plano não foi seguido no dia da invasão, e ficou muito tempo sem ser divulgado, até que o jornalista Ricardo Stefanelli ao realizar uma pesquisa nos processos relativos ao caso do Massacre descobriu evidências de sua existência (ONODERA, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Os policiais condenados não cumpriram pena até o momento devido a muitos trâmites judiciais que já duram 29 anos (STJ, 2021).

3. ASPECTOS GERAIS DOS DIREITOS HUMANOS

Através dos Direitos Humanos, em uma nação onde haja o mínimo de prevalência de um regime democrático, toda e qualquer pessoa deve ter a sua dignidade respeitada seja em relação a sua origem, etnia, raça; convicção econômica/política/social, idade, identidade sexual; orientação ou credo religioso (JOCENIR, 2001).

Essa classe de direitos é o objetivo norteador da CF (1988) outorgada pelo Poder Constituinte Originário, visto que a carta magna tem como epicentro de seu ordenamento jurídico a dignidade da pessoa humana aliado ao princípio da isonomia, visto que o propósito é que todos sejam igualmente tratados em âmbito nacional, sem discriminação de qualquer natureza (RODRIGUES, 2002).

Anterior ao ano de 1988 outros ordenamentos jurídicos, entre os quais se encontravam até os de origem internacional é quem regimentavam sobre a dignidade da pessoa humana e da isonomia dos cidadãos brasileiros, mas a partir da promulgação da CF (1988) essa questão tornou-se mais clara e objetiva.

Historicamente, os chamados direitos natos universais é que deram origem aos direitos humanos. São aqueles que não dependem de positivação, ou seja, trata-se da perspectiva de caráter universalista e, portanto, foram ratificados pela CF (1988), visto que antes já eram previstos em tratados internacionais, acordos entre nações e visavam proteger as pessoas de abusos de governos e grupos, ou até mesmo de indivíduos que atentassem contra sua dignidade e sua própria vida (RAMOS, 2002).

Regras nacionais e internacionais fazem parte do ordenamento jurídico, e tem como objetivo proteger a pessoa humana. Nas palavras de Alexandre de Moraes, ministro do STF:

> Um conjunto institucionalizado (positivado) de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade o respeito à sua dignidade por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e o desenvolvimento da personalidade humana. (MORAES, 2006).

Na mesma linha de pensamento, Flávia Piovesan ainda complementa as palavras do ministro ao dizer que "Os direitos humanos são inerentes à existência humana e objeto de regulação internacional." (PIOVESAN, 1996, p. 27).

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana é o cerne dos direitos humanos, visto que se trata de uma qualidade essencial para ser conferida a humanidade à pessoa.

Em suas palavras:

> A dignidade da pessoa humana, (...) está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro (PIOVESAN, 1996, p. 54).

O regime democrático brasileiro foi instituído pela CF (1988) e trata-se de um marco jurídico e histórico nesse sentido, completamente abrangente e detalhado traz um avanço quando se trata da consolidação dos direitos fundamentais. Seu contexto epistemológico aponta para o pós-positivismo, onde a dignidade da pessoa humana ganhou *status* de bem e fundamento do Direito, assim valores foram colocados em forma de princípios, o que difere bastante do jus naturalismo, em que os valores eram externos ao Direito.

4. O MASSACRE DO CARANDIRU E OS DIREITOS HUMANOS

Temas como segurança pública, política criminal, responsabilidade do Estado em relação à população carcerária e o sistema penitenciário brasileiro tem sido tema de discussões que envolvem a temática dos direitos humanos (MORAES, 2013).

Trata-se de temas entrelaçados e que ao mesmo tempo têm uma relação paradoxal, à medida que a estrutura tanto física (precariedade das prisões no que diz respeito à lotação, prédios sem manutenção, entre outros) e administrativa dos sistemas prisionais tem sido constante nas discussões e ações de entidades e pessoas que tratam de justiça criminal. Em especial o próprio Ministério Público, que possui a incumbência de investigar se os direitos humanos têm sido respeitados no âmbito das prisões brasileiras (FILHO; DIAS, 2014).

Por outra perspectiva, sabe-se que nem mesmo com as intervenções do Estado tem efetivado as políticas públicas que resguardem os direitos da população encarcerada (FILHO; DIAS, 2014).

A tortura e/ou tratamento desumano ou mesmo degradante, além de atentado contra a dignidade humana, seja ela física ou moral da pessoa encarcerada é condenada pela Constituição Federal.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

> Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
>
> I – a soberania;
>
> II – a cidadania;
>
> III – a dignidade da pessoa humana;
>
> IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa. (CF, 1988, art.1º).

O fato de uma pessoa encontrar-se em situação de encarcerado não o torna indigno de ter seus direitos fundamentais respeitados, portanto, o direito à vida, que é o alicerce dos demais deve ser garantido pelo Estado.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz o direito à vida e a segurança da pessoa humana assim como considera como crime a tortura e tratamentos cruéis ou que degradam a pessoa humana, além de que prevê a igualdade junto à legislação, inclusive punição para qualquer agente do Estado ou pessoa física que venha ser responsável por alguma ilegalidade e/ou contra a própria Declaração (JOCENIR, 2001).

No âmbito do ordenamento jurídico nacional tem-se a Lei nº. 7.210/1984 que se chama Lei de Execução Penal que tem o objetivo de assegurar ao apenado seus direitos, estendido ao internado e também ao egresso do sistema, entre as assistências previstas tem-se assistência material, auxilio à saúde, apoio jurídico; educacional, social e espiritual, além de outros aspectos que são contemplados, principalmente no seu artigo 41.

> Art. 41 - Constituem direitos do preso:
>
> I - alimentação suficiente e vestuário;
>
> II - atribuição de trabalho e sua remuneração;
>
> III - Previdência Social;
>
> IV - constituição de pecúlio;
>
> V - proporcionalidade na distribuição do tempo para o trabalho, o descanso e a recreação;

VI - exercício das atividades profissionais, intelectuais, artísticas e desportivas anteriores, desde que compatíveis com a execução da pena;

VII - assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa;

VIII - proteção contra qualquer forma de sensacionalismo;

IX - entrevista pessoal e reservada com o advogado;

X - visita do cônjuge, da companheira, de parentes e amigos em dias determinados;

XI - chamamento nominal;

XII - igualdade de tratamento salvo quanto às exigências da individualização da pena;

XIII - audiência especial com o diretor do estabelecimento;

XIV - representação e petição a qualquer autoridade, em defesa de direito;

XV - contato com o mundo exterior por meio de correspondência escrita, da leitura e de outros meios de informação que não comprometam a moral e os bons costumes.

XVI – atestado de pena a cumprir, emitido anualmente, sob pena da responsabilidade da autoridade judiciária competente (Lei nº. 7.210/1984).

Percebe-se que tanto a CF (1985) quanto as demais leis infraconstitucionais tem o mesmo propósito, ratificar os direitos humanos, sem exceção, para todas as pessoas, independente de está em liberdade ou na condição de encarcerado.

Os sofrimentos que acontecem dentro do sistema prisional são desnecessários e, principalmente, não tem vínculo nenhum com o cumprimento da pena e nem respaldo legal, pelo contrário, é ilegal (MORAES, 2013). A questão é que qualquer ser humano tem o direito a ter sua dignidade respeitada, não tendo relação alguma com merecimento ou quaisquer crimes cometidos (RODRIGUES, 2002).

Além disso, a população encarcerada atualmente, além de ser muito volumosa, ainda será a mesma que estará livre nas ruas daqui a algum tempo e, portanto, o

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

tratamento recebido na carceragem pode ser refletido na própria sociedade. A aceitação das condições degradantes da população encarcerada pode ser uma semente do mal que irá germinar no futuro da própria sociedade (RAMOS, 2002).

O campo prisional é um dos grandes gargalos para a efetivação dos direitos humanos no Brasil. É comum lermos noticiários, artigos, livros e outros escritos sobre a precariedade da vida nos sistemas prisionais.

As chamadas "rebeliões" e "amotinações", em muitos casos, são decorrentes das péssimas condições de vida dessa população, prisões extremamente lotadas, ou seja, 54,9% das penitenciárias estão com mais encarcerados do que sua própria capacidade (MORAES, 2013).

O cenário de barbárie nas prisões nacionais observados atualmente é um reflexo histórico dos castigos que se aplicavam aos apenados ao longo da história da humanidade, como bem relata Michael Foucault (2017) em sua obra que conta os sórdidos detalhes das punições públicas as quais eram submetidos os apenados da Europa e dos Estados Unidos ao longo da história. Para o autor, após a superação desse período de extrema crueldade de presos, estes teriam um tratamento mais humanizado, algo que fosse mais coerente com a finalidade da pena. O que se tem hoje são pessoas encarceradas em locais completamente insalubres, celas lotadas e sujas, sem o mínimo de possibilidades de higiene pessoal com a presença de insetos e ratos, realidade não tão diferente do sistema punitivo original relatado por Foucault.

No que diz respeito aos direitos humanos, o Massacre do Carandiru foi um marco negativo, recentemente completou 29 anos do acontecido e os policiais que foram condenados pelas mortes dos presidiários não cumpriram suas penas. Isso se deu pelo fato de que muitos processos foram iniciados, porém foram suspensos ou interrompidos ou ainda não foram finalizados. Isso se deu tanto no âmbito internacional quanto nas varas civis e criminais do Brasil (MORAES, 2013).

O Estado brasileiro foi aconselhado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA) a atuar para diminuir a lotação das penitenciárias, realizar um procedimento legal de investigação e punição dos responsáveis pelo massacre, indenizar as vítimas e suas famílias, isto com base em um documento construído pela OEA em que relata os acontecimentos que violam os direitos humanos durante esse episódio embasados nas leis brasileiras e tratados internacionais aos quais o país é consignatário (RAMOS, 2002).

Mesmo que as condenações tenham acontecido, as penas não foram pagas ainda. Isso se deu devido em decorrência da 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo anular julgamentos, no ano de 2016, os julgamentos dos 74 policiais militares

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

condenados em primeira instância pelas mortes dos 111 presidiários em decorrência da invasão ao Pavilhão 9 do Carandiru. Os júris foram revistos atendendo aos pedidos dos advogados dos condenados.

Porém, no ano de 2021 o ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Joel Ilan Paciornik entendeu que o Ministério Público de São Paulo tinha razão e restabeleceu às condenações atribuídas pelo tribunal do júri aos policiais que participaram da chacina no antigo Complexo Penitenciário do Carandiru (STJ, 2021).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O massacre do Carandiru no ano de 1992 tornou-se um fato emblemático quando se trata de desrespeito aos direitos humanos da população carcerária do Brasil, principalmente no que diz respeito ao básico que é o direito à vida.

Ao concluir a escrita desse artigo pensou-se que mesmo com a existência de uma Constituição Federal extremamente humanizada, por contar com a Lei de Execução Penal e os tratados internacionais de direitos humanos no rol das garantias mínimas da pessoa humana, o Estado, nem de longe, consegue efetivamente garantir o que está assegurado e a população carcerária brasileira ter seus direitos básicos de educação, saúde e vida preservados.

Foi possível perceber que o Estado brasileiro não consegue nem mesmo garantir a integridade e a dignidade da pessoa humana em situação de encarceramento, nem mesmo os direitos que tem a ver com a ressocialização e reinserção na sociedade.

O problema da população carcerária ainda é o de superlotação das unidades prisionais que, em efeito cascata, influencia na oferta de melhor qualidade de vida, o que ficou evidenciado no episódio que desencadeou o conflito que culminou no massacre do Carandiru: a disputa por um varal para secar roupas entre dois líderes de quadrilhas rivais e de cumprimento com outras obrigações do Estado em relação a essa população, como o direito à vida.

Nessa perspectiva, esse estudo trouxe uma breve reflexão teórica sobre os reflexos da tragédia do Carandiru no sistema prisional brasileiro, assim como a urgência de políticas públicas que melhore o cumprimento do ordenamento jurídico no que diz respeito aos direitos humanos em solo nacional.

Não se trata apenas de uma política de proteção à população encarcerada, mas da própria sociedade, que na maioria das vezes faz vistas grossas para essa situação, tendo em vista que a função do sistema prisional não é somente segregar a pessoa em cumprimento de pena, mas de recuperá-la para que ela volte ao convívio social e, portanto, é necessário garantir educação, qualidade de vida, capacitação profissional para que possa

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

haver uma efetiva ressocialização, assim impactando positivamente na problemática da violência no Brasil.

6. REFERÊNCIAS

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

BRASIL. **LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm>. Acesso em: 07 out. 2021

CUSTÓDIO, Rafael. **É que eu vi muita coisa lá dentro, e minha cabeça ficou ruim**. Revis-taConsulex, ano XVIII, nº 410, 15 de fevereiro de 2014.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Dados do sistema penitenciário brasileiro.** Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/sisdepen. Acesso em: 20 out. 2021.

FILHO, José de Jesus e DIAS, Sylvia. **Considerações para superação da crise penitenciária no Maranhão.** Revista Consulex, ano XVIII, nº 410, 15 de fevereiro de 2014.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: História daViolência nas Prisões.** Petrópolis: Vozes, 2017.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GRECO, Rogério. **Direitos Humanos, sistema prisional e alternativas à privação de liberdade**. São Paulo: Saraiva, 2011.

GURUPI. **Resolução CNS 466/2012.** Disponível em: http://unirg.edu.br/arquivos/documentos/Pesquisa/14-%20RESOLU%C3%87%C3%83O%20466-2012. pdf. Acesso em: 17 out. 2021.

JOCENIR. **Diário de Um Detento: o Livro.** São Paulo: Labortexto Editorial, 2001.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2006.

MORAES, Ana Luisa Zago de. **O resgate da memória do Massacre do Carandiru: após vinte anos, o que dizer das prisões brasileiras?** R. Defensoria Públ. União, Brasília, DF, n. 6, p. 29-51, dez. 2013.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Direito Penal – Coleção tratado jurisprudencial e doutrinário.** São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, vol. I 2011.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454

ONODERA, Ivvi Mini. **Estado e violência: um estudo sobre o Massacre do Carandiru.** Disponível em: https://sapientia.pucsp.br/bitstream/handle/13028/1/Iwi%20Mina%20Onodera.pdf Acesso em: 20 out. 2021.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1996.

PEDROSO, Regina Célia. "Abaixo os Direitos Humanos! A história do massacre de cento e onze presos na Casa de Detenção de São Paulo". Revista Liberdades, nº 9. São Paulo: IBCCRIM, 2012, p. 127.

PECKNY, Ana Carolina; KULLER, F. B. Laís; JARDIM, B. Lucas. **Reflexões Sobre a Justiça e o Estado Democrático de Direito a Partir do Julgamento do Carandiru.** Revista Brasileira de Segurança Pública. São Paulo, v. 8, nº1, 2014.

RAMOS, Hosmany. **Pavilhão 9: paixão e morte no Carandiru.** 3º ed. São Paulo: Geração Editorial, 2002.

RODRIGUES, Humberto. **Vidas do Carandiru: histórias reais.** São Paulo: Geração, 2002.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). **Ministro restabelece condenações do júri por massacre do Carandiru**. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/09062021-Ministro-restabelece-condenacoes-do-juri-por-massacre-do-Carandiru.aspx. Acesso em: 17 out. 2021.

VARELLA, Dráuzio. **Estação Carandiru.** São Paulo: Ed. Companhia Das Letras, 1999, p. 283.

Boletim Conteúdo Jurídico n. 1045 de 06/11/2021 (ano XIII) ISSN - 1984-0454