

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1015

(Ano XIII)

(22/05/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

MARCELO FERREIRA DE SOUZA (RJ): Mestre em Direito Público e Evolução Social 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

SUMÁRIO

COLONISTA DA SEMANA



Os impactos da pandemia na Previdência Social

Alexandre S. Triches, 09.

ARTIGOS

A possibilidade de conversão de tempo especial de exposição a agentes nocivos em comum e a evolução normativa no âmbito do Regime Próprio de Previdência Social da União

Stênio Leão Guimarães, 12.

Alienação parental: consequências e responsabilidade civil do guardião alienador no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro

Marcelo Mendes Pinto e André dos Santos Cardoso, 27.

Violência sexual intrafamiliar contra a criança e o adolescente

Elizangela Pinheiro Nunes, 57.

A Lei Maria da Penha: uma análise das modificações trazidas pela Lei 13.827/2019 e Lei 13.984/2020

Marly Gomes Cabral Fonseca, 70.

O dever do Estado na garantia dos direitos e assistência ao idoso

Débora Silva Simões, 88.

Abandono afetivo na filiação

Maurício Proença dos Santos, 116.

Medidas socioeducativas e seus efeitos para a ressocialização do adolescente no âmbito familiar

Vilma Cristina Castro Silva, 138.

A função social e ambiental da propriedade

Erick Cordeiro Alcântara, 155.

A influência da justiça eleitoral na efetividade dos processos de crimes comuns conexos aos crimes eleitorais

Mônica Maria Pereira de Castro e Sandy de Araújo De Jesus, 168.

Direito à igualdade e dignidade da pessoa humana diante da terapia de reorientação sexual

Franciele Abreu Silva, 190.

Aposentadoria especial por adicionais de riscos- divergência de critérios trabalhistas e previdenciários após reforma previdenciária

João Manoel Grott, 212.

A Gênese e Evolução Normativa da Aposentadoria por exposição a agente nocivo na Administração Pública Federal

Stênio Leão Guimarães, 262.

A (in)aceitabilidade racional das iniciativas do juiz, em matéria de persecução penal

Alvaro Augusto M. V. Orione Souza, 279.

Inconstitucionalidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público

Lucas Romano Pontes de Oliveira, 291.

A alienação da herança e cessão de direitos hereditários

Beatriz Kelly Ferreira de Souza, 303.

O regime jurídico híbrido dos contratos de concessão: possibilidade de inserção de cláusulas arbitrais e cláusulas econômicas flexíveis como argumento de possibilidade de regência pelo Direito Privado

Leonardo Delsin, 319.

Acordo de leniência à luz do ordenamento jurídico brasileiro

Alex Jose Trindade Fernandes, 333.

Crimes Falimentares

Francis Paiva, 363.

Princípio constitucional do contraditório aplicado ao direito à prova no processo civil

Jose Luis Moraes Ramalho, 378.

A lei da Ficha Limpa e o princípio da presunção de inocência: uma análise reflexiva

Leonardo Dias Macedo Marques e Luis Fernando de Oliveira de Araujo, 391.

Herança digital: a eminente necessidade de regulamentação no ordenamento jurídico brasileiro

Camilla Menezes Maciel, 411.

Mulheres "mulas" no tráfico internacional de drogas

Sthefany Torres Dos Santos, 432.

A impenhorabilidade do bem de família

Juciléia Jakiminutt Campos, 452.

Destituição do poder familiar: revisão de literatura

Fatima Cristina Floriano, 465.

Direito Constitucional e princípio da autonomia da vontade: esterilização voluntária da mulher e a interferência do Estado

Luana Pereira de Souza, 485.

Crimes de Trânsito: Dolo Eventual ou Culpa Consciente?

Lucas Cardoso Aguiar, 501.

Contrato eletrônico: validade do negócio jurídico na formação do contrato

Marcelo Bonfim Volpiani, 517.

A questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinário

Michel De Souza Marques, 536.

Atividades esportivas agropecuárias com animais: posicionamento legislativo, ambiental e cultural

Carolina Arrabal Medeiros, 552.

Lei 13.467/2017 e o impacto nas relações de trabalho em relação à jornada de trabalho

Lucas Diego Hubner Sousa, 582.

Usucapião Extrajudicial: requisitos e procedimentos no Tabelionato de Notas e no Registro de Imóveis

Rubeval Pinheiro Costa, 599.

A Lei 13.827/2019 e a possibilidade de aplicação de medidas protetivas de urgência pela autoridade policial: argumentos favoráveis e contrários

Renata Costa do Egyto, 627.

Lei Maria da Penha: aspectos ineficazes das medidas protetivas de urgência

Rarickson Alves Lima e João Pedro Camêlo Costa, 640.

A destituição do poder familiar e a adoção: efeitos patrimoniais e a possibilidade de multiparentalidade

Adriana Nuno Sobreira de Oliveira, 671

A guarda compartilhada do animal de estimação na dissolução da sociedade conjugal

Bruna Araujo Betti e Ana Clara Gonçalves Hordones, 716.

A Lei Maria da Penha e as Medidas Protetivas

Yasmin Correa Palmeira, 739.

Drogas no Brasil: Evolução Legislativa e Críticas sobre a lei atual

Leonardo Neves Gregorio, 759.

Guarda compartilhada: a busca pelo interesse do menor e o dissenso entre os genitores

Débora Milhomem Paes Landin, 779.

Segurança Clandestina

Danilo Vieira da Silva, 800.

A Responsabilidade do Tomador de Serviços nas Terceirizações

Rafael Bruno Monteiro Neri, 819.

FGTS: do surgimento à aplicação no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – uma abordagem histórica e fins sociais

Cleidiane Toledo Lopes Oliveira e Dayane Bernardi de Lima, 840.

A (in) viabilidade da implantação do juiz das garantias e possível impactos ao ordenamento jurídico brasileiro

Flávia Bezerra Andrade e Rodrigo Venâncio Ferreira, 870.

Restrições ao acesso a cargos públicos na fase de inspeção médica oficial

Aislan Arley Pereira de Alvarenga, 905.

O abuso sexual infantil intrafamiliar

Mayla Rubia Padula de Freitas, 890.

Desobediência civil: a convicção e a consciência na teoria de Kimberley Brownlee

Ana Paula Varize Silveira, 923.

O Alto Custo da Corrupção na Saúde Pública dos Brasileiros

Kathleen Gomes Silva, 947.

Aspectos sociais que levam a criminalização da criança e do adolescente no Brasil

Alisson da Silva Fernandes, 972.

Medidas socioeducativas frente a um sistema ineficaz e a redução da maioria penal

Jhenifer Rangel Marchiori, 1006.

OS IMPACTOS DA PANDEMIA NA PREVIDÊNCIA SOCIAL

ALEXANDRE S. TRICHES:

Advogado. Especialista em
Direito Previdenciário.

É bastante difícil fazer afirmações sobre os impactos da Covid-19 na vida das pessoas. O que dirá, então, na Previdência Social, que é um assunto bastante específico. Não apenas porque ainda estamos vivendo o âmago da pandemia, mas, acima de tudo, porque vive-se uma era de muitas incertezas. Isso não impede, entretanto, que algumas hipóteses possam ser alinhavadas, visando justamente construir um clima de reflexão.

É muito provável que os sistemas previdenciários serão impactados com tudo o que se está vivendo atualmente. Não apenas no Brasil como no mundo. Um primeiro provável impacto da pandemia na Previdência diz respeito ao desemprego e ao trabalho informal. Com as dificuldades impostas pelas medidas de isolamento, para conter o aumento de internações em hospitais, muitas empresas encerraram as suas atividades e muitas pessoas perderam seu emprego.

Havendo desemprego e trabalho informal, o nível de proteção previdenciária invariavelmente será reduzido, pois, sem a contribuição previdenciária e esgotados os períodos em que o cidadão segue vinculado aos sistemas de previdência, não será possível o reconhecimento do direito às prestações.

Outro reflexo importante diz respeito à expectativa de vida da população brasileira. Considerando que, desde os anos quarenta, segundo o IBGE, os brasileiros têm vivido mais, fica o questionamento se poderá haver diminuição desta expectativa, nos próximos anos, em face da quantidade expressiva de óbitos ocorridos, bem como em razão dos sintomas das doenças que poderão advir após o controle da pandemia.

A idade mínima como requisito de aposentadoria no regime geral e regimes próprios de Previdência Social, por exemplo, está diretamente ligada a tudo isso. E o contexto da expectativa de vida/sobrevida é sempre um dado relevantíssimo nestes sistemas, não apenas no Brasil como no mundo. Deverá haver alterações nesses dados após a pandemia? Eles serão levados em consideração pelos órgãos responsáveis por formular e gerir as políticas públicas? No âmbito da previdência privada, haverá equilíbrio na gestão dos planos e uma específica preocupação com o nível de proteção das pessoas envolvidas?

Outro aspecto fundamental são as fórmulas utilizadas pela Previdência e que possuem na sua estrutura a expectativa de vida/sobrevida como critério. É o caso do

fator previdenciário que, mesmo após a reforma de 2019, ainda tem aplicabilidade nas regras de transição, as quais incidirão sobre os proventos de aposentadorias de milhões de pessoas nos próximos anos.

Com relação às prestações em si, cujos dados estatísticos sobre requerimentos, deferimentos e indeferimentos deverão ser apresentados pelo INSS em seus boletins e anuários, merecem as prestações de risco especial atenção. No caso, os auxílios por incapacidade temporária e permanente, o auxílio-acidente e a pensão por morte.

Os auxílios por incapacidade são devidos às pessoas que se encontram impossibilitadas de trabalhar em razão de doença, com prognóstico de recuperação (temporárias) ou não (permanentes). O auxílio-acidente é devido quando, após cessada a incapacidade total para o trabalho, em razão de doenças, ainda restem sequelas que reduzam a capacidade para a atividade habitualmente desenvolvida. E, por fim, a pensão por morte é devida aos dependentes do segurado que vier a falecer.

Os dependentes, no caso da pensão por morte, são o cônjuge, os filhos e equiparados e os irmãos até 21 anos ou, se maiores, se forem inválidos ou deficientes, além dos pais. As demais prestações não deverão sofrer impactos maiores da pandemia, tais como o auxílio-reclusão, o salário-maternidade, o salário-família, e as aposentadorias programadas.

A atenção aos benefícios de risco deve se dar não apenas em face da contaminação da Covid-19 e seus sintomas, mas também em razão das eventuais sequelas, a nível populacional, que a pandemia poderá ocasionar. Inúmeras instituições estão investigando o que está sendo denominado de síndrome pós-covid.

Entre os sintomas prolongados mais comuns estão fadiga intensa, fraqueza, dor no corpo e déficits cognitivos. Problemas emocionais e psicológicos também, os quais podem persistir por muitos anos. Quais serão os impactos destas doenças no nível de requerimentos de prestações de benefício por incapacidade e morte?

Aliás, outro provável impacto da pandemia na Previdência diz respeito à gestão dos processos nos órgãos públicos e privados. Dentro de um contexto de restrição de convivência, medida imposta à população, em face do controle da contaminação, deverão os órgãos desenvolverem ferramentas digitais para a análise e a tramitação dos pedidos. A perícia indireta, já praticada em alguns órgãos, como no INSS, é um exemplo ilustrativo nesse sentido.

Por fim, cabe referir acerca do acidente de trabalho. Não há ainda dados uniformes sobre o reconhecimento do acidente de trabalho em face da pandemia. Deverá haver responsabilização dos empregadores pela contaminação dos empregados pela Covid-19? Haverá ajuizamento de ações regressivas por parte da

Previdência Social? Quais os reflexos da pandemia no reconhecimento da natureza acidentário dos benefícios de risco?

Todas as questões retratadas no presente artigo ganham relevância quando se constata que os impactos da pandemia nunca atingem apenas as pessoas individualmente envolvidas, mas a sociedade como um todo. Por isso que a reflexão sobre este assunto é de fundamental importância por parte dos órgãos governamentais, pelos institutos voltados ao estudo do tema e pelos organismos internacionais.

Não se deve perder tempo na investigação dos reflexos da pandemia na Previdência, garantindo-se, assim, a antecipação de riscos e das soluções para questões que serão enfrentadas num futuro próximo. Este artigo tem como objetivo chamar a atenção para este aspecto, em especial para que sejam incrementados os debates e estudos sobre o tema.

A POSSIBILIDADE DE CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL DE EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS EM COMUM E A EVOLUÇÃO NORMATIVA NO ÂMBITO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA SOCIAL DA UNIÃO

STÊNIO LEÃO GUIMARÃES: Advogado, inscrito na OAB/SE nº 12.371, Bacharel em Direito, graduado na Universidade Federal de Sergipe UFS, Especialista em Contabilidade Pública e Responsabilidade Fiscal no Centro Universitário UNINTER, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá UNESA e Especializando em Direito Processual Civil pelo Complexo Educacional Renato Saraiva.

Resumo: O direito de conversão de tempo especial em tempo comum fora alvo de avanços e retrocessos ao longo de mais de 15 anos. Tal direito tem o escopo de compensar o servidor público que em algum momento de sua vida, no exercício do labor, fora exposto a agentes nocivos que prejudicam a saúde e que no momento de sua aposentadoria, irá se aposentar de forma comum. O presente trabalho busca, através de uma pesquisa normativa e jurisprudencial, demonstrar a origem desse direito na administração pública federal, abordando os primeiros marcos regulatórios, seu aperfeiçoamento e findando na recente edição do Tema 942 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal. O recente entendimento tem convidado o Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC) a se adaptar, promovendo inúmeros desafios para os órgãos competentes.

Palavras-chave: Tempo especial. Conversão. Trabalho em exposição a agentes nocivos.

Abstract: The right to convert from special time to ordinary time had been the object of advances and setbacks over more than 15 years. Such right has the scope of compensating the public servant who, at some point in their life, in the exercise of his work, was exposed to harmful agents that jeopardize his health and who, at the time of his retirement, will retire in a common way. The present work seeks, through a normative and jurisprudential research, to demonstrate the origin of this right in the federal public administration, addressing the first regulatory frameworks, its improvement and ending in the recent edition of Theme 942 of general repercussion of the Supreme Court. The recent understanding has invited the Civil Personnel System of the Federal Administration (SIPEC) to adapt, promoting numerous challenges for the competent agencies.

Keywords: Special time. Conversion. Work on exposure to harmful agents.

Sumário: 1. Introdução. 2. A evolução normativa da conversão de tempo especial em comum no âmbito do regime próprio de previdência da união. 3. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A conversão de tempo especial em tempo comum é um tema que suscita debates na administração pública federal há mais de 15 anos. Neste período, o Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC) teve que se adaptar às inúmeras mudanças regulatórias.

Tal cenário gerou grandes desafios para o Órgão Central do SIPEC, que tem competência em regular a matéria de pessoal no âmbito do poder executivo federal, personificado atualmente pelo Ministério da Economia, de acordo com o Parágrafo Único do Art. 17 da Lei Federal nº 7.923/1989.

O direito aqui estudado tem a missão de compensar o servidor público que em algum momento de sua vida, no exercício do labor, fora exposto a agentes nocivos que prejudicam a saúde e que, no momento de sua aposentadoria, irão se aposentar de forma comum.

Trata-se, portanto, de uma ferramenta de justiça social, trazendo o equilíbrio necessário entre os trabalhadores. Afinal, para ter acesso às aposentadorias comuns, não é necessário qualquer tipo de exposição, senão a efetiva contribuição previdenciária ao regime de previdência.

O presente trabalho busca, através de uma pesquisa normativa e jurisprudencial, demonstrar a origem desse direito na administração pública federal, abordando o surgimento dos primeiros marcos regulatórios e seu aperfeiçoamento. Será citado ainda, fatos que interferiram no processo de concessão desse direito aos servidores.

Por fim, com a edição do Tema 942 de repercussão geral do Supremo Tribunal Federal, serão apontados os caminhos pelos quais o poder executivo federal deverá percorrer, no sentido de promover regulamentação apropriada ao tema, tornando acessível tal direito na via administrativa.

2. A EVOLUÇÃO NORMATIVA DA CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM NO ÂMBITO DO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DA UNIÃO

A possibilidade de conversão de tempo especial em tempo comum para os funcionários celetistas que estavam em condições insalubres antes da Lei federal nº 8.112/90, surgiu através de uma consulta do Senador Renan Calheiros, então

Presidente do Senado Federal, ao Tribunal de Contas da União que resultou no Acórdão nº 2008/2006 - Plenário. Cita-se a ementa:

Consulta. Pessoal. Contagem de tempo de serviço para concessão de aposentadoria estatutária com o aproveitamento de tempo especial prestado sob condições insalubres, perigosas ou penosas. O servidor público que exerceu, como celetista, no serviço público, atividades insalubres, penosas ou perigosas, no período anterior à vigência da Lei 8.112/90 tem direito à contagem especial de tempo de serviço para efeito de aposentadoria; todavia, para o período posterior ao advento da Lei 8.112/90, é necessária a regulamentação do art. 40, § 4º, da Constituição Federal, que definirá os critérios e requisitos para a respectiva aposentadoria.

Este Acórdão forçou o órgão Central do SIPEC, o então Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão - MPOG, a produzir a Orientação Normativa nº 3/2007 SRH/MPOG. A referida Orientação Normativa, além de reconhecer como direito a conversão de tempo especial para tempo comum visando aposentadoria, estabelece que serão observadas as tabelas de conversão utilizadas pelo RGPS (vide Decreto Federal nº 3048/99).

Posteriormente, foi editado a Orientação Normativa nº 7/2007 SRH/MPOG, que estabeleceu a competência do Instituto Nacional do Seguro Social em atestar o tempo especial de exposição sob condições insalubres, penosas e perigosas ou atividades com Raios X e substâncias radioativas via Certidão de Tempo de Contribuição - CTC, fixando ainda, como a informação deve estar contida na CTC. A supracitada Orientação Normativa fixa ainda os documentos de apresentação para fins de prova da efetiva exposição ao agente nocivo e o fator de conversão do tempo especial em tempo comum.

Para a mulher, o fator de conversão seria 1,2, já que se estaria convertendo o tempo que ensejaria aposentadoria aos 25 anos de tempo de contribuição para outra em que era exigido 30 anos de tempo de contribuição. Na mesma lógica, para o homem, o fator seria 1,4, pois seria convertido o tempo especial para a aposentadoria aos 25 anos de tempo de contribuição para outra em que era exigido 35 anos de tempo de contribuição.

O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, através de seu Presidente, enviou o Ofício nº 1.191/INSS/PRES, de 12 de dezembro de 2007 ao MPOG, no sentido de manifestar a desnecessidade da Certidão de Tempo de Contribuição do período celetista no próprio órgão por parte da autarquia previdenciária. Afirmou-se que a averbação deveria ser realizada de forma automática pelo órgão ou entidade de

origem do servidor, conforme o Art. 247 da Lei Federal nº 8.112/90, bem como o Art. 441 da Instrução Normativa PRES/INSS nº 77/2015.

Acatando tal indicação, o então Ministério de Planejamento, Orçamento e Gestão emanou o Ofício-Circular nº 17/2007-SRH/MP afirmando ser desnecessária a emissão de Certidão de Tempo de Contribuição por parte do INSS. Ou seja, a partir de 21/12/2007, a competência para verificar e conceder a conversão de tempo especial em tempo comum passou a ser do órgão de origem do servidor, como se percebe no trecho:

2. O reconhecimento do período de trabalho vinculado ao RGPS exercido antes da edição da Lei nº 8.112, de 1990, em condições especiais ou não, pelos servidores públicos que continuam vinculados aos órgãos ou entidades desde a mudança do regime jurídico ou na inatividade destes, poderá ser realizado pelo órgão ou entidade de origem do servidor, não havendo a necessidade de emissão de Certidão por parte daquele Instituto.

Em 2010, a SPPS/MPS - Secretaria de Políticas de Previdência Social vinculada ao Ministério da Previdência Social, responsável por orientar e supervisionar a organização e manutenção dos regimes próprios de previdência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, emitiu a Instrução Normativa MPS/SPS nº 1, de 22 de julho de 2010. Citemos a ementa:

Estabelece instruções para o reconhecimento do tempo de serviço público exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física pelos regimes próprios de previdência social para fins de concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos amparados por Mandado de Injunção.

Tal Instrução Normativa regulou sobremaneira a forma de comprovação do tempo especial aos RPPS. Estabelecendo marcos temporais de presunção de tempo especial, bem como as tabelas de enquadramento de agente nocivo usando como fonte os diversos Regulamentos da Previdência Social que figuraram no ordenamento jurídico.

Vale mencionar que o AC nº 3129/2010-TCU-Plenário endossou o Acórdão nº 2008/2006-TCU-Plenário esclarecendo a contagem de tempo especial como direito do servidor e permitindo a contagem de tempo especial de qualquer ente da federação:

CONSULTA. CÔMPUTO, COM ACRÉSCIMO, PARA EFEITO DE APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA, DO TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO COMO CELETISTA, NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL OU MUNICIPAL, SOB CONDIÇÕES INSALUBRES, PERIGOSAS OU PENOSAS, NO PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.112/1990. DÚVIDA SUSCITADA NA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO TCU, MEDIANTE O ACÓRDÃO Nº 2008/2006-PLENÁRIO. CONHECIMENTO EM CARÁTER EXCEPCIONAL. ESCLARECIMENTOS A RESPEITO DA MATÉRIA. A contagem especial de tempo de serviço, para efeito de aposentadoria estatutária, admitida pelo Acórdão nº 2008/2006-TCU-Plenário, diz respeito ao tempo de serviço prestado como celetista, no serviço público, sob condições insalubres, perigosas ou penosas, no período anterior à vigência da Lei nº 8.112/1990, em qualquer esfera de governo (federal, estadual ou municipal).

As inovações promovidas pela Instrução Normativa MPS/SPPS nº 1/2010, apoiadas pelo AC nº 3129/2010 - TCU – Plenário, tornaram a ON nº 7/2007 SRH/MPOG e o Ofício-Circular nº 17/2007 SRH/MP obsoletos, necessitando de uma regulamentação apropriada. A atualização veio com a Orientação Normativa nº 15/2013 SGP/MPOG de 24/12/2013.

A supracitada Orientação Normativa, através do Art. 21, solicitou a revisão de todas as conversões realizadas anteriormente com base na ON nº 7/2007 SRH/MPOG, respeitando o direito ao contraditório e à ampla defesa no que tange a regularização de dados financeiros e cadastrais conforme a ON nº 4/2013 SEGEP/MPOG.

Observa-se que houve proteção aos atos já registrados no Tribunal de Contas da União, assim como se protegeu os servidores que perceberam alguma vantagem financeira com base na conversão realizada conforme ON nº 7/2007 SRH/MPOG. Desta forma, fora determinado que os servidores nessa situação não iriam repor ao erário público, conforme Súmula nº 34 de 2008 da AGU.

Em 2017, o Ministério Público Federal - MPF ajuizou, em face da União, a Ação Civil Pública nº 0010487-53.2017.4.01.3400 JFDF, distribuída na 6ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal, tendo como objetivo tornar nulo o Capítulo II da ON nº 15/2013 SGP/MPOG. A intenção da ação judicial era ampliar o rol de documentos que comprovariam a efetiva exposição em condições especiais, ou pelo menos, flexibilizar tal comprovação.

O MPF obteve uma sentença favorável anulando o Capítulo II da ON nº 15/2013 SGP/MPOG e atualmente a sentença é alvo de recurso de Apelação na 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

No entanto, o então Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão - MPDG, sendo intimado da sentença na Ação Civil Pública, emitiu o Ofício Circular nº 37/2018-MP, para todos os órgãos do poder executivo federal, informando a suspensão de toda ON nº 15/2013 SRH/MPOG, até que se "conclua os estudos dos novos requisitos para a comprovação do tempo laborado em condições especiais ou até a reversão da decisão supra."

Este ofício assegurou os atos de conversão produzidos com base na supracitada Orientação Normativa até 25 de janeiro de 2018, data da intimação da sentença. Desde então, os órgãos setoriais/seccionais do SIPEC não poderiam realizar a conversão de tempo especial em tempo comum.

Em fevereiro de 2020, fora publicada a Portaria nº 4.191-2020 SGDP-ME, que exauriu a eficácia das ONs nº 15/2013 e 07/2007. O exaurimento de um ato normativo está ligado a eficácia do mesmo. Ou seja, no exaurimento da eficácia de um ato, significa que para o órgão central do SIPEC os motivos que impulsionavam sua existência não mais se mantêm.

Outrossim, a Portaria nº 4.191-2020 SGDP-ME encerra a eficácia da ON nº 15/2013 SGP/MPOG, que já estava suspensa desde 25/01/2018, pelo Ofício Circular nº 37/2018-MP. Deste modo, a supracitada portaria impede a atividade do órgão do poder executivo federal em reconhecer tempo especial e convertê-lo para tempo comum.

Todavia, em 2020 o STF, ao analisar o *leading case* RE 1.014.286/SP, editou o Tema 942 de repercussão geral sobre a viabilidade de conversão de tempo especial por exposição a agente nocivos em tempo comum para cumprimento de requisito em aposentadoria. A decisão causa grande impacto visto que abre inúmeras possibilidades na administração pública, citemos:

Até a edição da Emenda Constitucional nº 103/2019, o direito à conversão, em tempo comum, do prestado sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física de servidor público decorre da previsão de adoção de requisitos e critérios diferenciados para a jubilação daquele enquadrado na hipótese prevista no então vigente inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição da República, devendo ser aplicadas as normas do regime geral de previdência social relativas à aposentadoria especial contidas na Lei 8.213/1991 para viabilizar sua concretização enquanto não sobrevier lei complementar disciplinadora da matéria. Após a vigência da EC n.º 103/2019, o direito à conversão em tempo comum, do prestado sob

condições especiais pelos servidores obedecerá à legislação complementar dos entes federados, nos termos da competência conferida pelo art. 40, § 4º-C, da Constituição da República.

Conforme já exposto, o reconhecimento do direito de conversão do tempo especial em tempo comum se dava ao tempo celetista antes do Regime Jurídico Único, de acordo com a jurisprudência pretérita. Para o tempo posterior ao Regime Jurídico Único, o entendimento era de que seria necessária uma Lei para regulamentar a aposentadoria por exposição a agentes nocivos.

Essa lei nunca fora editada, motivo pelo qual somente se convertia o tempo especial do regime celetista antes do RJU.

O Tema 942 de repercussão geral estabelece duas possibilidades jurídicas com base na data de entrada em vigor da EC nº 103/2019. A primeira possibilidade se refere ao tempo laborado de forma especial antes da publicação da EC nº 103/2019, em 13/11/2019. Nessa situação os Regimes de Previdência Social poderão realizar a conversão do tempo especial, devidamente comprovado, seja pelo PPP – Perfil Profissiográfico Previdenciário e LTCAT – Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho relativo ao tempo laborado no próprio órgão e através de Certidão de Tempo de Contribuição de outro regime previdenciário, relativo ao tempo laborado em outros entes da federação ou da iniciativa privada.

A segunda possibilidade jurídica de conversão se refere ao tempo laborado de forma especial após a publicação da EC nº 103/2019, em 13/11/2019. Para tal situação, a retromencionada Emenda Constitucional traz vedação expressa para o Regime Geral de Previdência Social – RGPS, conforme §2º do Art. 25 da EC 103/2019 e §14 do Art. 201 da CRFB/88, e para o Regime Próprio de Previdência Social da União, de acordo com o §3º do Art. 10 da EC nº 103/19. Aos Regimes próprios dos Estados e Municípios, é possível a conversão de tempo especial em comum, desde que haja no ordenamento jurídico local, uma lei que regulamente a matéria, conforme o disposto § 4º-C do Art. 40 da CRFB/88 com a redação dada pela EC nº 103/19.

Vale observar que a existência de norma que permita a conversão nos Estados e Municípios não vincula o RGPS e o RPPS da União que tem vedação expressa nesse sentido.

Esse entendimento foi adotado pela Subsecretaria de Regimes Próprios de Previdência Social – SRPPS, através da Nota Técnica SEI nº 792/2021/SRPPS/SPREV/SEPRT/ME de 21/01/2021, que fora aprovada através do Despacho nº 846/2021/SPREV/SEPRT/ME da Secretaria de Previdência vinculada à Secretaria Especial de Previdência e do Trabalho do Ministério da Economia.

Há que se destacar que nada impede do tempo laborado de forma especial, atestado via Certidão de Tempo de Contribuição, seja contabilizado de forma comum, ou ainda seja utilizado para concessão da aposentadoria especial por exposição a agente nocivo.

É importante mencionar que em 2019, o poder executivo federal emanou a Medida Provisória do “Pente Fino” nº 871. Essa norma tem o escopo coibir fraudes ao sistema previdenciário, bem como regular outros assuntos, em especial a contagem de tempo de serviço.

A supracitada Medida Provisória fora convertida na Lei Federal nº 13.846/2019 que inseriu um importante dispositivo dentro da Lei Federal nº 8.213/91 sobre a certificação de tempo de contribuição anterior ao Regime Jurídico Único. Citemos:

Art. 96. O tempo de contribuição ou de serviço de que trata esta Seção será contado de acordo com a legislação pertinente, observadas as normas seguintes:

(...)

VII - é vedada a contagem recíproca de tempo de contribuição do RGPS por regime próprio de previdência social sem a emissão da CTC correspondente, ainda que o tempo de contribuição referente ao RGPS tenha sido prestado pelo servidor público ao próprio ente instituidor; (Incluído pela Lei nº 13.846, de 2019)

Desta forma, o tempo de contribuição do funcionário celetista laborado antes do Regime Jurídico Único deve ser certificado pelo Instituto Nacional do Seguro Social. Então, cabe ao INSS reconhecer tal tempo como especial via Certidão de Tempo de Contribuição.

Por consequência, houve a necessidade de regular e delinear a interpretação na nova legislação. Desta feita, o INSS emanou a Instrução Normativa nº 101/2019 INSS/PRES que fixou:

Art. 16. O INSS emitirá CTC, para fins de contagem recíproca, ainda que o tempo de contribuição ao regime geral de previdência social - RGPS tenha sido prestado por servidor público ao próprio ente instituidor, inclusive nas situações de averbação automática.

(...)

Art. 25. A partir de 18 de janeiro 2019, o tempo de contribuição no RGPS, que tenha sido prestado pelo servidor público ao próprio ente instituidor, deve ser certificado pelo INSS, para benefícios concedidos pelos Regimes Próprios de Previdência Social- RPPS.

A Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal vinculada ao Ministério da Economia emanou a Nota Técnica SEI nº 10.648/2019/ME, fixando em seu Item 11 a competência do INSS para emitir CTC do funcionário celetista que fora inserido no Regime Jurídico Único.

Deste modo, o tempo laborado especial no regime celetista antes da criação do Regime Jurídico Único, Lei Federal nº 8.112/90, embora tenha sido laborado no próprio órgão federal, deve ser atestado por uma Certidão de Tempo de Contribuição emitida pelo INSS.

A Nota Técnica SEI nº 792/2021/SRPPS/SPREV/SEPRT/ME que orienta os Regimes Próprios de Previdência Social a respeito de como interpretar o Tema 942 de repercussão geral, apesar de estabelecer os limites de possibilidade da conversão, não adentra nos detalhes da operacionalização do reconhecimento do tempo especial, apontando genericamente as normativas do Regime Geral de Previdência Social.

A ausência de uma norma operacional aos Regimes Próprios de Previdência Social causa enorme insegurança jurídica, tanto aos entes da federação, como aos servidores afetados. Vale mencionar que o Órgão Central do SIPEC (Secretaria de Gestão e Desempenho de Pessoal vinculado à Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia), que possui a competência em normatizar a matéria no âmbito do poder executivo federal, ainda não se manifestou sobre o tema.

Segundo a retromencionada Nota da SRPPS, a Advocacia geral da União emitiu o Parecer nº 96/2020/SGCT/AGU que "orienta as unidades de contencioso da AGU a reconhecer a procedência do pedido, não contestar, não impugnar o cumprimento de sentença, não apresentar embargos à execução, não recorrer e a desistir de recursos interpostos, quando a pretensão deduzida pela parte adversa ou a decisão judicial estiver em consonância com a tese firmada no RE nº 1.014.286 (tema 942)".

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União, através do Acórdão Nº 12.356/2020 – TCU – 1ª Câmara de relatoria do Ministro Benjamin Zymler, já se posicionou sobre o assunto. A Câmara tinha como objeto julgar o ato de registro de concessão de aposentadoria por invalidez permanente de acordo com a EC nº 70/12.

O TCU considerou legal o ato de registro de aposentadoria com conversão de tempo especial em tempo comum para uma servidora pública federal no fator de conversão 1,2 (de 25 anos de tempo de efetiva exposição para 30 anos de tempo de contribuição). Vale mencionar que fora aplicado o supracitado fator em todo o tempo laborado no órgão antes da EC nº 103/2019, incluindo o período laborado no Regime Jurídico Único (Lei Federal nº 8.112/90).

Outro ponto importante é que o relator reconheceu a especialidade do tempo de contribuição através do Perfil Profissiográfico Previdenciário, apontando, desta forma, a necessidade da efetiva comprovação de exposição da servidora ao agente nocivo.

É necessário destacar que em seu voto, o relator justifica seu entendimento com base no recente posicionamento do STF através do Tema nº 942 de repercussão geral.

O Acórdão do Tribunal de Contas da União inaugura novo entendimento sobre o tema, já que o Plenário, através dos Acórdãos nº 2.008/2006 e 911/2014, fixou o entendimento de que somente era possível converter o tempo especial em tempo comum do funcionário celetista anterior ao Regime Jurídico Único (Lei Federal nº 8.112/90).

O Acórdão proferido pela Primeira Câmara merece toda atenção, já que está em sintonia com o novo entendimento do STF, além de que as Câmaras têm competência originária em julgar a matéria, conforme disposto no Art. 17 do Regimento Interno do TCU.

Outrossim, é necessário que o Ministério da Economia, como órgão Central do SIPEC, regulamente a matéria no sentido de possibilitar o acesso ao direito de conversão do tempo especial em tempo comum, bem como criar um procedimento unificado para toda administração pública federal. Tais medidas estarão em sintonia com o Supremo Tribunal Federal e o Tribunal de Contas da União.

3. CONCLUSÃO

Como se percebe, a possibilidade de conversão de tempo especial em tempo comum é deveras tormentosa na administração pública federal. O ministro Edson Fachin, em seu voto na definição do Tema 942 de repercussão geral, afirmou que a conversão do tempo especial em tempo comum é um mecanismo de ajuste da relação de trabalho.

O trabalhador que esteve exposto a agentes nocivos que danificam a saúde deve ser compensado de alguma forma, caso se aposente numa modalidade de aposentadoria comum.

Como a aposentadoria comum somente exige tempo de contribuição sem qualquer tipo de condição especial, seria injusto o profissional que esteve em contato com agentes nocivos não ter uma compensação temporal em detrimento daquele trabalhador que em nenhum momento expôs a sua saúde no desenvolvimento de suas atribuições.

O tema 942 de repercussão geral possibilita, mais uma vez, a conversão de tempo especial em tempo comum, devendo o Ministério da Economia, como Órgão Central da SIPEC regulamentar o procedimento para o Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal.

Atualmente a administração pública federal tem negado os pedidos de conversão dos servidores, por ausência de regulamentação. A única norma sobre o assunto era a ON nº 15/2013 SRH/MPOG, que fora suspensa em 2018 e teve seus efeitos exauridos em 2020.

Por outro lado, a novel jurisprudência do Supremo Tribunal Federal impõe ao Instituto Nacional do Seguro Social a necessidade de atestar, via Certidão de Tempo de Contribuição, o tempo especial de exposição a agentes nocivos do período anterior ao Regime Jurídico Único para o funcionário celetista, conforme alterações promovidas pela Lei Federal nº 13.846/2019. Desta forma, o INSS deverá atualizar seu procedimento de emissão de Certidão de Tempo de Contribuição para que reconheça o tempo especial e possibilite que o Regime Próprio de Previdência da União converta para tempo comum.

Outrossim, diante das novidades, surgem desafios que demandarão uma comunicação estreita entre as instituições no sentido de atender a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. **Emenda Constitucional Nº 103, de 12 de Novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 8.112/90**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 13.846/2019.** Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade; altera as Leis nos 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.783, de 28 de junho de 1989, 8.112, de 11 de dezembro de 1990, 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.213, de 24 de julho de 1991, 8.742, de 7 de dezembro de 1993, 9.620, de 2 de abril de 1998, 9.717, de 27 de novembro de 1998, 9.796, de 5 de maio de 1999, 10.855, de 1º de abril de 2004, 10.876, de 2 de junho de 2004, 10.887, de 18 de junho de 2004, 11.481, de 31 de maio de 2007, e 11.907, de 2 de fevereiro de 2009; e revoga dispositivo da Lei nº 10.666, de 8 de maio de 2003, e a Lei nº 11.720, de 20 de junho de 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13846.htm. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 7.923/89.** Dispõe sobre os vencimentos, salários, soldos e demais retribuições dos servidores civis e militares do Poder Executivo, na Administração Direta, nas Autarquias, nas Fundações Públicas e nos extintos Territórios, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7923.htm. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. **Medida Provisória nº 871/2019.** Institui o Programa Especial para Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade, o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade, o Bônus de Desempenho Institucional por Análise de Benefícios com Indícios de Irregularidade do Monitoramento Operacional de Benefícios e o Bônus de Desempenho Institucional por Perícia Médica em Benefícios por Incapacidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv871.htm. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 3.048/1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 53.831/1964.** Dispõe sobre a aposentadoria especial instituída pela Lei 3.807, de 26 de agosto de 1960. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d53831.htm. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema 942 de repercussão geral**. Recurso Extraordinário nº 1014286/SP. Relator(a): Min. GILMAR MENDES Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 2008/2006 - Plenário**. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3129/2010 – Plenário**. Relator: Valmir Campelo. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 12.356/2020 – Primeira Câmara**. Relator: Benjamin Zymler. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Advocacia Geral da União. **Súmula Nº 35, de 16 de Setembro de 2008**. Diário Oficial da União nº 180 de 17/09/2008, Seção 1, Pág. 6. Disponível em: <https://www.gov.br/impresanacional/pt-br>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Tribunal Regional Federal da Primeira Região. **Ação Civil Pública Processo nº 0010487-53.2017.4.01.3400**. Juíza: Ivani Silva da Luz. Consulta Processual. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Orientação Normativa nº 4/2013**. Estabelece os procedimentos a serem adotados, pelos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Pública Federal - SIPEC, para a regularização de dados financeiros e cadastrais de servidores, aposentados e beneficiários de pensão, civil. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Orientação Normativa nº 3/2007**. Estabelece orientação sobre a contagem especial de tempo de serviço para efeito de aposentadoria ao servidor que exerceu, no serviço público, atividades insalubres, penosas e perigosas, submetido ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho-CLT, até a edição da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, consoante o

Acórdão 2008/2006 - TCU Plenário, publicado no Diário Oficial da União de 6 de novembro de 2006. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Orientação Normativa nº 7/2007**. Estabelece orientação quanto aos procedimentos a serem adotados para a contagem de tempo de serviço e de contribuição, especial ou não, para efeitos de aposentadoria do servidor público regido pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Orientação Normativa nº 15/2013**. Estabelece orientações aos órgãos e entidades do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC quanto aos procedimentos a serem adotados para comprovação e conversão em tempo comum do tempo de serviço público especial prestado por servidores submetidos ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) de que trata o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, em período anterior à vigência do regime jurídico, instituído pela Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Secretaria de Políticas De Previdência Social. **Instrução Normativa nº 1/2010**. Estabelece instruções para o reconhecimento, pelos Regimes Próprios de Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, do direito à aposentadoria dos servidores públicos com requisitos e critérios diferenciados, de que trata o art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, com fundamento na Súmula Vinculante nº 33 ou por ordem concedida em Mandado de Injunção. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2016/06/INSTRUNORMATIVASPSn01de22jul2010atualizadaat26mai2014-2.pdf>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. **Instrução Normativa PRES/INSS nº 77/2015**. Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social, com observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal de 1988. Diário Oficial da União nº 15 de 22/01/2015, Seção 1, Pág. 32. Disponível em: <https://pesquisa.in.gov.br/imprensa/jsp/visualiza/index.jsp?jornal=1&data=22/01/2015&pagina=32>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Resolução TCU Nº 246/2011**. Altera o Regimento Interno do Tribunal de Contas da União, aprovado pela Resolução TCU nº

155, de 4 de dezembro de 2002. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A81881E759554320175B9B7432F27CB>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Ministério da Economia. **Nota Técnica SEI nº 792/2021**. Análise do sentido e alcance da tese fixada pelo supremo tribunal federal para o Tema nº 942 da repercussão geral. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/legislacao-dos-rpps/notas/nt-792_6178-conversao-de-tempo-especial.pdf. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Ministério da Economia. **Nota Técnica SEI nº 10648/2019**. Conversão de tempo especial em comum. Processo nº 00190.106727/2017-66. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Ministério da Economia. **Despacho nº 846/2021**. Conversão de tempo especial em comum. Análise da tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário nº 1014286/STF (tema nº 942). Aprovação da Nota Técnica SEI nº 792/2021/ME e da Nota Técnica SEI nº 6178/2021/ME. Disponível em: https://www.gov.br/previdencia/pt-br/assuntos/previdencia-no-servico-publico/legislacao-dos-rpps/notas/nt-792_6178-conversao-de-tempo-especial.pdf. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. **Ofício nº 1.191/INSS/PRES, de 12 de dezembro de 2007**. Assunto: Orientação Normativa MP/SRH nº 7/2007. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/detalhar/5908>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Ofício-Circular nº 17/2007**. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Ofício-Circular nº 37/2018**. Assunto: Suspensão dos efeitos da Orientação Normativa nº 15, de 2013. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 17 de abril de 2021.

_____. Ministério da Economia. **Portaria Nº 4.191/ 2020**. Declara a revogação de atos normativos e o exaurimento de atos editados no âmbito do órgão central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal - SIPEC. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 17 de abril de 2021.

Alienação parental: consequências e responsabilidade civil do guardião alienador no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro

MARCELO MENDES PINTO:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário UNA, Bom Despacho – MG.

ANDRÉ DOS SANTOS CARDOSO

(coautor)¹

RESUMO: Este estudo versa sobre alienação parental, tendo como desdobramentos suas consequências na formação da dignidade da pessoa humana e no princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, bem como responsabilidade civil do guardião alienador e medidas jurídicas existentes a combater a sua efetivação. Por se tratar de um estudo de revisão teórica sistemática, os métodos e técnicas utilizados são embasados em pesquisa bibliográfica, caráter descritivo e abordagem qualitativa, efetivada por busca e seleção de materiais bibliográficos publicados física e eletronicamente, tais como livros, artigos, e-books, periódicos, dissertações e teses. Para a realização de uma exploração adequada e satisfatória do tema proposto, a apresentação descritiva de alguns assuntos associados se mostrou fundamental, destacaram-se: o conceito, as características e a efetivação da alienação parental, importância da proteção da dignidade da pessoa humana e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, e as alternativas jurídicas para o combate à alienação parental, que incluem, entre outras, guarda compartilhada, advertência, penalidades impostas ao alienador e perda ou reversão do exercício da guarda. Ao final são apresentadas as principais conclusões do estudo, incluindo principais fragilidades observadas no ordenamento jurídico pertinente ao tema e sugestões de medidas de combate ao comportamento parental.

Palavras-chave: Alienação Parental. Responsabilidade civil. Alienador. Dignidade da pessoa Humana. Direito de Família.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Alienação Parental: conceito e efetivação; 2.1 Conceito de dignidade da pessoa humana; 2.2 Princípio constitucional garantidor da dignidade da pessoa humana; 2.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente; 3. Responsabilidade civil do alienador; 3.1 Do dever de indenizar; 4. Alternativas jurídicas no combate à alienação parental; 4.1 Guarda compartilhada; 4.2

¹ Aluno do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário UNA, Bom Despacho – MG.

Advertência; 4.3 Imposição de penalidade ao alienador; 4.4 Perda ou reversão do exercício de guarda; 5. Conclusão; 6. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este estudo tem como tema principal a alienação parental, buscando destacar as suas consequências na formação da dignidade da pessoa humana e a responsabilidade civil do guardião alienador no contexto do ordenamento jurídico brasileiro.

Entende-se que, tanto no cenário familiar quanto no âmbito jurídico, a alienação parental se configura como um grave problema que pode gerar impactos sociais e psicológicos para as famílias, a sociedade e especialmente para a criança ou adolescente que sofre com essa interferência ou influência por parte de um dos seus genitores, e, muitas vezes pelos dois (PAIANO; FERRARI; SACOMAN, 2020). Nesse sentido, torna-se relevante elucidar os diversos aspectos jurídicos e psicológicos que envolvem tal situação, bem como os princípios constitucionais mais relevantes para a garantia da dignidade da pessoa humana e os mecanismos legais que visam combater essa prática.

A alienação parental se configura como um procedimento realizado por uma das partes envolvidas, tanto pai quanto mãe, com a intenção de programar a criança para que odeie e se afaste do outro genitor. Consiste, portanto, em uma forma de introduzir ou promover o afastamento ou desligamento da criança ou adolescente da convivência com um dos genitores, provocando prejuízos aos vínculos existentes com este e interferindo de forma negativa na formação psicológica e social do filho vítima desse processo (SILVA; SANTOS, 2013; CALÇADA, 2015).

Deve-se compreender ainda que a alienação parental se efetiva por meio de um processo que busca transformar a consciência dos filhos, com a evidente intenção de reduzir ou eliminar o relacionamento existente com um dos pais. Essa prática incorpora a utilização de artifícios que visam à neutralização do exercício da autoridade parental do genitor não guardião ou daquele que possui menor influência sobre os filhos, especialmente no que diz respeito aos deveres de criação e educação (OLIVEIRA, 2015; MONTEZUMA; PEREIRA; MELO, 2017). Por isso, a alienação parental constitui um ato de abuso do direito e de cerceamento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, violando ainda o direito fundamental à convivência familiar saudável (GERBASE *et al.*, 2012; SILVA; SANTOS, 2013; SILVA, 2015; PAIANO; FERRARI; SACOMAN, 2020).

Nesse âmbito, em que a atual perspectiva do direito de família mantém estreita relação com o princípio constitucional da dignidade humana, uma vez que, ao tentar

dificultar a convivência familiar do filho, aspecto indispensável à formação de seu caráter, autoestima e liberdade de relação social, o genitor alienador passa a se contrapor à dignidade do seu próprio filho, ferindo os princípios constitucionais.

A partir do contexto descrito, busca-se responder à seguinte questão de pesquisa: quais são as consequências da alienação parental na promoção e respeito da dignidade da pessoa humana e a possibilidade de responsabilidade civil do guardião alienador?

Como hipótese, considera-se que o processo de alienação parental tende a provocar diversas consequências danosas para a criança ou adolescente vítima do genitor alienador, assim como para o genitor alienado e seus familiares e que, por isso, deve existir a reparação civil, no tocante aos danos morais sofridos, devendo o alienador ser exigido para reparar tais danos.

O objetivo principal do estudo é apresentar as principais consequências decorrentes da alienação parental na formação da dignidade da pessoa humana e a responsabilidade civil do guardião alienador. Como objetivos específicos, têm-se: (1) descrever os principais conceitos relacionados à alienação parental; (2) identificar e descrever os princípios constitucionais relacionados à proteção da dignidade da pessoa humana; (3) e apresentar as alternativas jurídicas para o combate à alienação parental.

A escolha do tema proposto se deu, primeiramente, em razão da importância que o mesmo possui para a compreensão de seus aspectos dentro ordenamento jurídico brasileiro, especificamente no contexto do direito civil e no âmbito familiar. Entende-se que, por se tratar de um tema atual e de grande relevância e repercussão tanto na área jurídica quanto no seio familiar da sociedade brasileira, torna-se pertinente a elaboração e apresentação deste estudo. Considera-se ainda que a prática da alienação parental possa trazer diversos impactos negativos para a criança ou adolescente alienado, bem como para as relações e vínculos entre os familiares envolvidos e, por isso, considera-se a necessidade de expor os principais aspectos sociais e jurídicos associados a esse tema, bem como a importância de contribuição para a disseminação de informações acerca de suas consequências e responsabilidades civis e jurídicas.

Trata-se de um estudo de revisão teórica, embasado pela pesquisa bibliográfica, de caráter descritivo e abordagem qualitativa. A escolha desse conjunto de métodos e técnicas se procedeu em razão do mesmo se mostrar adequado à ampla exploração do tema abordado e à consecução satisfatória dos objetivos propostos. A metodologia fundamentada pela pesquisa bibliográfica se efetiva a partir de levantamento de materiais já analisados e publicados, com o objetivo de sustentar os pressupostos teóricos que servem como referência para a definição, resolução e exploração

adequada de problemas, fenômenos ou eventos investigados pelo estudo realizado (LAKATOS; MARCONI, 2010).

2 ALIENAÇÃO PARENTAL: CONCEITO E EFETIVAÇÃO

Inicialmente, torna-se importante conceituar a alienação parental, demonstrando o dispositivo da Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010, em seu art. 2º:

Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este (BRASIL, 2010).

Além de incluir a sua definição no ordenamento jurídico, essa proposição da referida lei estabelece um rol exemplificativo de comportamentos que caracterizam a alienação parental, por intermédio da obstrução do efetivo convívio entre a criança ou adolescente e o genitor alienado, de forma a sinalizar que tais atitudes merecem reprimenda estatal. Pode-se compreender, assim, que entre essas ações alienadoras encontram-se os atos de: impedir o contato telefônico do outro genitor com o filho, apresentar o novo companheiro (a) do outro genitor para o filho como se fosse seu novo pai ou mãe, evitar ou impedir o outro genitor de exercer seu direito á visitação, tomar decisões sobre o filho sem consultar o outro genitor, entre tantos outros (EBAID; ROTTA, 2015; SILVA, 2015).

Cabe reconhecer na alienação parental uma prática que se configura como uma forma de abuso emocional, podendo provocar graves consequências de ordem psicológica e comportamental na criança ou adolescente e, nesse contexto, pode ainda representar abuso, no âmbito do poder familiar, de desrespeito aos direitos de personalidade da criança em formação (EBAID; ROTTA, 2015).

Tal conceito também remete à sua efetivação por intermédio de um processo que busca transformar a consciência do filho, com o propósito de reduzir ou eliminar os vínculos afetivos entre o mesmo e o outro genitor, aspecto que ocorre, na prática, através do exercício do poder familiar, normalmente se valendo da responsabilidade de criar e educar os filhos, posto que tais atos propiciem a construção de um relacionamento baseado na confiança entre pais e filhos (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2013).

Portanto, destaca-se que:

A alienação parental pressupõe a utilização de artifícios que visem neutralizar o exercício da autoridade parental do genitor não guardião, ou daquele que tem menos influência sobre os filhos, principalmente no que se refere aos deveres de criação e educação – embora a obrigação alimentar continue hígida (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2013, p.5).

Ao se compreender a alienação parental como uma forma de abuso, deve-se situar tal pressuposto à fundamentação legal estabelecida pelo artigo 187 do Código Civil, que estabelece que: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2002). Nesse sentido, deve-se pontuar que, no abuso de direito, há o ato do exercício ilegítimo de um direito legítimo, pois aquele que assim o executa ultrapassa os limites estabelecidos pela ordem jurídica e pela ordem social, além do que o direito de família se configura como campo fértil para aplicação da teoria do abuso de direito (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2013).

Nesse contexto, torna-se pertinente evidenciar o entendimento de Pereira (2010), destacando que:

[...] o vocábulo “alienação” diz respeito, aqui, a um estado de alheamento à realidade por parte da pessoa atuante ou da que seja atingida, beirando as raias da “alienação mental” do agente alienador, como uma verdadeira doença psíquica com graus variados de intensidade, conforme as circunstâncias e o seu grau de desenvolvimento (PEREIRA, 2010, p.237).

Pode-se, então, definir o conceito de alienação parental como aquele comportamento que foi adotado pelo guardião, ou terceiro que tenha autoridade sobre a criança/adolescente, em induzi-la ao ódio para com o genitor alienado, de forma injustificada, fazendo-o ser desmoralizado e destruindo a sua imagem, trazendo impedimento ao convívio de ambos, interferindo na formação psicológica de sua prole (FREITAS, 2015; PEREIRA, 2010).

O art. 2º da Lei 12.318/10 dispõe sobre as condutas que caracterizam a efetivação da alienação parental, exemplificando, em seu parágrafo único que:

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

- I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
- II – dificultar o exercício da autoridade parental;
- III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
- IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
- V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
- VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
- VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós (BRASIL, 2010).

Observa-se que esse artigo retrata as formas exemplificativas da alienação parental, onde sua declaração ocorre pelo juiz ou perícia, sendo esses atos feitos diretamente pelo guardião ou até mesmo por terceiros. É possível observar vários exemplos com situações em qual o guardião alienador tenta, de algum modo, prejudicar o ex-companheiro. Desse modo, a lei tenta resguardar, de certo modo, o direito da pessoa prejudicada pela alienação do guardião junto ao menor (BRASIL, 2010).

Torna-se oportuna a considerar o julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO DAS FAMÍLIAS – PROCESSUAL CIVIL – SENTENÇA – OBRIGAÇÃO DE FAZER: TERCEIRO: VALIDADE: INTERPRETAÇÃO– GUARDA UNILATERAL – DIREITO DE CONVIVÊNCIA – VÍNCULO COM O PAI: FACILITAÇÃO – ALIENAÇÃO PARENTAL – REGIME DE VISITAS: ALTERAÇÃO – ROTINA DA CRIANÇA: PRESERVAÇÃO – CONTESTAÇÃO: INEXISTÊNCIA. 1. A sentença que, ao impor obrigação de fazer à mãe, faz menção ao atual marido dela, estranho à lide, é válida se se interpreta o dispositivo no sentido

de que a obrigação foi imposta com exclusividade à parte, que deve cumpri-la sem a interferência de terceiros. 2. A mãe que tem a guarda unilateral de filho menor deve facilitar o exercício da autoridade parental, o contato dele com o pai e o exercício do direito regulamentado de convivência, sob pena de praticar ato de alienação parental. 3. Cabe a alteração do regime de visitas se não prejudica a rotina do filho e a pretensão não foi contestada pela parte contrária. (Relator (a): Des.(a) Oliveira Firmo, data de Julgamento: 28/11/2017, Data da publicação da súmula: 07/12/2017) (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2017a).

Foi advertido à mãe da criança, que tem a guarda unilateral, que facilitasse o contato do pai para com o filho, pois a prática de interferência da genitora em proibição de visitas ou até mesmo psicológica é dada como prática do ato de alienação parental.

É muito comum numa dissolução de um casamento, quando um dos cônjuges se sente traído, rejeitado ou até mesmo abandonado, a falta de preparo emocional para lidar com essa nova situação, já que todos os sentimentos advindos desse processo estão relacionados à autoestima daquele que se sente dessa forma (DIAS, 2010; PENA JÚNIOR, 2014). E uma das formas encontradas por quem sofre nesse processo é se vingar do ex-cônjuge, iniciando assim, “[...] um processo de destruição, desmoralização, de desmoralização daquele que é considerado o responsável pela separação” (DIAS, 2010, p.15).

Um dos guardiões – senão os dois – acaba travando uma “batalha” para com o ex-cônjuge, e passa a utilizar o filho, que é a parte mais fraca do processo litigioso, para atingir seu objetivo de vingança, resultando no afastamento da prole em relação ao genitor alienado. Para alcançar tal objetivo, o guardião não mede esforços e muito menos consequências para afastar o filho do convívio do alienado, causando um grande sentimento de ódio, revolta, abandono e rejeição do filho para àquele que causou tanto sofrimento (GERBASE *et al.*, 2012; SILVA; SANTOS, 2013).

Com o tempo, decorrendo o processo de divórcio ou dissolução da convivência marital, é natural que os filhos se sintam fragilizados, e nesse momento tão delicado para a prole, o guardião acaba utilizando da fragilidade do filho para que o mesmo sinta um sentimento de abandono e desamor para com o genitor, e vivendo toda essa situação, vendo somente um dos lados, ele acaba interiorizando toda dinâmica imposta implicitamente, desacreditando no amor de um dos genitores, causando assim o afastamento da prole para com o genitor (GERBASE *et al.*, 2012 SILVA; SANTOS, 2013; SILVA, 2015) .

2.1 Conceito de dignidade da pessoa humana

Conceitualmente, torna-se pertinente ressaltar que dignidade humana e dignidade da pessoa humana, apesar de serem termos análogos, possuem significados distintos, pois, enquanto a dignidade humana se refere à humanidade, devendo ser entendida como uma qualidade comum a todos os homens, a dignidade da pessoa humana dirige-se ao homem individualmente. A dignidade da pessoa humana, portanto, se relaciona ao homem concreto e individual, ao passo em que a dignidade humana está associada à coletividade, considerando-se a todos os homens, como um conjunto (ZISMAN, 2016).

A dignidade da pessoa enquadra-se nos direitos da denominada primeira geração, e trata da dignidade do ser humano, titular por natureza de sua racionalidade e de sua liberdade; já a dignidade humana se refere aos direitos da terceira geração, que inclui proteção ao meio ambiente, à autodeterminação e ao desenvolvimento. No entanto, cabe evidenciar que “O direito à dignidade existe sem positividade. O Estado não cria direito, apenas os positiva, efetiva (e assim facilita) a sua proteção – os direitos são preexistentes” (ZISMAN, 2016, p.23).

Conceituar dignidade talvez não seja tão fácil quanto se acredita. Porém, é possível dizer que o conceito de dignidade está estritamente ligado à ideia de respeito, que toda pessoa, como ser diferenciado e singular, tem o direito de ter. Falando desse binômio dignidade-respeito, pode-se definir a dignidade como sendo o valor intrínseco que todo ser humano tem composto pela sua honestidade, seu senso de justiça, moral, ou seja, é um conjunto de valores que dá ao ser humano a condição de cidadão digno que, diferentemente dos objetos, não é possível ser valorado financeiramente (SCHMITT, 2015; ZISMAN, 2016).

Ao buscar delinear o conceito da dignidade da pessoa humana, em seu contexto histórico, cultural e jurídico, Barroso (2010) apresenta três observações significativamente relevantes. A primeira atenta para o fato de que a dignidade da pessoa humana integra o conteúdo dos direitos materialmente fundamentais, mas sem se confundir com qualquer um deles, ao mesmo tempo em que não se configura a dignidade como um direito fundamental em si, ponderável com os demais. A segunda entende que, muito embora seja qualificada como valor ou princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana não possui caráter absoluto, mas deve ter precedência na maioria das situações em que se choca com outros princípios, mas considerando-se ainda que, em contextos específicos, alguns de seus aspectos poderão ser sacrificados em favor de outros valores individuais ou sociais, como na pena de prisão, na expulsão de estrangeiro ou na proibição de determinadas formas de expressão. A terceira observação pondera a dignidade da pessoa humana se aplica tanto nas

relações entre indivíduo e Estado quanto nas relações privadas, sociais e familiares (BARROSO, 2010).

Assim, Barroso (2010) propõe que:

A dignidade humana, então, é um valor fundamental que se viu convertido em princípio jurídico de estatura constitucional, seja por sua positivação em norma expressa seja por sua aceitação como um mandamento jurídico extraído do sistema⁴⁶. Serve, assim, tanto como justificação moral quanto como fundamento normativo para os direitos fundamentais. [...] A identificação da dignidade humana como um princípio jurídico produz conseqüências relevantes no que diz respeito à determinação de seu conteúdo e estrutura normativa, seu modo de aplicação e seu papel no sistema constitucional (BARROSO, 2010, p.11-12).

Quando se fala em dignidade da pessoa humana, não se deve esquecer que a pessoa humana, no seu mais amplo e irrestrito conceito, é o principal objeto de respeito e proteção e, à condição de ser humano, estando atrelada aos direitos garantidos pelo Estado, devendo ser um princípio observado e respeitado por todos. Por isso, a defesa da dignidade da pessoa humana, estabelecida como princípio político-constitucional, extrapola todas as generalidades teóricas, projetando-se sobre o campo da plena efetivação dos direitos fundamentais. Ainda, a dignidade da pessoa humana designa uma referência constitucional unificadora de todos os direitos (PEREIRA, 2010; SCHMITT, 2015).

“A dignidade é um macro princípio sob o qual irradiam e estão contidos outros princípios e valores essenciais como a liberdade, autonomia privada, cidadania, igualdade e alteridade” (PEREIRA, 2010, p.114). Para o autor, o princípio da dignidade humana, está relacionado diretamente com outros princípios desenvolvedores da personalidade humana, demonstrando que tal princípio para o ser humano, está envolvido na construção da imagem da sua pessoa, fazendo com que, havendo a dignidade, o ser humano obtenha outros valores tão importantes quanto (PEREIRA, 2010).

Assim, pautado na Carta Magna e, considerando o nosso Estado democrático de direito, não se admite pensar e/ou adotar qualquer ato, ou conduta, que desconsidere os fundamentos da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e do pluralismo político assim, para a ciência do Direito, todo ser humano tem o mesmo valor e seus direitos estão vinculados à existência da dignidade da pessoa humana.

2.2 Princípio constitucional garantidor da dignidade da pessoa humana

Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos Humanos garantiu a todos, universalmente, o direito à dignidade, sendo esse direito indisponível e, considerado um princípio geral do direito, ele deve ser o pilar de toda e qualquer democracia. Vejamos o que diz a Declaração Universal dos Direitos Humanos: “Artigo I - Todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948).

Com a promulgação da Carta Magna em 1988 e, sendo o Brasil um Estado democrático de direito, já no seu Título I, Dos Princípios Fundamentais, o artigo 1º, ratificou o texto já trazido na Declaração Universal dos Direitos Humanos, garantindo a todos o direito à dignidade da pessoa humana, conforme a seguir.

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;

V – o pluralismo político (BRASIL, 1988).

O princípio da dignidade da pessoa humana está diretamente relacionado às necessidades básicas e universais do ser humano (saúde, moradia, educação e liberdade) e, como tal, é direito garantido constitucionalmente, não podendo ser modificado e/ou suprimido por qualquer que seja o Estado. Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é um princípio geral do Direito que norteia e sustenta toda a ideia e prática do Estado Democrático de Direito, não se admitindo pensar em direitos fundamentais desvinculados do conceito de dignidade.

A dignidade da pessoa humana é, e sempre será um valor idêntico que todo ser humano tem porque é racional. Não há relatividade da capacidade que permita eliminar a razão de um ser humano; é por isso que, do ponto de vista ético, no Direito, todo ser humano tem o mesmo valor. Se a dignidade é hoje um princípio constitucional, isso é resultado de uma conquista histórica. É o reconhecimento de que não importam quais sejam

as circunstâncias ou qual o regime político, todo ser humano deve ter reconhecido pelo Estado o seu valor como pessoa, e a garantia, na prática, de uma personalidade que não deve ser menosprezada ou desdenhada por nenhum poder (PEREIRA, 2010, p.118).

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), em seu artigo 18, cuidou de zelar pela garantia à dignidade do menor, ficando essa garantia a cargo de todos, principalmente da família por ser ela detentora de maior encargo, tendo em vista o seu dever de poder familiar, resguardando o bem-estar do filho, garantindo-lhe uma vida digna, suprindo-lhe as necessidades básicas e assegurando-lhe o desenvolvimento satisfatório, no seu mais amplo sentido (físico, moral e religioso). O citado artigo preceitua que “É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor” (BRASIL, 1990).

2.3 Princípio do melhor interesse da criança e do adolescente

Quando se trata de direito do menor, tanto a doutrina e, até mesmo a jurisprudência, têm zelado por preservar o princípio do melhor interesse da criança. E, em se tratando de dissolução do casamento, com filho, qualquer que seja a decisão que se busca, esse foco não vai mudar. Com o intuito de garantir a proteção à criança e ao adolescente, preservando-lhes um desenvolvimento digno e saudável e, assegurando-lhes esse direito, buscou o legislador dar à família o dever de proporcionar aos filhos as melhores condições para que esses possam ter um desenvolvimento e crescimento satisfatório (TOALDO; RIEDER; SEVERO, 2010; DIAS, 2015).

Observa-se, então, o art. 227, da Constituição Federal:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Também o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) tratou não só de cuidar dos direitos da criança e do adolescente, como também trouxe no bojo de alguns artigos, a exemplificação de condutas, que visam o interesse e desenvolvimento satisfatório do filho menor, como fez nos incisos I a VII do seu artigo 16.

O direito à liberdade compreende os seguintes aspectos:

- I - ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;
- II - opinião e expressão;
- III - crença e culto religioso;
- IV - brincar, praticar esportes e divertir-se;
- V - participar da vida familiar e comunitária, sem discriminação;
- VI - participar da vida política, na forma da lei;
- VII - buscar refúgio, auxílio e orientação (BRASIL, 1990).

Assim, em ambos os diplomas, o que se pode constatar é a grande preocupação que teve o legislador em relação à hipossuficiência da criança e do adolescente em guiar e conduzir a sua vida, face à evidente imaturidade que caracteriza essa fase de qualquer ser humano em desenvolvimento. Todo esse entendimento encontra-se explicitado na redação dos arts. 3º e 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 3º: A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 6º: Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento (BRASIL, 1990).

Como se pode observar, o ECA consagrou o princípio da igualdade ao determinar, em seu artigo 5º, que: "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais" (BRASIL, 1990). Assim, compreende-se que a principal função social da família se destina à busca da realização pessoal de seus integrantes, considerando, com maior ênfase, a criança e ao adolescente como sujeitos em

desenvolvimento, cujas personalidades irão se moldar em decorrência das relações e do diálogo sócio-afetivo (DIAS, 2015).

Além dos princípios basilares do Estatuto da Criança e do Adolescente, devem ainda ser levados em conta os princípios diretamente associados à verdadeira importância que a família possui para a formação de seus filhos menores, ou seja, o princípio da responsabilidade parental e o princípio da prevalência em família. Esses princípios significam que a intervenção deve ser efetuada de maneira tal que os pais assumam seus deveres e responsabilidades para com os filhos e para com a promoção de seus direitos e proteção, devendo ser conferidas prevalências àquelas medidas que mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa (DIAS, 2015).

Cabe ainda destacar, no âmbito do enfoque priorizado por este estudo, que, mesmo considerando-se a efetivação do divórcio entre os cônjuges, o direito de convivência familiar permanece, ainda que seja concedida a guarda unilateral a um dos genitores, pois é nessa premissa que repousa o direito de visitas (DIAS, 2015). Por isso, no contexto da proteção e garantia do melhor interesse da criança e do adolescente, compreende-se que, assim como ambos os pais têm o dever de assistir os filhos no que diz respeito às necessidades materiais e emocionais, prevalecendo sempre o melhor interesse do menor, ambos detêm o direito à visitação que, caso não seja respeitado, implica no descumprimento da Constituição e na desvalorização dos filhos, ferindo seus direitos personalíssimos (TOALDO; RIEDER; SEVERO, 2010).

Diante de todo o aparato legal, o que se espera dos aplicadores do Direito é a total proteção jurídica ao menor, de forma maximizada, garantindo-lhe um desenvolvimento pleno e saudável.

3 RESPONSABILIDADE CIVIL DO ALIENADOR

O Código Civil de 1916 incumbia ao homem o pátrio poder sobre a família (família patriarcal), diferentemente do Código Civil atual, regulamentado pela Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que, baseado também no art. 227 da Constituição Federal, trouxe significativas mudanças em diversas áreas, dentre elas a social, política e jurídica. Esse dispositivo inferiu ainda inovações quanto à família, delegou ao marido e esposa conjuntamente, o gerenciamento da família, surgindo o instituto do poder familiar, dando para ambos direitos e deveres de gerir assuntos pertinentes ao matrimônio (BRASIL, 1916; BRASIL, 2002).

Dessa forma, preceituam o art. 227 da Constituição Federal e também os artigos 1631 e 1632 do Código Civil:

Art. 227 – É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o

direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988).

Art. 1.631 – Durante o casamento e a união estável, compete o poder familiar aos pais; na falta ou impedimento de um deles, o outro o exercerá com exclusividade (BRASIL, 2002).

Art. 1.632 – A separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram as relações entre pais e filhos senão quanto ao direito, que aos primeiros cabe, de terem em sua companhia os segundos (BRASIL, 2002).

Com a inclusão da mulher no mercado de trabalho, onde a mãe tinha como ocupação e/ou obrigação de cuidar dos filhos, houve a conseqüente evolução familiar, já que deixou para trás toda essa cultura, e hoje se vê cada vez mais inserida no mercado produtivo de trabalho e com relevante destaque.

Frente a essa realidade, o homem também assumiu os direitos e deveres que foram determinados pelo Estado, em forma de lei, relativos ao filho menor. Toda essa nova realidade fica bem evidente quando em dissolução de união estável ou divórcio, o guardião disputa juntamente com a guardiã a guarda do filho, o que tempos atrás, não tão remotos, era de exclusividade da genitora (SILVA, 2015; REFOSCO; FERNANDES, 2018).

É importante destacar que o poder familiar exercido pelos pais se dá pela única razão do filho não ter condições de gerir sua própria vida, seja pela idade ou por não conseguir seu próprio sustento, mesmo que de forma mínima. Ou seja, o filho ainda não tem capacidade de mando e comando dos próprios interesses, fazendo com que os pais tenham de fazer em razão do filho (SILVA, 2015).

O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) traz em seu art. 73 que inobservar as normas de prevenção importarão em responsabilidade da pessoa física ou jurídica nos termos da própria lei (BRASIL, 1990).

Portanto, quando há irregularidade no exercício do poder familiar, como ocorre da constatação da alienação parental, é possível afirmar que o guardião alienador responderá pela negligência e pelos danos morais sofridos ao filho, podendo figurar no polo ativo da ação tanto um dos genitores como o filho manipulado (SIMÃO, 2014; REFOSCO; FERNANDES, 2018).

Sobre a responsabilidade civil, deve-se levar em conta que:

É a aplicação de medidas que obriguem uma pessoa a reparar o dano moral ou patrimonial causado a terceiros, em razão de ato por ela mesma praticado, por pessoa por quem ela responde, por alguma coisa a ela pertencente ou de simples imposição legal (DINIZ, 2014, p.32).

Diante do conceito exposto, é possível compreender que quando qualquer pessoa sofre um dano por um direito violado por outra pessoa, tal violação deve ser sanada através de indenização, ou seja, o indivíduo será responsabilizado civilmente por seu ato lesivo, que na maioria das vezes, será reparado com a obrigação de pagamento pecuniário. Por isso, é necessário esclarecer que responsabilidade civil de reparação, pode advir de uma ou várias ações ou omissões do indivíduo, que praticou ou deixou de praticar determinado ato (DINIZ, 2014; REFOSCO; FERNANDES, 2018).

Em se tratando de responsabilidade civil, é importante destacar que a mesma pode ser contratual ou extracontratual, sendo subjetiva ou objetiva. A responsabilidade civil contratual é vinculada diretamente a uma relação de contrato. Já a responsabilidade civil extracontratual, não está vinculada a um contrato especificamente, mas sim as relações de um modo geral. Em tempo, destaca-se que a responsabilidade civil que se comprova o dano, normalmente é suficiente para que se exija o direito de indenizar (PENA JÚNIOR, 2014; REFOSCO; FERNANDES, 2018).

Quanto à responsabilidade subjetiva, a regra do art. 186 do Código Civil (BRASIL, 2002) estabelece da necessidade da presença de quatro elementos, que são: conduta, nexos causal, dano e culpa. Já na responsabilidade civil objetiva, a regra do parágrafo único do art. 927 do referido Código afirma que a culpa não é levada em conta, sendo comprovada a conduta causadora do dano, o agente terá responsabilidade, não se discutindo o elemento culpa (BRASIL, 2002).

Nos artigos anteriormente mencionados, é possível vislumbrar que:

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

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do

dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (BRASIL 2002).

Portanto, após ser declarada a alienação parental por parte do guardião ou terceiro responsável pelo menor, é possível se falar em responsabilidade civil subjetiva, sendo aquela que se tem a necessidade de demonstrar os elementos citados anteriormente, quais sejam, ato ilícito, nexos causal, dano e culpa. Reunindo todos os elementos essenciais, há em se falar em responsabilidade civil subjetiva e sua devida indenização. Destaca-se que o filho menor é totalmente dependente de seus pais, tanto no aspecto afetivo quanto no aspecto material. Dessa forma, a alimentação do menor é de extrema importância para o desenvolvimento físico saudável e intelectual da pessoa humana, sendo que o afeto também é imprescindível na formação da sua personalidade. Todos os fatores aqui expostos têm único foco: a garantia a todos os princípios à dignidade da pessoa humana, sendo direito esse consagrado na Constituição Federal (PENA JÚNIOR, 2014; REFOSCO; FERNANDES, 2018).

3.1 Do dever de indenizar

Preceitua o Código Civil (2002), em seu título IX, DA RESPONSABILIDADE CIVIL, Capítulo I, DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR, em seu art. 927: "Aquele que, por ato ilícito [...], causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo" e art. 932: "São também responsáveis pela reparação civil: I – os pais, pelos filhos menores que estiverem sob sua autoridade e em sua companhia" (BRASIL, 2002)

O Código Civil, em seu art. 186, versa que "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito" (BRASIL, 2002).

É importante destacar que, uma vez que os cônjuges não conseguem solucionar o desfecho do matrimônio de forma satisfatória ou saudável, constatando-se a alienação parental desenvolvida a partir do desequilíbrio do guardião, pode-se admitir a possibilidade do filho ou até mesmo o ex-cônjuge, pleitear a reparação civil no tocante a indenização por danos morais e materiais causados (GERBASE *et al.*, 2012; SILVA; SANTOS, 2013; DIAS, 2015).

Na mesma linha de entendimento temos o julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul:

E M E N T A – APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – ALIENAÇÃO PARENTAL PRATICADA PELO PAI EM RELAÇÃO À GENITORA – PRESCRIÇÃO AFASTADA – MATÉRIA PRECLUSA – EX-MARIDO QUE REALIZOU VÁRIOS

BOLETINS DE OCORRÊNCIA SEM FUNDAMENTAÇÃO CONTRA A GENITORA – PROVAS CONTUNDENTES NOS AUTOS – DANOS CAUSADOS À GENITORA E À FILHA – QUANTUM INDENIZATÓRIO – FIXADO EM R\$ 50.000,00 (CINQUENTA MIL REAIS) – INVERSÃO DOS ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA – APELO PROVIDO. A prescrição foi matéria objeto de decisão saneadora nos autos do processo, contra a qual não houve interposição de recurso por nenhuma das partes, de modo que se operou a preclusão consumativa quanto a tal ponto, não cabendo mais ao magistrado pronunciar-se quanto ao tema em nenhum grau de jurisdição, sob pena de ferir-se o princípio da segurança jurídica. Verificada a prática de atos de alienação parental pelo apelado, os quais geraram prejuízos de grande monta a filha e danos morais à sua genitora, verificam-se os danos morais. In casu, tem-se que R\$ 50.000,00 constitui "quantum" capaz de compensar os efeitos do **prejuízo moral sofrido**, bem como de inibir que o requerido torne-se reincidente, atendendo aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Prescrição afastada. Recurso provido. (TJ-MS - AC: 08272991820148120001 MS 0827299-18.2014.8.12.0001, Relator: Des. João Maria Lós, Data de Julgamento: 03/04/2018, 1ª Câmara Cível, Data de Publicação: 05/04/2018)

Tal indenização tem caráter pedagógico, para que iniba a reincidência de tal dinâmica comportamental por parte do guardião-alienador, e ao mesmo tempo, com caráter satisfatório, para que amenize os sofrimentos suportados pelo filho alienado ou genitor. Dessa forma, há a necessidade de esclarecer que o caráter compensatório ao alienado não tem vínculo algum com a quantificação monetária do amor ou desamor, mas sim pela função pedagógica, gerando no alienador a "consciência de um dever maculado" (SIMÃO, 2014; FREITAS, 2015).

Como retratado inicialmente, a Carta Maior, em seu art. 227, já estabelece que "[...] é dever da família [...] assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, [...] o direito à vida, à saúde, à alimentação, [...] à convivência familiar e comunitária [...]" (BRASIL 1988). É possível perceber que no artigo retro, o legislador quis garantir ao filho, além das atribuições básicas pertinentes aos cuidados familiares, também o dever dos pais no que se refere à companhia e guarda.

Para o pleno desenvolvimento de um filho, não basta somente a prestação de alimentos, o guardião, ao negar ao filho a assistência afetiva do genitor alienado (carinho, respeito, atenção, dedicação, etc.), está violando um dos direitos fundamentais inerentes ao filho, e também do guardião, garantido

constitucionalmente, e, nesses casos, o Estado não poderá impor ao guardião o cumprimento dessas obrigações para com o filho (FREITAS, 2015).

Ademais, cabe ressaltar que a criança tem o direito ao afeto e presença do genitor alienado, cabendo ao guardião o dever de concretização deste direito da criança, com base, principalmente, no conceito de dignidade da pessoa humana e no princípio do melhor interesse da criança.

4 ALTERNATIVAS JURÍDICAS NO COMBATE À ALIENAÇÃO PARENTAL

Identificada e declarada a prática da alienação parental, que poderá ser através de ação autônoma ou incidental, o juiz, após estudo individual de cada caso, poderá estabelecer algumas medidas, a fim coibir essa prática.

A Lei 12.318/2010, em seu art. 6º, enumera algumas medidas que o juiz pode aplicar ao guardião alienador, inclusive de forma cumulativa, em caso de evidente prática de alienação parental, vejamos o citado artigo:

Caracterizados atos típicos de alienação parental ou qualquer conduta que dificulte a convivência de criança ou adolescente com genitor, em ação autônoma ou incidental, o juiz poderá, cumulativamente ou não, sem prejuízo da decorrente responsabilidade civil ou criminal e da ampla utilização de instrumentos processuais aptos a inibir ou atenuar seus efeitos, segundo a gravidade do caso:

I – declarar a ocorrência de alienação parental e advertir o alienador;

II – ampliar o regime de convivência familiar em favor do genitor alienado;

III – estipular multa ao alienador;

IV – determinar acompanhamento psicológico e/ou biopsicossocial;

V – determinar a alteração da guarda para guarda compartilhada ou sua inversão;

VI – determinar a fixação cautelar do domicílio da criança ou adolescente;

VII – declarar a suspensão da autoridade parental.

Parágrafo único. Caracterizado mudança abusiva de endereço, inviabilização ou obstrução à convivência familiar, o juiz também poderá inverter a obrigação de levar para ou retirar a criança ou adolescente da residência do genitor, por ocasião das alternâncias dos períodos de convivência familiar (BRASIL, 2010).

Algumas delas são descritas a seguir.

4.1 Guarda compartilhada

Assim preleciona o art. 1583, parágrafo 1º do Código Civil sobre a guarda compartilhada: "Compreende-se [...] por guarda compartilhada a responsabilidade conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns" (BRASIL, 2002).

Akel (2009, p.158) assim discorre sobre a guarda compartilhada:

Certo é que a guarda compartilhada surgiu da necessidade de se encontrar uma maneira que fosse capaz de fazer com que pais, que não mais convivem, e seus filhos mantivessem os vínculos afetivos latentes, mesmo após o rompimento [...]. Na medida em que valoriza o convívio do menor com seus dois pais, esse novo modelo de exercício de guarda assume relevada importância, pois "mantém, apesar da ruptura, o exercício em comum da autoridade parental e reserva, a cada um dos pais, o direito de participar das decisões importantes que se referem à criança", ou seja, a guarda em conjunta não se limita apenas à noção de guarda, mas a um conjunto de prerrogativas que são exercidas pelos pais em relação aos filhos. [...] Diante disso, independente da situação existente entre os progenitores, a relação entre pais e filhos deverá ser contínua e perpétua, **não se admitindo qualquer tipo de limitação em virtude de problemas puramente conjugais.**

Havendo a constatação da prática da alienação parental por parte do guardião, uma das formas de solucionar o impasse travado entre os eis cônjuges, é a adoção da guarda compartilhada vez que essa restabelece o aspecto da parentalidade entre os genitores, que não cessa com a dissolução do casamento, visando e tendo sempre o objetivo de preservar o melhor interesse do menor, bem como o exercício do poder familiar de ambos os genitores.

APELAÇÃO CÍVEL – DIREITO CIVIL – FAMÍLIA – UNIÃO ESTÁVEL – ALIMENTOS – PENSÃO – CAPACIDADE DO ALIMENTANTE – NECESSIDADE DO ALIMENTADO – PROPORCIONALIDADE. Majora-se o valor dos alimentos se desproporcionais à relação entre a capacidade econômica do apelante e a necessidade do alimentante.

– GUARDA COMPARTILHADA – MEDIDA PROTETIVA: LEI MARIA DA PENHA – INVIABILIDADE – INDENIZAÇÃO – PERDA DE UMA CHANCE – ORDEM JUDICIAL – OMISSÃO – DANO MORAL – FIGURA PATERNA: NÃO COMPROMETIMENTO – DANO MATERIAL – RECEBIMENTO DE ALUGUEL: TERCEIRO: NEXO DE CAUSALIDADE. 1. Medida protetiva que proíbe a comunicação entre o pai e a mãe, deferida com base na Lei Maria da Penha, inviabiliza o compartilhamento da guarda do filho, que pressupõe o diálogo entre os guardiões. 2. A resistência injustificada e reiterada à visitação do filho pelo pai **caracteriza ato de alienação parental** tipificado no art. 2º, III e IV, da Lei nº 12.318/2010. 3. Não há nexo de causalidade entre a perda da chance de conviver com o filho se o pai, podendo fazer prevalecer a ordem judicial de visita, concedida em seu favor, permanece omissivo. 4. Se a alienação parental não comprometeu a imagem da figura paterna, não há dano moral indenizável. 5. Recibos de pagamento emitidos por terceiros descaracterizam o nexo de causalidade entre o prejuízo material alegado pelo requerente e a conduta da parte requerida.

TJMG 0169408-28.2015.8.13.0518 Relator. Des(a) Oliveira Firmo. Data de Julgamento: 31/10/2017. Data da Publicação: 14/11/2017 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2017b).

Nesse contexto, torna-se pertinente reafirmar que, também o menor é detentor do direito, que lhe é assegurado constitucionalmente, de convivência com os pais, visando seu pleno desenvolvimento físico, psíquico e espiritual, que se desenvolve através de seus laços afetivos e familiares.

4.2 Advertência

Quando instalada e declarada a alienação parental, a advertência é uma das formas que o judiciário tem para minimizar a incidência da síndrome da alienação parental, ou seja, adverte-se o guardião alienador quanto aos danos que o seu comportamento poderá causar ao filho menor.

Essa advertência que está prevista no art. 129, inciso VII, do Estatuto da Criança e do Adolescente é utilizada na situação em que o juiz, diante de um guardião alienador, se vê no dever de alertá-lo quanto aos malefícios que poderão advir de sua conduta, bem como as consequências que os filhos poderão vir a sofrer.

Como nos ensinam Cury, Silva e Mendez (2002, p.192):

[...] a advertência consiste numa admoestação verbal, reduzida a termo e assinada. Medida pedagógica, prevista no art. 115, será, sem dúvida, oportunidade de reflexão para os pais ou responsável que, assim, serão levados a reencontrar o trilho do processo educativo interrompido, talvez desfigurado.

A advertência é aplicada quando da constatação de indícios de Alienação Parental, sem, contudo, revelar dano para o filho menor com relação ao seu genitor alienado.

Portanto, a aplicação da advertência é o meio mais eficaz quando o juiz percebe a existência de atos de alienação parental.

4.3 Imposição de penalidade ao alienador

Em 1990, Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 249 já preconizava que:

Descumprir, dolosa ou culposamente, os deveres inerentes ao poder familiar ou decorrentes de tutela ou guarda, bem assim determinação da autoridade judiciária ou Conselho Tutelar: Pena – multa de três a vinte salários de referência, aplicando-se ao dobro em caso de reincidência (BRASIL, 1990).

Já a Lei 12.318,10 em seu art. 6º, inc. III também estipula a aplicação de multa ao alienador. A multa tem sido aplicada pela jurisprudência com o intuito de garantir o exercício do direito de visita. A seguir, apresentado acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO – DIREITO DE FAMÍLIA – **ALIENAÇÃO PARENTAL** - VEROSSIMILHANÇA DAS ALEGAÇÕES – INVERSÃO DA GUARDA: IMPOSSIBILIDADE – APLICAÇÃO DE

OUTRAS MEDIDAS: CABIMENTO – DECISÃO JUDICIAL: DESCUMPRIMENTO: **MULTA** – PROCEDIMENTO CRIMINAL EM CURSO – MEDIDAS PROTETIVAS: COOPERAÇÃO JUDICIAL. 1. Demonstrada, por laudos competentes, a prática de **alienação parental**, essa que pode até mesmo ter ensejado denúncia caluniosa na seara penal, tornam-se verossímeis as alegações da parte prejudicada, impondo-se, de imediato, a aplicação das medidas estabelecidas no art. 6º da Lei nº 12.318/2010, de modo a coibir a continuidade da prática, descabida, contudo, para a espécie, a inversão da guarda ou o encaminhamento da menor para a família extensa dada a gravidade dos fatos apresentados e a situação de extrema litigiosidade vigente. 2. Estabelecidos, por decisão liminar, os parâmetros para retomada dos contatos entre as vítimas da **alienação**, mas frustrado o desenvolvimento dos serviços por conduta renitente de uma das partes, que opõe empecilho ao cumprimento de decisão judicial vigente, resta caracterizado ato atentatório à dignidade da justiça (art. 14, V, do CPC), ensejando a aplicação da penalidade específica. 3. Diante do aparente conflito entre a esfera cível e a criminal, incumbe aos julgadores entabularem contatos para cooperação judicial, sem se furtarem do dever constitucional de prestar a jurisdição, tudo conforme legalmente determinado e incentivado por atos normativos do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e deste Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG)

TJ-MG 0798190-32.2014.8.13.0000 MG, Relator: Des.(a) Oliveira Firmo. Data de Julgamento: 28/07/2015, 6ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 31/07/2015 (TRIBUNA L DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS, 2015).

No que se refere à aplicação da pena de multa, Nery Júnior e Nery (2004) esclarece que o maior objetivo da multa é obrigar o réu (no caso o guardião) a cumprir a obrigação acordada, e a multa “[...] deve ser alta para que o devedor desista do seu intento de não cumprir a obrigação específica” (NERY JÚNIOR; NERY, 2004, p.858).

Quando a decisão determinar o direito de visitas com fulcro no art. 461, §§ 3º e 4º, do CC/2002, e houver descumprimento da ordem judicial, o juiz poderá aplicar a multa diária, independente do pedido do genitor alienado.

Assim decidiu a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais:

MULTA COMINADA – MANUTENÇÃO. A função da multa diária é compelir o acordante a cumprir a transação ou a decisão judicial. A multa objetiva atuar como meio de coerção legítimo e fazer com que a decisão judicial seja cumprida como determinado.

TJ-MG 5543055-35.2009.8.13.0702 MG. Relator. Des.(a) Vanessa Verdolim Hudson Andrade. Data de Julgamento: 19/05/2009. Data de Publicação: 23/06/2009 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2009).

Assim, pode-se ver claramente que ao aplicar a advertência o juiz estará forçando o guardião alienador a permitir que o filho conviva com o seu genitor alienado, caso contrário, terá que suportar o valor da multa previamente imposta.

4.4 Perda ou reversão do exercício da guarda

A fim de se evitar a reiteração dos atos de alienação nos deslindes conjugais que tramitam pelo judiciário, o magistrado poderá aplicar a pena da perda do exercício da guarda, ou seja, ocorre a reversão da guarda, que passa do guardião alienador para o genitor alienado.

Esse instituto está previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 129, inciso VIII, que diz: “São medidas aplicáveis aos pais ou responsáveis: VIII – perda da guarda” (BRASIL, 1990).

Sobre essa sanção, Milano Filho e Milano (2004, p.87) entendem que:

A perda da guarda é medida que retira provisoriamente o menor de seu guardião; pode ser considerada como forma transitória para a colocação do menor em lar substituto, com a gradual integração em sua nova relação. Assim, descuidando-se o guardião, maltratando ou não dispensando os cuidados necessários à criação e educação da criança e do adolescente, **criando situação difícil para o seu bem estar**, a perda da guarda é medida necessária, e pode ocorrer sem muito formalismo, desde que devidamente constatado o fato ensejador.

Essa alternativa jurídica ocorre nos casos em que há a constatação dos atos de alienação parental, devendo essa medida ser aplicada com a maior brevidade possível, a fim de que seja restabelecido o contato do filho e seu genitor alienado, visando sempre atender ao princípio do melhor interesse da criança ou do adolescente.

É apresentado, a seguir, um julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais quando da aplicação da reversão da guarda.

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE **GUARDA** E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS – PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE RECURSAL – RATIFICAÇÃO DO RECURSO – DESNECESSIDADE – REJEIÇÃO – **ALIENAÇÃO PARENTAL** – CARACTERIZAÇÃO - **INVERSÃO DE GUARDA** – NECESSIDADE – MELHOR INTERESSE DA MENOR – REGIME DE VISITAS.

– IGUALDADE ENTRE PAI E MÃE – DIREITO DE CONVIVÊNCIA – SENTENÇA CONFIRMADA – RECURSOS NÃO PROVIDOS.

– Não se aplica ao recurso de apelação, mas apenas ao recurso especial, o enunciado nº 418 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual "é inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação".

– **A prática de atos de alienação parental** por parte de um dos genitores, inclusive com o claro desinteresse em considerar a gravidade de suas consequências para a formação da menor, enseja a aplicação da medida de reversão da **guarda**.

– A regulamentação do direito de visitas deve observar perfeita igualdade de direitos dos genitores, sopesados os superiores interesses da menor, inclusive para preservação dos laços afetivos entre filha e a genitora que perdeu a **guarda**. Neste sentido, a pretensão do genitor de que seja instituído regime menos benéfico à mãe do que aquele que outrora lhe fora franqueado, sob o argumento de que ela pudesse ser menos merecedora, além de representar violação ao princípio da garantia ao melhor interesse do menor, configura ofensa ao princípio da isonomia.

– Recursos improvidos.

TJ-MG 7251250-45.2009.8.13.0024 MG. Relator. Des.(a) Carlos Levenhagen. Data de Julgamento: 20/03/2014. Data de Publicação: 28/03/2014 (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS, 2014).

Diante disso, vê-se que a aplicação da perda ou reversão da guarda tem o intuito de preservar e atender o princípio do melhor interesse da criança ou adolescente,

porém, se essa medida, de afastar o filho do guardião alienador, puder causar algum prejuízo à criança, outras medidas devem ser aplicadas a fim de que se coloque fim à alienação parental.

5 CONCLUSÃO

Este estudo buscou identificar as principais consequências da alienação parental na formação da dignidade da pessoa humana e a responsabilidade civil do guardião alienador, tendo a alienação parental como aspecto norteador de todos os assuntos abordados e descritos ao longo do seu delineamento. Nesse sentido, entende-se que os objetivos propostos inicialmente foram plenamente contemplados, assim como a temática abordada se mostrou devidamente explorada no contexto do direito de família, área de concentração de estudo.

É importante destacar, que os guardiões têm inúmeras responsabilidades com a sua prole, conforme foi evidenciado no decorrer deste trabalho, como o dever de cuidar, zelar e se importar com o bem estar da criança, e não com o próprio ego, conforme muitos genitores assim fazem, pois, na maioria das vezes, só trazem prejuízo ao menor, tendo como consequência os atos da alienação parental.

Por toda alienação provocada pelos genitores ou por um deles, é importante se destacar o dever de indenizar, que como retratado, constatando a alienação parental, é provado o desequilíbrio do guardião, que causa um dano ao menor e até mesmo ao outro guardião que sofre diretamente com a alienação do filho, devendo assim existir a reparação civil, no tocante aos danos morais sofridos, devendo o alienador ser exigido para reparar tais danos.

No âmbito da dignidade da pessoa humana, pode-se concluir que a efetivação da alienação parental configura a violação da proteção e garantia desse direito, e real desrespeito e desvalorização das crianças e adolescentes vitimados, ferindo, assim, princípios fundamentais preconizados pela Constituição Federal. Nesse sentido, verificou-se ainda que, independentemente da consumação do divórcio entre os pais, ambos têm direito à convivência e visitação aos filhos, assim como esses devem têm direito à proteção e garantia de seus melhores interesses.

Compreende-se que, conforme ressaltado, o ordenamento jurídico brasileiro, por intermédio da Lei da Alienação Parental (Lei nº 12.318/2010), busca tanto coibir a prática da alienação parental como estabelecer medidas punitivas para o genitor alienador, seja por meio da guarda compartilhada, da advertência ou da penalidade por meio de multa pecuniária, seja por intermédio da perda ou reversão da guarda do genitor alienador para o alienado. Nesse contexto, trata-se evidentemente de tentativas, incorporadas na legislação, para prover os filhos e genitores alienados de instrumentos que possam, a partir de seu pleno exercício, reverter tal situação e, senão

solucionar, pelo menor amenizar ou interromper as diversas consequências geradas pela alienação parental no seio familiar.

É possível observar que a própria Lei da Alienação Parental traz algumas penalidades através de multa ou até mesmo pela perda da guarda da criança alienada, gerando inúmeros prejuízos para a criança e para os genitores. Porém, percebe-se que tais punições poderiam ser mais severas, trazendo possíveis punições, no âmbito penal, haja vista que um direito fundamental (dignidade da pessoa humana) é violado pelo alienador, fazendo com que o menor, em muitos casos, saia profundamente abalado psicologicamente. Tendo-se como exemplo os casos em que a Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006) entende haver agressão psicológica contra a mulher, diversos casos de alienação parental podem se comparar a tais agressões exemplificativas, necessitando de intervenções mais rígidas, já que a criança é o ser mais frágil da relação.

De forma geral, entende-se que, apesar de suas limitações técnicas e empíricas, este estudo contribuiu para a evidência e um tema de grande relevância para a área do direito de família, pais, filhos e sociedade como um todo, suscitando reflexões mais profundas a respeito da alienação parental e os danos que podem ser provocados por suas consequências, tanto no contexto familiar quanto nas instâncias psicológicas, emocionais e afetivas dos filhos vítimas das ações relacionadas a tal comportamento. Ademais, entende-se como vital a realização de novos estudos, pesquisas e análises acerca do tema, uma vez que o mesmo ainda se encontra distante de ser esgotado ou obter consenso ou respaldo definitivo no âmbito jurídico.

6 REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. **Guarda compartilhada**: um avanço para a família. São Paulo: Atlas, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010. Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf>. Acesso em 06 dez. 2019.

BRASIL. Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Diário Oficial da União, 1916.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

BRASIL. Lei nº. 8.069, de 13 de julho de 1.990. **Institui o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília: Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. Lei Federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília: Diário Oficial da União, 2002.

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

BRASIL. Lei nº 12.318, de 26 de agosto de 2010. **Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Brasília: Diário Oficial da União, 2010.

CALÇADA, Andrea. A alienação parental, sua identificação, e as consequências para as crianças envolvidas: o que sente uma criança que vive a alienação parental? In: OLIVEIRA NETO, Álvaro de; QUEIROZ, Maria Emília Miranda de; CALÇADA, Andreia (orgs.). **Alienação parental e família contemporânea: um estudo psicossocial**. Recife: FBV / Devry, 2015.

CURY, Munir; SILVA, Antonio Fernando do Amaral e; MENDEZ, Emílio García (coords.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIAS, Maria Berenice. **Incesto e alienação parental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Manual dos direitos das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil**. São Paulo: Saraiva, 2014.

EBAID, Ana Augusta Rodrigues Westin; ROTTA, Daniela Cazarotti. Da alienação parental. *Colloquium Humanarum*, v. 12, n. esp. p.675-681, 2015.

FREITAS, Douglas Philips. **Alienação parental: comentários à Lei 12.318, de 26 de agosto de 2010**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GERBASE, Ana Brúsolo; DALA NORA, Jamille Voltolini; LEVY, Laura Affonso da Costa; BARUFI, Melissa Telles; ARAÚJO, Sandra Maria Baccara. **Alienação parental**: vidas em preto e branco. Porto Alegre: Escola Superior de Advocacia OAB/RS, 2012.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. São Paulo: Atlas, 2010.

MILANO FILHO, Nazir David; MILANO, Rodolfo César. **Estatuto da criança e do adolescente**: comentado e interpretado de acordo com o novo Código Civil. São Paulo: Leud, 2004.

MONTEZUMA, Márcia Amaral; PEREIRA, Rodrigo da Cunha; MELO, Elza Machado de. Abordagens da alienação parental: proteção e/ou violência. **Physis Revista de Saúde Coletiva**, v. 27, n. 4, p.1205-1224, 2017.

NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código civil anotado e legislação extravagante**: atualizado até 02 de maio de 2003. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

OLIVEIRA, Ana Lúcia Navarro. A alienação parental e suas implicações no contexto familiar. In: OLIVEIRA NETO, Álvaro de; QUEIROZ, Maria Emília Miranda de; CALÇADA, Andreia (orgs.). **Alienação parental e família contemporânea**: um estudo psicossocial. Recife: FBV / Devry, 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração dos Direitos Humanos**. Adotada e proclamada pela Resolução nº 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

PAIANO, Daniela Braga; FERRARI, Melissa Mayumi Suyama; SACOMAN, Sofia Sanches. Alienação parental: violação ao direito fundamental à convivência familiar saudável. **Revista Intertemas**, v. 25, p.7-23, 2020.

PENA JÚNIOR, Moacir Cesar. **Direitos das pessoas e das famílias: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2014.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Família e responsabilidade**: teoria e prática do direito de família. Porto Alegre: Magister, 2010.

REFOSCO, Helena Campos; FERNANDES, Martha Maria Guida. Entre o afeto e a sanção: uma crítica à abordagem punitiva da alienação parental. **Revista Direito GV**, v. 14, n. 1, p.79-98, jan./abr. 2018.

SILVA, Marta Rosa da; SANTOS, Elquissana Quirino dos. A alienação parental no contexto social da família: considerações e caracterização no ambiente jurídico. **Revista Científica do Centro de Ensino Superior Almeida Rodrigues**, ano I, ed. 1, p.56-62, jan. 2013.

SILVA, Philiane Ferreira Paulino da. A alienação parental em termos de poder. **Revista de Doutrina e Jurisprudência**, v. 107, n. 1, p.86-105, dez. 2015.

SIMÃO, Rosana Barbosa Cipriano. Soluções judiciais concretas contra a perniciosa prática da alienação parental. In: ASSOCIAÇÃO DE PAIS E MÃES SEPARADOS (org.). **Síndrome da alienação parental e a tirania do guardião**: aspectos psicológicos, sociais e jurídicos. Porto Alegre: Equilíbrio, 2014.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado; RODRIGUES, Renata de Lima. Alienação parental: aspectos materiais e processuais. **Civilística**, ano 2, n. 1, p.1-24, 2013.

TOALDO, Adriane Medianeira; RIEDER, Claudia Schmitt; SEVERO, Eliane Celina Goulart Leal. O direito à convivência familiar e a possibilidade jurídica da multa cominatória. **Justiça & História**, v. 10, n. 19/20, p.211-236, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento**: 1.0702.09.554305-5/001; 5543055-35.2009.8.13.0702 (1), de 19 maio 2009. Disponível em:
<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=2&paginaNumero=1&linhasPorPagina=1&numeroUnico=5543055-35.2009.8.13.0702&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 09 dez. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível**: 1.0024.09.725125-0/014; 7251250-45.2009.8.13.0024 (1), de 20 mar. 2014. Disponível em:
<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=7251250-45.2009.8.13.0024&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 27 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Agravo de Instrumento**: 1.0024.14.240618-0/001; 0798190-32.2014.8.13.0000 (1), de 28 jul. 2015. Disponível em:
<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.14.240618-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 20 mar. 2021.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível**: 1.0145.13.071669-2/002; 0716692-95.2013.8.13.0145 (1), de 28 nov. 2017a. Disponível

em:

<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0145.13.071669-2%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 03 dez. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. **Apelação Cível:** 1.0518.15.016940-8/002; 0169408-28.2015.8.13.0518 (1), de 31 out. 2017b. Disponível em:

<<https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=0169408-28.2015.8.13.0518&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em 07 dez. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL. **Apelação Cível:** AC 0827299-18.2014.8.12.0001 MS 0827299-18.2014.8.12.0001 (1), de 5 de abr. de 2018. Disponível em:

<[https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=62A64A5B204F](https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=62A64A5B204FDF75299979E6591E9DE.cjsg2?conversationId=&nuProcOrigem=082729918.2014.8.12.0001&nuRegistro=>)

[DF75299979E6591E9DE.cjsg2?conversationId=&nuProcOrigem=082729918.2014.8.12.0001&nuRegistro=>](https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/resultadoSimples.do;jsessionid=62A64A5B204FDF75299979E6591E9DE.cjsg2?conversationId=&nuProcOrigem=082729918.2014.8.12.0001&nuRegistro=>). Acesso em 27 abr. 2021.

ZISMAN, Célia Rosenthal. A dignidade da pessoa humana como princípio universal. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 96, p.21-36, 2016.

VIOLÊNCIA SEXUAL INTRAFAMILIAR CONTRA A CRIANÇA E O ADOLESCENTE

ELIZANGELA PINHEIRO NUNES:

Graduanda em Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

RESUMO: Esta pesquisa objetiva analisar a violência intrafamiliar, fazendo uma alusão aos aspectos característicos do abusador e da vítima, a fim de delinear juridicamente ações preventivas. Denota-se que o tema ganhou grande importância no cenário nacional após uma mudança legislativa realizada pela Lei Nº 12.015/2009, a qual incluiu no Código Penal vários tipos visando à proteção de tal classe de indivíduos. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica onde foi possível reunir autores de diversas obras e artigos que discutissem diretamente sobre a temática. No desenvolvimento dividiu-se a pesquisa em 03 itens, quais sejam, abuso sexual na infância, abuso sexual intrafamiliar e, ações preventivas. Portanto, a participação da sociedade nas políticas públicas de proteção e atendimento à criança e ao adolescente, prevista pelo Estatuto é fundamental para o combate a violência intrafamiliar.

Palavras chaves: Violência intrafamiliar; Violência sexual; Criança.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. ABUSO SEXUAL NA INFÂNCIA - 2.1 VIOLÊNCIA FÍSICA - 2.2 VIOLÊNCIA SEXUAL - 2.3 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA - 2.4 NEGLIGÊNCIA - 3. ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR - 3.1 CARACTERÍSTICAS DA FAMÍLIA INCESTOGÊNICA - 4 AÇÕES PREVENTIVAS - 5 CONCLUSÃO - 6 REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes, silenciada até poucos anos atrás, faz-se cada vez mais presente no debate público. A par das instituições públicas de atendimento, são diversas redes de proteção a trazer essa questão a público, demandando, conseqüentemente, maior compreensão de suas práticas e representações sociais, de modo a possibilitar um olhar mais amplo sobre as violências como fenômeno social. Apesar de ter provocado, na última década, vários estudos, pesquisas e literatura, a violência intrafamiliar contra crianças e adolescentes ainda é uma questão de difícil análise.

As questões referentes à criança, ao adolescente e à violência intrafamiliar têm saído da obscuridade, chamando cada vez mais a atenção de profissionais, de grupos e da sociedade civil, tornando-se assunto a ser tratado em termos de políticas sociais.

O presente trabalho versa sobre a violência intrafamiliar contra a criança e o adolescente, dando ênfase aos casos de violência sexual, ocorridos no espaço doméstico, tendo como agressores, pessoas com vínculos consanguíneos e/ou afetivos com as vítimas, diferentemente da violência doméstica, pois esta ocorre no espaço doméstico, no entanto, o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, não exige parentesco.

A violência intrafamiliar é uma problemática que existe em todas as camadas sociais, no entanto, erroneamente acredita-se que só está presente nas classes menos favorecidas, isto porque, a classe alta tem condições de contratar psicólogos e pagar consultas médicas particulares, com isso, a violência sofrida pelas crianças e adolescentes dessa classe social é camuflada. Diferentemente, a classe menos favorecida, por não possuir outros meios, procura os hospitais, prontos-socorros, postos de saúde e atendimento psicológico na rede pública e assim, as vítimas da violência intrafamiliar aparecem em maior número.

A presente pesquisa teve como objetivo demonstrar os tipos de violência intrafamiliar sofrida por crianças e adolescentes além de caracterizar e apontar os fatores desencadeadores da violência intrafamiliar, citando as possíveis consequências, na formação do futuro cidadão que sofreu violência intrafamiliar.

Diante do exposto, é notória a necessidade da pesquisa, tendo em vista ser necessário o esclarecimento da população, sobre a verdadeira realidade da violência intrafamiliar e assim, despertá-la para os altos índices de ocorrências, contribuindo desta forma, para a melhora dos programas de auxílio às vítimas, uma vez que, será mais fácil o trabalho de prevenção da violência, proteção das vítimas e responsabilização dos agressores.

Para alcançar o objetivo da pesquisa, utilizou-se a pesquisa explicativa por meio do estudo bibliográfico, tendo como fontes de pesquisa livros, artigos de revista, internet, anais ligados à violência intrafamiliar contra a criança e adolescente.

2. ABUSO SEXUAL NA INFÂNCIA

Segundo Dobke (2011), o reconhecimento do maltrato infantil e o estudo das diversas formas de vitimização das crianças tiveram início na década de 50, nos Estados Unidos e norte da Europa. Já o interesse científico pela questão do abuso começou a despertar interesse somente a partir da década de 70, após mobilizações, no sentido da gravidade, e por isso a importância de se debruçar sobre tal problemática. A mesma autora traz que no Brasil somente na década de 80 começou-se a fazer

questionamentos na área da infância e juventude sobre “Política Nacional de Bem-Estar do Menor”. A partir disso, torna-se acirrada a batalha pela garantia dos direitos da criança e do adolescente.

Dentro da atenção que vem sendo destinada a essa parcela da população atualmente, Dobke (2011) traz que “o abuso sexual, principalmente o intrafamiliar, é tema a ser enfrentado com redobrada atenção. Os danos que causa – primário e secundário; as suas características e dinâmicas estão assim a exigir” (p. 22).

Definindo o abuso sexual, Caminha (2011) diz que pode ser considerado abuso sexual todo ato ou jogo sexual, relação hetero ou homossexual entre um adulto (ou mais) e uma criança ou adolescente que não possui condições maturacionais, biológicas, neuropsicológicas e psicológicas, tendo por finalidade estimulá-lo sexualmente e obter estímulo para si ou outrem. Nos estudos sobre tal fenômeno, todos os autores que indicam a existência de abuso sexual no âmbito familiar apontam como sendo os principais agressores: o pai, o padrasto, ou ainda pessoas conhecidas e do relacionamento familiar da vítima. A quantificação da violência sexual intrafamiliar é muito difícil porque envolve tabus culturais, relações de poder nos lares e discriminação das vítimas como culpadas..

Corsi (2017), apontando para a gravidade da situação, afirma que, de todas as formas de abuso, o sexual de crianças pode ser considerado um dos de mais difícil detecção. Traz investigações, realizadas na época da publicação de sua obra, mostraram que uma em cada quatro meninas e um em cada oito meninos serão sexualmente abusados antes de completarem 16 anos. Desses casos, mais de 90% terá como abusador a figura masculina e em mais de 80% será uma pessoa conhecida pela criança.

Dando seguimento às colocações de Caminha e Corsi, Faiman (2004) acrescenta alguns questionamentos: o que define o caráter abusivo em um relacionamento? O que ocorre com a vítima que a impede de se defender? A partir de suas interrogações, traz a questão do desejo que, muitas vezes, apresenta-se em conflito entre dois níveis. O primeiro, o desejo criado sob pressão, converte-se em ato, e o segundo, que se contrapõe a ele, o desejo que silencia. O mesmo autor aponta para a sedução, que é um nível de desejo em que a vítima é presa pela confusão de sentimentos, não apresentando uma resistência clara ao ato abusivo por estar envolvida em uma situação na qual encontra-se eroticamente estimulada. Nesses casos, o autor coloca que, mesmo sem a resistência da criança e seu possível consentimento e obtenção de prazer, não é possível desconsiderar a violência implicada no ato, uma vez que se trata

de uma invasão do espaço psíquico pela concretização direta da fantasia geralmente recalcada que deveria ficar na área do segredo.

Ressaltando a questão da resistência ao ato, Herman, apud Silva (2010), afirma que o sistema de defesa do indivíduo no momento traumático é completamente desativado. Assim, a pessoa sobrevive não por se defender reagindo, mas por alterar seu estado de consciência, dissociando-se da realidade.

Segundo Caminha (2010), algumas variáveis podem ser qualificadas de “estressores sociais”, que facilitam o surgimento expressivo do fenômeno dos maus-tratos. Funcionariam como um “estopim” ou ainda um “gatilho” que facilita o disparo da ação: presença de padrasto na família; alcoolismo; multigeracionalidade da agressão nos agressores e familiares; pais socialmente agressivos; pais com conduta sexual não usual; mãe ausente psicológica, temporal e espacialmente; família socialmente rígida; e transtornos psiquiátricos do agressor ou dos pais.

De acordo com material do Ministério da Saúde (2018), a violência intrafamiliar pode se manifestar de várias formas e com diferentes graus de severidade. Estas formas de violência não se reproduzem isoladamente, mas fazem parte de uma seqüência crescente de episódios, do qual o homicídio é a manifestação mais extrema.

Além do abuso sexual, existem outras formas de abuso contra crianças e adolescentes, não menos graves, que podem evoluir para uma situação de abuso sexual. Caminha (2010) refere os tipos de violência existentes como sendo conceitos que devem ser entendidos de modo dinâmico e interativo entre as categorias, pois raramente se encontra uma forma isolada de abuso infantil. Para o autor, o mais comum é a comorbidade entre as classificações, ou seja, a combinação entre algumas ou todas as variáveis descritas. Traz os tipos de violência intrafamiliar existentes como sendo: violência física, violência psicológica, negligência e violência sexual.

2.1 VIOLÊNCIA FÍSICA

Entende-se como o uso da força física contra a criança ou o adolescente, causando-lhe desde uma leve dor, passando por danos e ferimentos de média gravidade, até a tentativa ou execução do homicídio. Em geral, as justificativas para tais ações vão desde a preocupação com a segurança, a educação, até a hostilidade intensa. O lar aparece como o local privilegiado para tal prática, embora as crianças que vivem nas ruas ou nas instituições sejam também vítimas frequentes (GUERRA, 2016).

Os castigos corporais têm sido considerados como violência ou abuso físico, assim como, o emprego de força física e todos os atos de ação ou de omissão que tenham como objetivo: ferir ou destruir a criança; queimá-la; cortá-la; sufocá-la; espancá-la; esbofetear; apertar ou torcer qualquer parte do corpo, usando objetos, as próprias mãos ou pés, independentemente do grau de severidade do ato. Geralmente esses atos deixam hematomas e ferimentos.

2.2 VIOLÊNCIA SEXUAL

Violência sexual, vale reprimir, se configura como todo ato ou jogo sexual, relação hetero ou homossexual entre um adulto (ou mais) e uma criança ou adolescente, o qual não possui condições maturacionais, biológicas, neuropsicológicas e psicológicas, tendo por finalidade estimulá-los sexualmente e obter estímulo para si ou outrem. Nos estudos sobre tal fenômeno, todos os autores indicam a existência de abuso sexual no âmbito familiar. Os principais agressores são o pai, o padrasto, ou ainda pessoas conhecidas e do relacionamento familiar com a vítima. A quantificação da violência sexual é muito difícil porque envolve tabus culturais, relações de poder nos lares e discriminação das vítimas como culpadas.

O abuso ou violência sexual contra crianças e adolescentes é praticada por aquele que possui uma autoridade sobre a vítima. É uma relação de força, imposta através de silêncios, segredos, cumplicidades e sedução. Conforme Azevedo & Guerra (2011), a violência sexual pode ser considerada como todo ato ou jogo sexual, na relação hetero ou homossexual entre um ou mais adultos e uma criança ou adolescente, tendo por finalidade estimular sexualmente a criança ou o adolescente ou utilizá-los para obter uma estimulação sexual.

Essa conceituação abrange o incesto que se define como toda atividade de caráter sexual, implicando uma criança ou adolescente e um adulto que tenha para com ela uma relação de consanguinidade ou responsabilidade. Considera-se como incesto a relação: pai-filha; padrasto-enteada, através de atos voyeuristas e de condutas confusas, enganosas; avô-neta; tio sobrinha; mãe filho; tia sobrinho; madrasta-enteado; avó-neto; irmão-irmã, entre outras.

De acordo com o estudo feito no livro de Azevedo & Guerra, (2001), pode-se incluir na aludida violência, o espectro de atos sexuais, sejam homossexuais ou heterossexuais, com contato físico (abrangendo coito ou carícias apenas); sem contato físico (incluindo exibicionismo, voyeurismo etc); com força física (incluindo agressões e até assassinato) e sem emprego de força física.

A violência sexual pode ser caracterizada pela prática de atos libidinosos diferentes ou não da conjunção carnal como: exibicionismo, conversas que estimulam a libido/sexualidade, quando observa e toca o corpo contra vontade, sob pressão ou chantagem, procurando excitá-lo. Pode acontecer de não deixar marcas físicas, mas nem por isso, deixam de ser grave devido às consequências emocionais que traz para suas vítimas.

O Estupro é um tipo de violência sexual, previsto nos artigos 213 ao 217-A do Código Penal que têm como sujeito passivo o homem e/ou a mulher, isto porque o artigo usa a expressão alguém, não discriminando se homem ou mulher quando prevê: constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso.

Os artigos 215, 217-A, 218 e 218-A do Código Penal referem-se a este tipo de violência em diferentes modalidades, ou seja, violência sexual mediante fraude, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente.

2.3 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

A violência psicológica ocorre quando pais, responsáveis, parentes consanguíneos ou afetivos constantemente depreciam a criança ou adolescente, chantageiam ou bloqueiam seus esforços de auto aceitação, causando-lhes grande sofrimento mental. Tal violência pode assumir duas formas básicas: a de negligência afetiva e a de rejeição afetiva.

Ameaças de abandono também podem tornar uma criança medrosa e ansiosa, podendo representar formas de sofrimento psicológico, assim como, a depreciação da criança ou do adolescente pelo adulto, através de humilhações, ameaças, impedimentos, ridicularizações que diminuem sua autoestima, fazendo com que acredite ser inferior os demais, causando-lhe grande sofrimento mental e afetivo e assim, gerando profundos sentimentos de culpa, mágoa, insegurança, até de uma representação negativa de si mesmo que podem acompanhá-la por toda a vida.

A violência psicológica se manifesta no desrespeito às opiniões, às decisões e à imagem, por meio de ameaças, humilhações, desqualificações ou bullying.

O art. 5º do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que “nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação,

exploração, violência, crueldade e opressão, punindo na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais”.

2.4 NEGLIGÊNCIA

A negligência nega à criança e ao adolescente o cuidado de que necessitam para seu pleno desenvolvimento físico, psicológico, cultural e ético. Ela e o abandono são a porta de entrada de diferentes formas de violência praticadas contra crianças e adolescentes, uma vez que a criança e o adolescente nestas condições estão expostos a múltiplas privações e constante exposição a riscos. Além disso, situações de violência contra criança são sempre cumulativas, ou seja, a violência física implica em violência psicológica, a violência sexual é também violência física e psicológica, a exploração sexual é também exploração econômica, violência física, sexual e psicológica.

Negligência significa omissão, falta de cuidado, desatenção com a criança e/ou adolescente. O deixar de fazer a obrigação que lhe compete é que caracteriza essa violência. Essa violência é uma violação aos direitos humanos fundamentais da criança, tais como: direito à vida, à liberdade, à segurança e ao lazer.

A alimentação precária (menos nutritiva ou em menor quantidade), redução dos cuidados com saúde, o menor acesso à escola ou menor tempo que passa nos bancos escolares, a falta de afeto e carinho configuram situações de negligência que podem levar a sérias consequências para o desenvolvimento infantil. Também configura negligência a falta ou o menor monitoramento do comportamento do filho, quando permite que brinque em rua de muito tráfego ou que caia do alto de uma janela na qual não foram postas grades de proteção, apesar de os pais terem recursos para tanto, as situações de risco.

Na negligência é comum a presença do crime tipificado no caput do artigo 148 do Código Penal que prevê “privar alguém de sua liberdade, mediante sequestro ou cárcere privado”. O cárcere privado seria um crime característico dessa violência, pois como há confinamento ou clausura pode-se dizer que os sujeitos ativos da violência intrafamiliar podem encarcerar a criança e/ou o adolescente em um quarto, em uma sala, em uma casa etc.

As condições sociais de vida dos pais é um aspecto relevante à negligência, isso porque, esta decorre também dessas condições sociais, ou seja, não podemos configurar como negligência, a má alimentação de uma criança em que os pais ou responsáveis encontram-se desempregados, sem condições de garantir uma boa

alimentação. No entanto, caso a família consiga obter algum dinheiro para o sustento e o mesmo sendo desviado para outros fins, a negligência está configurada.

3. ABUSO SEXUAL INTRAFAMILIAR

O campo da violência doméstica é um “terreno movediço”, como afirma Miranda (2008), em que se mesclam fantasia e realidade, cena que causa horror e curiosidade. Diante do número imenso de variáveis culturais e psíquicas, torna-se muito complexa a tarefa de bem lidar com este problema.

Corsi (2017) diz que os maus tratos no âmbito familiar são considerados um problema “recente”, e expressões como “crianças maltratadas”, “mulheres espancadas” e “abuso sexual” passaram a ser consideradas um problema social grave somente a partir dos anos 60, quando alguns autores descreveram a “síndrome da criança espancada”. Confirmando esse novo olhar construído sobre a violência doméstica, Miranda (2008) assinala que o estudo da violência em suas causas, consequências, objetivos e justificativas, ganhou atualidade, parecendo depender desta compreensão a possibilidade de sobrevivência da humanidade e construção de alternativas para um futuro melhor.

Caminha (2011) define a violência intrafamiliar como toda ação ou omissão que prejudique o bem-estar, a integridade física, psicológica ou a liberdade e o direito ao pleno desenvolvimento de outro membro da família. Pode ser cometida dentro ou fora de casa por algum membro da família, incluindo pessoas que passam a assumir função parental, ainda que sem laços de consanguinidade, e em relação de poder à outra. Portanto, quando se fala de violência intrafamiliar, deve-se considerar qualquer tipo de relação de abuso praticado no contexto privado da família contra qualquer um de seus membros. Ainda deve-se ressaltar que o conceito de violência intrafamiliar não se refere apenas ao espaço físico onde a violência ocorre, mas também às relações em que se constrói e efetua.

Farinatti, apud Mees (2011), coloca que a expressão “abuso sexual intrafamiliar” permite a reunião entre os termos “abuso sexual” e “incesto”, pois retém os aspectos do abuso relativos ao papel sexual feito à criança, bem como destaca tal ocorrência no interior da família.

Segundo Caminha (2010), há elevados índices de violência contra a criança de rua ou em situação de rua no Brasil, sem dúvida nenhuma. Entretanto, estes números

são pouco representativos se comparados ao montante de casos que ocorrem de violência intrafamiliar.

O mesmo autor conclui, a partir dos dados apresentados, que os abusos intrafamiliares são uma gama de fenômenos complicados, envolvendo um grande número de variáveis e podem ser chamados de problema multifatorial.

3.1 CARACTERÍSTICAS DA FAMÍLIA INCESTOGÊNICA

Embora não haja um perfil definido que identifique famílias incestogênicas, existem alguns fatores que analisados dentro de um conjunto fazem parte do universo destas famílias. Corsi (2017) fala sobre uma família caracterizada pela verticalidade, disciplina, obediência, hierarquia e respeito, como sendo elementos indispensáveis para regular as relações destas famílias. E complementa, ressaltando que a aceitação irrestrita destas normas abre margem para diversas formas de abuso intrafamiliar, trazendo, como exemplo, o abuso sexual em que as crianças se submetem à situação abusiva devido à aceitação das normas de respeito e obediência que devem ter pelos maiores, principalmente pela figura paterna.

Segundo debate proferido pelo Laboratório de Estudos da Criança – LACRI (1996), pode se tecer algumas características quanto à família incestogênica: mães deprimidas, que não conseguem assumir sua própria vida e acabam tendo poucas possibilidades de se preocupar com os filhos; falta de comunicação entre os membros da família, fazendo com que o segredo se mantenha; desvalorização das necessidades individuais, não existe espaço para discordâncias e sim uma ideia de hierarquia do adulto sobre a criança; presença de álcool e outras drogas; vínculo erotizado; e família com características moralistas onde as meninas não podem usar saias curtas, sair sozinhas, namorar.

A transgeracionalidade também é uma característica presente em muitas dessas famílias. Este conceito vem sendo cada vez mais utilizado no entendimento da dinâmica de violência intrafamiliar, incluindo o abuso sexual. Escosteguy (2007) apresenta o prefixo “trans” como transporte, transferência ou projeções – normais ou patológicas – parentais no que se refere à relação que estabelecem com crianças e adolescentes pertencentes ao grupo familiar, impondo a estes, a partir de outras gerações, a marca do abuso sofrido no passado.

Sustentando a ideia da transgeracionalidade, Tilmans (2011) traz que pais que abusam de seus filhos foram abusados durante a infância e/ou outra etapa da vida e

que este passado passa a formar parte de sua vida, ficando em um plano psicológico oculto.

Ainda dentro da transgeracionalidade como uma das possíveis causas do abuso sexual intrafamiliar, Faiman (2004), a partir do referencial teórico freudiano, fala sobre a compulsão à repetição, que consiste em uma tentativa inconsciente de conferir um sentido que permita a inscrição no psiquismo de uma experiência que extrapolou a possibilidade de compreensão do sujeito. A repetição seria uma tentativa de domínio da situação traumática, por meio do deslocamento para uma posição de sujeito da ação. Por este prisma, a dicotomia abusador/vítima perde sua força e o ciclo da violência, se não trabalhado, tende a se perpetuar passando de uma geração para outra sucessivamente.

Faiman (2004) ainda traz a violência sexual intrafamiliar como sendo proveniente da não consistência da ordem simbólica que sustenta o projeto identificador, podendo levar o psiquismo ao limite de colapso, momento em que pode ocorrer a passagem ao ato violento.

Essa seria considerada, segundo a autora, como sendo a única saída para a sobrevivência narcísica do corpo, para o sujeito não sucumbir na “mortificação masoquista”.

4. AÇÕES PREVENTIVAS

Estabeleceu-se a lei nº 9.970 no ano de 2000, a qual instituiu-se no dia 18 de maior, como o dia nacional do combate ao abuso e a explosão sexual das crianças.

Como precursor e exemplo para que fosse escolhido a referida data, trouxe como um caso notório o fato que ocorreu no ano de 1973 da menina Araceli que com apenas 09 anos de idade, foi sequestrada e cruelmente assassinada, onde esta foi encontrada de forma irreconhecível, em virtude da utilização do uso de ácido, tendo ainda, marcas fortes de violência sexual.

Esta lei, portanto, tornou-se fundamentais, visto que nessa data, são postos ações de prevenções que visam coibir esse tipo de ocorrência, através da conscientização por meio de palestras e manifestações públicas. Tal dia permite que haja o fortalecimento da comunicação para que haja revelações de casos de abusos.

Segundo Cardin & Mochi, os programas de prevenção se dividem em três tipos e são eles:

Os programas de prevenção primária visam reduzir a incidência da violência intrafamiliar, e isso pode ser feito por meio da conscientização da população acerca dos efeitos nocivos dessa prática; do oferecimento de cursos que ensinem aos pais como educar os filhos de uma forma não violenta; da instrução às crianças e aos adolescentes sobre como se defender de abusos e a quem denunciar etc. Já a prevenção em nível secundário envolve meios de identificar as crianças e adolescentes mais vulneráveis, bem como desenvolver a habilidade de diagnosticar se um menor está sofrendo violência dentro do seu lar, procedendo aos encaminhamentos necessários. Uma vez que a criança ou o adolescente tenha sofrido maus-tratos intrafamiliares, as políticas públicas devem ser voltadas para a minimização das consequências da violência. Isso implica estratégias de prevenção terciária, que envolvem, por exemplo, o atendimento psicoterápico da vítima, dos familiares e do agressor, o encaminhamento jurídico do caso e o acompanhamento social de toda a família. A complexidade do fenômeno da violência intrafamiliar e as sequelas que acarreta na vítima, na família e na sociedade, exigem uma atuação interdisciplinar, em que diversos atores rompem com o isolamento de suas áreas de conhecimento para alcançar uma meta única: tutelar a criança vitimizada e, na medida do possível, colaborar para que o abuso não prejudique ainda mais o desenvolvimento de sua personalidade. (2011, p 18).

Denota-se que mesmo que haja avanços nesse sentido, tendo milhares de formas para que seja denunciado, casos em que envolvem violência sexual intrafamiliar ainda é considerado algo complexo para que seja naturalmente enfrentado, visto que todos devem se engajar fortemente para que os meios de enfrentamento possam ser eficazes.

5. CONCLUSÃO

Ao concluirmos a pesquisa do tema aqui exposto verificamos que mais precisamente nos anos 90, a sociedade começou a despertar para a violência intrafamiliar, buscando coibi-la através de denúncias. Isso porque, nesse período começaram a surgir estudos e campanhas de prevenção e combate à aludida violência,

com o intuito de orientar a população e despertá-la para uma realidade constante e que pode estar nos seus próprios lares ou até mesmo ao seu redor.

A participação da sociedade nas políticas públicas de proteção e atendimento à criança e ao adolescente, prevista pelo Estatuto é fundamental para o combate a violência intrafamiliar. Essa participação, entretanto, é efetivada através da implantação dos organismos que a possibilitam como: Conselhos Tutelares, Centros de Defesa, Conselhos de Direitos e Secretarias.

A violência intrafamiliar – violência sexual – traz consequências muito sérias às vítimas porque muitas vezes os abusos sofridos deixam sequelas psíquicas que dificultam o aprendizado, o relacionamento com outras pessoas; tornam a pessoa agressiva, revoltada, insegura e medrosa. Também é possível que traga problemas de saúde diversos, além de cicatrizes e distúrbios emocionais. Todos esses fatores, geralmente, quando essas vítimas tornam-se adultas, tendem a reproduzir a violência sofrida na infância com outras pessoas de sua convivência.

Uma criança tem muita dificuldade de assimilar o abuso e por isso demora ou nunca denuncia o abusador. Por ser muito inocente, a vítima entende que este sofrimento faz parte e que assim deve ser.

Acreditamos que a sociedade evoluiu com o tempo e estamos no caminho da priorização da criança, mas muito ainda há de se investir em pesquisas e meios da efetivação do que a lei instituiu.

6. REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Inquirição da criança vítima de violência sexual: proteção ou violação de direitos?. Rio Grande do Sul: Livraria do advogado, 2011.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane N. de A. Infância e Violência Doméstica: fronteiras do conhecimento. 3.ed.São Paulo: Cortez, 2011.

CAMINHA, R. M. A Violência e seus danos à infância e adolescência. Violência Doméstica, UNICEF/AMENCAR. Brasília: UNICEF, 2010.

CARDIN, Valéria Silva Galdino & MOCHI, Tatiana de Freitas Giovanini. Das políticas públicas de prevenção no combate à violência intrafamiliar praticada contra crianças e adolescentes. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05edf455cb266ocb. Acesso em: 20.03.2021

CÓDIGO PENAL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm Acesso em 22 de março de 2021.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em 22 de março de 2021.

CORSI, J. Violência Familiar: uma mirada interdisciplinária sobre um grave problema social. Buenos Aires: Paidós, 2017.

DOBKE, V. Abuso Sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre: Ricardo Lenz, 2011.

ESCOSTEGUY, N. U. Transgeracionalidade. Trabalho apresentado no II Simpósio Brasileiro de Observação da Relação Mãe-bebê. Canela, 2007

FAIMAN, C. J. S. Abuso Sexual em Família: a violência do incesto à luz da psicanálise. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2004.

FURNISS, T. Abuso Sexual da Criança: uma abordagem multidisciplinar. Porto Alegre: Artes Médicas, 2013.

HERMANN, Leda Maria. Violência Doméstica e os Juizados Especiais Criminais: a dor que a lei esqueceu. Campinas: Servanda, 2004.

MEES, L. A. Abuso Sexual: trauma infantil e fantasias femininas. Porto Alegre: Artes Médicas, 2011

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Violência Intrafamiliar: orientações para a prática em serviço. Cadernos de Atenção Básica, Brasília, n. 8, 2018.

MIRANDA, H. C. J. Psicologia e Justiça: a Psicologia e as práticas judiciais na construção do ideal de justiça. Revista Ciência e Profissão, São Paulo, Conselho Federal de Psicologia, n. 18, p. 28-37, 2008.

RANGEL, Patrícia Calmon. Abuso sexual: intrafamiliar recorrente. 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá Editora, 2011.

SANTOS, Gerusa Gomes; ALVES, Renan dos Santos. Violência Sexual Contra Criança e Adolescente. Revista Internacional de Direito e Cidadania, n. 7, p. 49-58, junho/2010.



TILMANS, E. Novas Tendências no Tratamento dos Maus-Tratos e do Abuso Sexual na Família. In: Pensando Famílias. Porto Alegre: Domus – Centro de Terapia de Casal e Família, 2011.

A LEI MARIA DA PENHA: UMA ANÁLISE DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.827/2019 E LEI 13.984/2020

MARLY GOMES CABRAL FONSECA:

Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva traçar sobre a Lei Maria da Penha, fazendo uma alusão a sua importância e uma análise sobre as modificações recentes de algumas legislações. Metodologicamente, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, sendo possível reunir livros e artigos com seus respectivos autores a fim de que seja discutido sobre o tema ora trazido. O presente tema torna-se relevante para o mundo jurídico, pois, assim como para a sociedade acadêmica, pode funcionar como uma fonte de consulta para o Juiz na aplicação da lei ao caso concreto, como também para todos os operadores do direito. Dividiu-se a pesquisa em três itens, primeiramente discorremos sobre a violência doméstica no Brasil, fazendo uma alusão aos seus conceitos e características; posteriormente sobre a Lei Maria da Penha, apontando sua influência na taxa de violência doméstica; por fim, sobre as modificações trazidas pela Lei 13.827/2019 e LEI 13.984/2020.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha; modificações; violência doméstica.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL - 2.1 CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - 3. A LEI MARIA DA PENHA - 3.1 ANÁLISE DA TAXA DE VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER ANTES E DEPOIS DA LEI MARIA DA PENHA - 4. UMA ANÁLISE DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.827/2019 E LEI 13.984/2020. - 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A lei Maria da Penha, em vigor desde o ano de 2006, dispõe sobre a criação de mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, sofreu recente modificação por meio da Lei 13.827/2019 e da lei 13.984/2020, sendo, no primeiro caso, autorizado a autoridade policial a possibilidade de conceder medida de urgência nas hipóteses previstas no art. 12-C, incisos II e III, da lei 11.340/2006, enquanto que, no segundo caso, introduziu, no art. 22 da lei maria da penha, os incisos VI e VII, dispondo sobre a recuperação e reeducação do agressor, tanto em fase investigativa como também em fase processual.

Tem-se com problemática: os mecanismos de concessão de medida de urgência pela autoridade policial, trazidas pelas leis 13.827/2019, e os mecanismos de

recuperação e reeducação do agressor, introduzidos pela lei 13.984/2020 são medidas suficientes para reduzir o número de casos de violência contra a mulher?

Nesta esteira, tratando-se de duas leis que estão em vigência recentemente, não se sabe ao certo como a sociedade, especificamente as mulheres, reagiram ao tomar conhecimento das medidas trazidas pela lei 13.827/2019 e lei 13.984/2020, isto porque não é possível afirmar se elas sabem das alterações ocorridas na lei Maria da Penha.

A Lei Maria da Penha dispõe sobre os mecanismos de combate à violência contra a mulher, tendo sofrido algumas alterações recentemente, como é o caso da lei 13.827/2019 que prevê a possibilidade do delegado de polícia ou policial conceder medida protetiva de urgência, e também a lei 13.984/2020, que insere as medidas de reeducação e recuperação do agressor.

No mais, as alterações na lei Maria da Penha, que introduziram o art. 12-C e os incisos VI e VII, no art. 22 da referida legislação, são vistos como um avanço no combate a violência contra a mulher, não só do ponto de vista da flexibilização das medidas protetivas de urgência, como também da forma como a lei busca dar condições ao agressor de se recuperar, no ponto de vista social e psicológico, para que tenha condições de ainda continuar vivendo em sociedade.

O tema do presente trabalho, que trata das modificações trazidas pela lei 13.827/2019 e lei 13.984/2020, é importante para a comunidade acadêmica porque trata sobre duas leis que introduziram novos mecanismos de combate na lei Maria da Penha, sendo que tais medidas foram inseridas recentemente, fazendo com que o tema em questão seja algo novo, bem como possa ser utilizado como fonte de consulta para futuros trabalhos que versem sobre os mecanismos de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher.

Além disso, o presente tema torna-se relevante para o mundo jurídico, pois, assim como para a sociedade acadêmica, pode funcionar como uma fonte de consulta para o Juiz na aplicação da lei ao caso concreto, como também para todos os operadores do direito.

2. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NO BRASIL

No código civil do ano de 1916, havia a previsão no artigo 233, onde se tinha a seguinte expressão: "o marido é chefe da sociedade conjugal, função que exerce com a colaboração da mulher, no interesse comum do casal e dos filhos" (ESSY, 2017),

comprovando-se, portanto, que o Brasil desde os tempos passados tinha o machismo como raiz na sociedade.

Porém conforme o tempo foi avançando culturalmente e socialmente, as mulheres foram conquistando pouco a pouco seu espaço, mesmo que estivesse vivendo em um país extremamente machista e preconceituoso. Marco dessa contextualização histórica é a própria Revolução Francesa, onde mulheres participaram ativamente na proteção de elementos como a igualdade, fraternidade e liberdade. (PINAFFI, 2007)

Durante a Revolução Industrial com o crescimento forte do capitalismo, viu-se a necessidade de se utilizar o trabalho feminino, onde notadamente havia uma grande desigualdade em termos salariais com a consequente desvalorização do trabalho feminino.

Diante dessa inserção das mulheres nos trabalhos que não sejam dentro de casa, houve uma forma nova de tratamento, visto que passaram a ter a oportunidade de estudar, mesmo em profissões antes exclusivas aos homens.

Transformações crescentes são observadas no Brasil, exemplo disso tem-se os direitos da mulher em ter sua participação de forma ativa na sociedade, como por exemplo: o direito de voto, oportunizada na década 30 através do Código Eleitoral da época.

Entre as conquistas, evidentemente se tem as falsas conquistas, isso porque as mulheres até mesmo nos dias de hoje, é visível o quanto o preconceito ainda é extremamente alto no Brasil, tendo situações que é fundamentalmente necessário que as mulheres tenham que provar a sociedade.

Essy (2017) avalia que:

Sobressai-se, portanto, a teoria de que, até os dias atuais, a mulher é vista como sujeito social autônomo, porém historicamente vitimada pelo controle social masculino. É justamente pela possibilidade do conceito patriarcado ser utilizado de forma abrangente, abarcando todos os níveis da organização social, que seu sentido substantivo é tão frutífero para analisar as diversas situações de dominação e exploração das mulheres. O uso de patriarcado enquanto um sistema de dominação dos homens sobre as mulheres permite visualizar que

a dominação não está presente somente na esfera familiar, tampouco apenas no âmbito trabalhista, na mídia ou na política. Portanto, o patriarcado é utilizado como forma de naturalizar um sistema que legitima e naturaliza o exercício da dominação e exploração das mulheres por um indivíduo, na maioria das vezes, do sexo masculino, e que apesar de já ser superado como organização social que tem o patriarca como figura central de uma comunidade familiar ou econômica, ainda possui grandes reflexos na estrutura social do século XXI. No decorrer do atual século, a sociedade vem reproduzindo a subordinação da mulher perante o sexo masculino através da tradição e costumes, e desse modo, banaliza e naturaliza uma opressão sofrida por décadas e que até hoje reflete em diversos setores sociais dos quais o sexo feminino esteja presente.

Dentre os aspectos ora citados pelos referidos autores percebe-se que no cenário atual entre as mulheres no Brasil, há sim uma grande influência do patriarcado, o que acaba por influenciar diretamente em um problema extremamente grave, qual seja, violência doméstica.

2.1 CONCEITO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

De acordo com Essy (2017) a violência é um comportamento em que se tem a utilização da força para que ocorra a ruptura da integridade da vítima, dentre as quais, citam-se fisicamente, psicologicamente, moralmente e sexualmente.

Quanto a violência doméstica entende-se que se utiliza tal força a fim de romper a integridade, desta vez, além de ter como a vítima a mulher, ocorre especificamente dentro de casa, quando há nesse caso um laço de afetividade como o laço conjugal.

Menciona-se que esse tipo específico de violência sempre existiu dentro da sociedade, porém conforme o desenvolvimento cultural, mais precisamente ao estilo de vida, percebe-se que situações como estas, hoje em dia, estão cada vez mais sendo expostas, onde evidentemente antigamente era quase que impossível.

Mesmo sendo antes, um tipo de violência em que era corriqueiro e considerado normal pela sociedade, a partir do momento em que a mulher de forma árdua luta incansavelmente pelo seu espaço, e o consegue, notadamente faz com que haja por

parte dos grupos feministas a busca incessante por mecanismos que visam coibir situações como estas dentro de casa.

Com esses importantes avanços no combate à violência doméstica, o Brasil demonstrou maior atuação para sua erradicação. Para tanto, SILVA (2010, p. 77) assim dispõe:

No Brasil é possível calcular vários avanços no campo legal e social, como também na criação de organismos em defesa das mulheres vítimas de violência, dentre eles podemos destacar: as Delegacias de defesa das mulheres, Centro de Atendimentos especializados, casas abrigos, centrais de atendimentos telefônicos de emergência, entre outros mecanismos de apoio. Além de que uma forte mobilização nacional para a conscientização da violência doméstica está ainda em construção, a qual se fortificou a partir da década de 1980.

A partir disso, com a criação da Lei Maria da Penha, a qual discutiremos de forma aprofundada e inteligente no próximo item, é fundamental dizer que, avanços como esses foram fundamentais para que diminuíssem de forma significativa o número de casos de violência doméstica.

3. A LEI MARIA DA PENHA

A partir do ano de 1991, houve historicamente um processo para que fosse criado a Lei Maria da Penha, tendo o início no julgamento de Marco Viveros, que era considerado um agressor e marido da Maria da Penha, sofrendo diversas tentativas de homicídio, ficando inclusive paraplégica por conta da gravidade da violência.

Em virtude da ocorrência de vários recursos, e não tendo o acusado cumprido a sentença, ocasionou-se com essa situação, a denúncia à Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, no ano de 2001 o Estado Brasileiro foi oficiado, para que fosse responsabilizado diretamente por conta da negligência ao caso.

Diante do caso em questão, criou-se a Lei Maria da Penha que fez com a atividade policial pudesse agir pré-processualmente, tendo objeto elencados na legislação através do artigo 11, como bem ressalta Dias (2017):

De qualquer modo, mesmo não havendo crime, mas tomando conhecimento a autoridade policial da prática de violência doméstica, deverá tomar as providências determinadas na lei (art. 11): garantir proteção à vítima, encaminhá-la a atendimento médico, conduzi-la a local seguro ou acompanhá-la para retirar seus pertences. Além disso, deverá a polícia proceder ao registro da ocorrência, tomar por termo a representação e remeter a juízo expediente quando a vítima solicitar alguma medida protetiva (art. 12).

Bessa (2020) por meio de sua obra “A violência doméstica: distúrbio social e as políticas públicas como meio colaborativo para sua erradicação” demonstra concisamente algumas modificações que foram levantadas em questão:

Outras modificações trazidas foram: i) a competência especializada pelo Juizado da Violência Doméstica e Familiar, ii) a previsão de prisão preventiva ou flagrante do agressor, iii) a desistência da denúncia pela mulher apenas perante o juiz, iv) a impossibilidade das penas de multa e doação de cestas básicas e v) afastamento do agressor da casa da vítima e a ausência de qualquer contato com esta, ou seus familiares.

A Lei Maria da Penha também trouxe alguns itens que direcionam um debate mais intenso sobre a conscientização da sociedade, criando-se a partir da referida lei, a criação de núcleo em todos os Poderes do Estado.

No próximo item será demonstrado de que forma a Lei Maria da Penha desempenhou o seu papel em relação a taxa de violência contra mulher. Após isso, serão analisados objetivamente algumas mudanças recentes que ocorreram na referida lei.

3.1 ANÁLISE DA TAXA DE VIOLENCIA CONTRA A MULHER ANTES E DEPOIS DA LEI MARIA DA PENHA

Com o intuito de enriquecer ainda mais o estudo, fizemos uma análise aprofundada dos dados disponibilizadas pelo SINAN (Sistema de Informação de Agravos de Notificação -SINAN) que permite que verificar as taxas de homicídio do sexo feminino, e também, o foco da pesquisa, qual seja, violência contra a mulher,

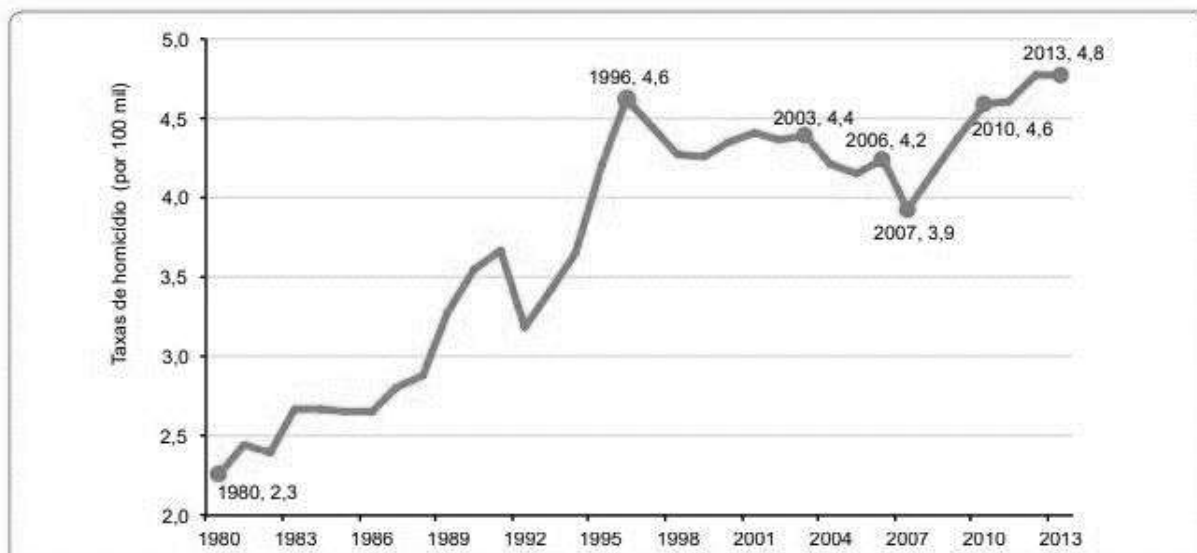
observando-se a questão da idade, do agressor, e da quantidade de atendimentos realizados no período demarcado.

No ano de 2006, como já explicitado exhaustivamente, fora sancionada a Lei Maria da Penha, com o objetivo de diminuir significativamente a violência contra a mulher. Desse modo, para estudo, observou-se os dados do SINAM (Sistema de Informação de Agravos de Notificação - SINAN), que nos permitiu elucidarmos os anos de 1980 até 2013, mas como o foco do item, é verificar que ocorrera antes e depois da referida lei, desagregou-se em duas partes, a primeira contendo, evidentemente, o antes, e a segunda, o depois.

Verificou-se, desse modo, que no período anterior a promulgação da referida Lei, havia um crescimento gradativo de 7,6 % ao ano, já depois de entrar em vigor, o crescimento da taxa de homicídio caiu para 2,5%, como se observa, claramente na tabela abaixo:

Tabela 1 – Número e taxas (por 100 mil) de homicídio de mulheres. Brasil. 1980/2012

Ano	n.	Taxas	Ano	n.	Taxas
1980	1.353	2,3	2001	3.851	4,4
1981	1.487	2,4	2002	3.867	4,4
1982	1.497	2,4	2003	3.937	4,4
1983	1.700	2,7	2004	3.830	4,2
1984	1.736	2,7	2005	3.884	4,2
1985	1.766	2,7	2006	4.022	4,2
1986	1.799	2,7	2007	3.772	3,9
1987	1.935	2,8	2008	4.023	4,2
1988	2.025	2,9	2009	4.260	4,4
1989	2.344	3,3	2010	4.465	4,6
1990	2.585	3,5	2011	4.512	4,6
1991	2.727	3,7	2012	4.719	4,8
1992	2.399	3,2	2013	4.762	4,8
1993	2.622	3,4	1980/2013	106.093	
1994	2.838	3,6	Δ% 1980/2006	197,3	87,7
1995	3.325	4,2	Δ% 2006/2013	18,4	12,5
1996	3.682	4,6	Δ% 1980/2013	252,0	111,1
1997	3.587	4,4	Δ% aa. 1980/2006	7,6	2,5
1998	3.503	4,3	Δ% aa. 2006/2013	2,6	1,7



Fonte: Mapa da Violência 2015, Homicídio de mulheres no Brasil.

Então, acima, a partir do gráfico e tabela demonstrados, explicitou-se objetivamente sobre dados concretos em relação aos homicídios. Agora, faz-se necessário analisar a questão da violência, mesmo tendo ciência que esse tipo de análise torna mais difícil, em virtude da escassez de fontes.

Implantou-se no ano de 2009, através do Sinan, dados que permitem observar violências direcionadas tanto para crianças quanto para mulheres, adolescentes e idosos. Assim, dar-se-á pra observar a questão das mulheres especificamente de modo amplo, mas que permite interpretações.

Os atendimentos por violência doméstica, sexual e ou outras violências registradas no Sinan, em 2014, encontram-se sintetizados na Tabela 2. Observou-se que, segundo os dados disponíveis, durante esse ano, foram atendidas 223.796 vítimas de diversos tipos de violência. Duas em cada três dessas vítimas de violência (147.691) foram mulheres que precisaram de atenção médica por violências domésticas, sexuais e/ou outras. Isto é: a cada dia de 2014, 405 mulheres demandaram atendimento em uma unidade de saúde, por alguma violência sofrida.

Tabela 2- Número, distribuição por sexo (%), estrutura (%) e taxas de atendimento (por 10 mil) por violências no SUS, segundo etapa de vida e sexo.

Etapa	Número				Sexo (%)			
	Fem.	Masc.	S/D	Total	Fem.	Masc.	S/D	Total
Criança	20.707	17.411	130	38.248	54,1	45,5	0,3	100,0
Adolesc.	24.708	13.248	9	37.965	65,1	34,9	0,0	100,0
Jovem	42.442	18.213	16	60.671	70,0	30,0	0,0	100,0
Adulto	52.979	21.264	13	74.256	71,3	28,6	0,0	100,0
Idoso	6.855	5.800	1	12.656	54,2	45,8	0,0	100,0
Total	147.691	75.936	169	223.796	66,0	33,9	0,1	100,0

Etapa	Estrutura (%)				Taxas de atendimento			
	Fem.	Masc.	S/D	Total	Fem.	Masc.	S/D	Total
Criança	14,0	22,9	76,9	17,1	12,4	9,9	0,0	11,1
Adolesc.	16,7	17,4	5,3	17,0	24,0	12,3	0,0	18,0
Jovem	28,7	24,0	9,5	27,1	21,9	9,6	0,0	15,8
Adulto	35,9	28,0	7,7	33,2	12,4	5,5	0,0	9,1
Idoso	4,6	7,6	0,6	5,7	4,7	5,0	0,0	4,8
Total	100,0	100,0	100,0	100,0	14,2	7,8	0,0	11,1

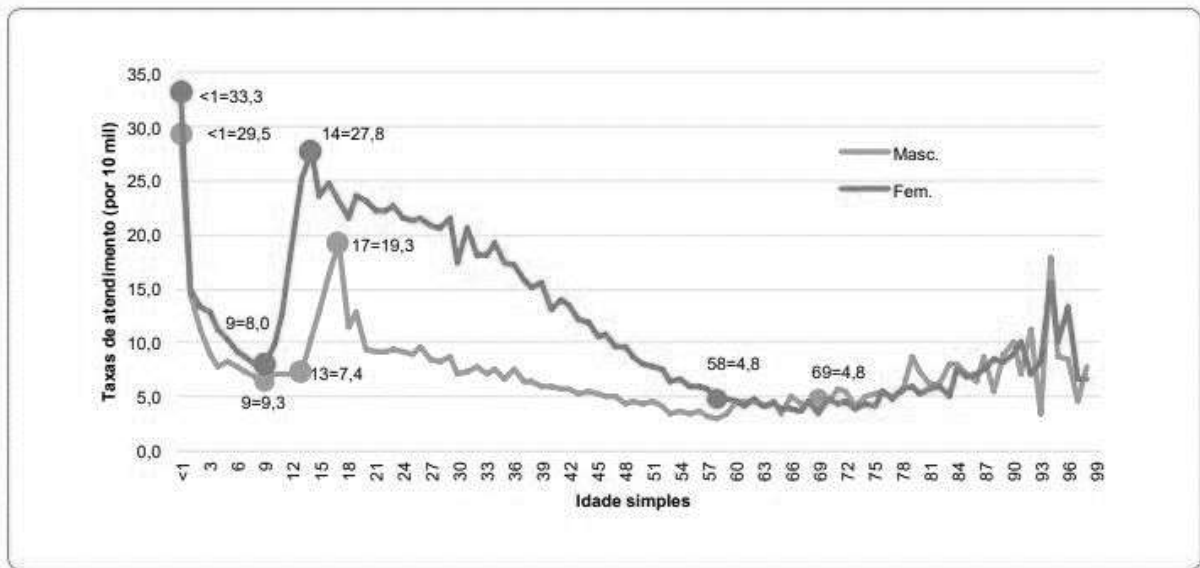
A Tabela 3 permite analisar os atendimentos segundo a distribuição geográfica e a estrutura por sexo das vítimas. Vemos que, em todas as regiões e em todas as UFs, preponderam os atendimentos a mulheres. Em larga escala, como no caso do Acre, onde são atendidas 9,5 vezes mais mulheres que homens (850,6%) – caso bem fora dos padrões, dado que a UF que vem imediatamente a seguir, Pará, apresenta 4,5 vezes mais atendimentos a mulheres (351,8%). Alagoas e Mato Grosso são os estados que evidenciam os menores índices de vitimização feminina: em torno de 24%.

Tabela 3- Número, taxas de atendimento (por 10 mil) por violências no SUS.

UF/REGIÃO	Número		Taxas (por 10 mil)		% Vitim. Feminina
	Fem.	Masc.	Fem.	Masc.	
Acre	1.018	106	26,0	2,7	850,6
Amapá	297	158	8,0	4,3	88,0
Amazonas	2.431	931	12,8	4,9	163,2
Pará	3.172	707	8,0	1,8	351,8
Rondônia	426	159	5,0	1,8	175,4
Roraima	628	211	25,8	8,5	202,6
Tocantins	1.931	741	25,6	10,2	151,2
Norte	9.903	3.013	11,7	3,5	230,2
Alagoas	1.916	1.394	11,0	8,9	24,3
Bahia	6.070	4.195	7,8	5,7	36,0
Ceará	1.863	1.241	4,1	2,9	40,6
Maranhão	1.754	856	5,1	2,5	101,0
Paraíba	1.563	942	7,6	5,1	50,4
Pernambuco	7.970	2.747	16,4	6,3	161,5
Piauí	1.328	797	8,1	5,1	57,8
Rio Grande do Norte	1.266	774	7,4	4,6	58,9
Sergipe	821	278	7,4	2,6	189,1
Nordeste	24.551	13.224	8,5	4,9	74,0
Espírito Santo	3.113	1.123	15,9	6,0	166,2
Minas Gerais	26.962	12.909	25,5	12,9	98,3
Rio de Janeiro	13.684	7.952	15,7	10,4	51,5
São Paulo	27.629	13.325	12,2	6,3	94,1
Sudeste	71.388	35.309	16,3	8,7	87,9
Paraná	12.432	6.983	22,0	13,0	69,4
Rio Grande do Sul	11.777	5.530	20,3	10,3	98,5
Santa Catarina	6.555	4.817	19,3	14,8	30,2
Sul	30.764	17.330	20,7	12,4	67,8
Distrito Federal	1.769	815	11,9	6,2	91,4
Goiás	3.143	2.312	9,7	7,2	35,8
Mato Grosso	1.269	1.026	8,0	6,4	23,6
Mato Grosso do Sul	4.904	2.907	37,4	22,6	65,1
Centro-Oeste	11.085	7.060	14,5	9,5	52,7
BRASIL	147.691	75.936	14,2	7,8	83,4

idade. A partir desse ponto, para as meninas, e um pouco mais tarde, a partir dos 13 anos de idade, para os meninos, inicia-se uma íngreme escalada de atendimentos.

Gráfico 2- Taxas de atendimento (por 10 mil) por violências, segundo idade simples e sexo.



Fonte: Mapa da Violência 2015, Homicídio de mulheres no Brasil.

Os registros do Sistema de Informação de Agravos de Notificação -SINAN permitem indicar os agressores, nos atendimentos por violências. Como o mesmo incidente pode ter mais de um agressor, os números absolutos nas tabelas não necessariamente coincidem com o número de registros, acima detalhado. A tabela 4, a seguir, possibilita inferir que, em 2014.

Tabela 4- Taxas de atendimento de mulheres (por 10 mil) pelo SUS, segundo agressor e etapa do ciclo de vida

Agressor	Número						%					
	Criança	Adolescente	Jovem	Adulta	Idosa	Total	Criança	Adolescente	Jovem	Adulta	Idosa	Total
Pai	4.758	2.633	476	272	18	8.157	29,4	10,6	1,4	0,6	0,3	6,4
Mãe	6.849	2.694	438	348	52	10.381	42,4	10,8	1,3	0,7	0,8	8,1
Padrasto	1.576	1.273	292	83	3	3.227	9,7	5,1	0,9	0,2	0,0	2,5
Madrasta	81	0	0	0	0	81	0,5	0,0	0,0	0,0	0,0	0,1
Cônjuge	0	2.095	9.947	15.913	813	28.768	0,0	8,4	29,7	34,0	12,9	22,5
Ex-cônjuge	0	565	4.174	5.236	106	10.081	0,0	2,3	12,5	11,2	1,7	7,9
Namorado	0	2.405	1.597	1.352	32	5.386	0,0	9,7	4,8	2,9	0,5	4,2
Ex-namorado	0	729	1.250	913	30	2.922	0,0	2,9	3,7	1,9	0,5	2,3
Filho	0	62	99	1.910	2.206	4.277	0,0	0,2	0,3	4,1	34,9	3,3
Irmão	875	3.421	3.902	3.982	445	12.625	5,4	13,7	11,7	8,5	7,1	9,9
Amigo/conh.	488	748	1.037	1.349	176	3.798	3,0	3,0	3,1	2,9	2,8	3,0
Desconhec.	2.523	5.257	3.732	4.554	485	16.551	15,6	21,1	11,2	9,7	7,7	13,0
Cuidador	275	71	29	49	216	640	1,7	0,3	0,1	0,1	3,4	0,5
Patrão/chefe	4	53	79	128	8	272	0,0	0,2	0,2	0,3	0,1	0,2
Rel. Institucional	149	133	135	243	49	709	0,9	0,5	0,4	0,5	0,8	0,6
Agente da lei	21	97	132	156	11	417	0,1	0,4	0,4	0,3	0,2	0,3
Autoprovocada	419	3.466	4.676	7.386	600	16.547	2,6	13,9	14,0	15,8	9,5	13,0
Outros	2.906	1.853	1.944	3.245	1.080	11.028	18,0	7,4	5,8	6,9	17,1	8,6
Total	16.166	24.922	33.463	46.847	6.312	127.710	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0
Pais	13.264	6.600	1.206	703	73	21.846	82,0	26,5	3,6	1,5	1,2	17,1
Parceiros	0	5.794	16.968	23.414	981	47.157	0,0	23,2	50,7	50,0	15,5	36,9

Fonte: Mapa da Violência 2015, Homicídio de mulheres no Brasil.

Observou-se acima que, mais de 80% das agressões dos menores que estão entre 1 a 11 anos, foi em decorrência dos próprios pais. Para as adolescentes, de 12 a 17 anos de idade, o peso das agressões divide-se entre os pais (26,5%) e os parceiros ou ex-parceiros (23,2%).

Para as jovens e as adultas, de 18 a 59 anos de idade, o agressor principal é o parceiro ou ex-parceiro, concentrando a metade de todos os casos registrados. Já para as idosas, o principal agressor foi um filho (34,9%).

No conjunto de todas as faixas, vemos que prepondera largamente a violência doméstica. Parentes imediatos ou parceiros e ex-parceiros (grafados em alaranjado, nas tabelas) são responsáveis por 67,2% do total de atendimentos

Observa-se ainda que, os registros do Sinan permitir analisar o levantamento do tipo de violência, na qual a mulher sofreu. Possibilitar considerar também que, os atendimentos em si, podem gerar, de fato, diversos tipos de violências. A Tabela 5 permite verificar os tipos de violência mais frequentes e sua incidência nas diversas etapas do ciclo de vida:

Tabela 5- Número e estrutura (%) de atendimento a mulheres pelo SUS.

Tipo de violência	Número						%					
	Criança	Adolescente	Jovem	Adulta	Idosa	Total	Criança	Adolescente	Jovem	Adulta	Idosa	Total
Física	6.020	15.611	30.461	40.653	3.684	96.429	22,0	40,9	58,9	57,1	38,2	48,7
Psicológica	4.242	7.190	12.701	18.968	2.384	45.485	15,5	18,9	24,5	26,6	24,7	23,0
Tortura	402	779	1.177	1.704	202	4.264	1,5	2,0	2,3	2,4	2,1	2,2
Sexual	7.920	9.256	3.183	3.044	227	23.630	29,0	24,3	6,2	4,3	2,4	11,9
Tráfico seres	20	16	28	30	3	97	0,1	0,0	0,1	0,0	0,0	0,0
Econômica	115	122	477	1.118	601	2.433	0,4	0,3	0,9	1,6	6,2	1,2
Neglig./abandono	7.732	2.577	436	593	1.837	13.175	28,3	6,8	0,8	0,8	19,0	6,7
Trabalho Infantil	140	133				273	0,5	0,3	0,0	0,0	0,0	0,1
Interv. Legal	75	94	64	90	29	352	0,3	0,2	0,1	0,1	0,3	0,2
Outras	649	2.359	3.228	4.978	684	11.898	2,4	6,2	6,2	7,0	7,1	6,0
Total	27.315	38.137	51.755	71.178	9.651	198.036	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Fonte: Mapa da Violência 2015, Homicídio de mulheres no Brasil

Observou-se aqui, que a violência física é, certamente está por cima, e de forma elevada, sendo mais frequentemente, assim, presente em mais de 48% dos atendimentos, com especial incidência nas etapas jovem e adulta da vida da mulher, quando chega a representar perto de 60% do total de atendimentos.

No que diz respeito, a violência psicológica, presente em 23,0% dos atendimentos em todas as etapas, considerada, portanto, a segunda maior observância, principalmente da jovem em diante. Posteriormente, tem-se a violência sexual, objeto de 11,9% dos atendimentos, com maior incidência entre as crianças até 11 anos de idade (29,0% dos atendimentos) e as adolescentes (24,3%).

Destaque entre as crianças, a negligência/abandono por parte dos pais ou responsáveis é registrada em 28,3% dos atendimentos nessa faixa. Também entre idosos se observa elevados níveis de abandono

4. UMA ANÁLISE DAS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS PELA LEI 13.827/2019 E LEI 13.984/2020.

Perceb-se que historicamente a Lei Maria da Penha fez com que houvesse um impulsionamento para criação de Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher no que diz respeito ao combate à violência. Por outro lado, considerando o tamanho do país é sabido que nem todos os municípios podem contar com uma delegacia especializada, (MELLO E PAIVA, 2020, pg. 270).

Neste sentido, surge a lei 13.827/2019 que autoriza o delegado ou policial conceder medida de urgência, caso não haja Juiz na comarca onde ocorreu a violência, ou, no segundo caso, quando da ausência do delegado de polícia. Nota-se que a referida lei buscou dar assistência às mulheres vítimas de violência, de modo que seja possível obter medida de urgência que preserve sua integridade física e moral.

A possibilidade de concessão de medidas protetivas de urgência é considerada inovadora no combate a violência contra a mulher por, em tese, permitir uma interrupção do ciclo de violência sem que haja como primeira resposta, na maioria dos casos, ações drásticas como a privação da liberdade do ofensor. Isto porque, ao acessar as autoridades estatais, a vítima não pretende necessariamente o rompimento da relação, buscando-se, na maioria das vezes, a interrupção da violência, que em muitos casos é frustrada com uma atuação do estado voltada somente para a sanção penal do agressor.

Nesta esteira, a lei 13.984/2020 também é inovadora porque introduz as medidas de recuperação e reeducação do agressor, além de possibilitá-lo o acompanhamento psicossocial individual ou em grupo de apoio, justamente visando a melhoria no que se refere ao seu relacionamento com a vítima.

A grande dúvida surge em relação aos grupos reflexivos ou programas de acompanhamento, levando em consideração que a lei não trata de quais seriam esses programas de acompanhamento, quais as metodologias utilizadas, e o que se entende, para os casos de violência contra a mulher, por reeducar e recuperar, e o tempo que o agressor seria submetido a tais programas.

Por se tratar de duas leis recentes que alteram a Lei Maria da Penha, não resta verificado a redução de número de casos de violência contra a mulher no país, no entanto, as alterações tendem a surtir efeitos a partir da sua aplicação prática, além da sociedade ter conhecimento de que as leis 13.827/2019 e 13.984/2020, são inovadores e contribuem não só no acesso à justiça, como também na forma que será conduzido

o agressor afim de recuperá-lo, reeduca-lo e submete-lo ao acompanhamento psicossocial.

As medidas de recuperação, reeducação e acompanhamento do agressor não podem ser confundidas como antecipação de pena, até porque elas ocorrem independentemente de sentença penal condenatória. Todavia, há de ser dito que tais medidas tendem a ser mais favoráveis ao agressor do que a vítima.

O efetivo cumprimento da medida protetiva não tem qualquer impacto na fixação da pena ou sem sua diminuição pelo fato de o autor já ter comparecido ao atendimento psicossocial. Ademais, a participação em grupos reflexivos objetiva não a pena, mas a educação, a observação de padrões violentos e mudanças de comportamentos que trazem benefícios ao próprio réu (Mello e Paiva, 2020, pg. 326)

Nesta senda, ao mesmo tempo que as medidas de recuperação, reeducação e acompanhamento psicossocial são favoráveis ao agressor, não se pode negar que beneficia a vítima no que diz respeito a manutenção do vínculo afetivo existente entre ela e o agente. Isso porque, dependendo do caso, a vítima busca o aparato judicial como um meio de cessar a violência, mas não o vínculo com o agressor. Isto porque quando se discute a questão da violência contra a mulher, não se aborda somente a relação conjugal estabelecida entre o agressor e a vítima, mas se busca tutelar também os casos em que mães são vítimas de seus próprios filhos, por exemplo, estando presente, neste caso, o vínculo afetivo entre ambos, o que reforça a importância da recuperação, reeducação e acompanhamento do agressor, de modo que este possa ter uma boa conduta a partir daí (DIAS, 2015, pg. 75).

Frise-se que a recuperação, reeducação e o acompanhamento psicossocial do agressor não pode existir somente no ponto de vista teórico, sendo necessário que haja suporte técnico para a implementação e efetivação daquilo que se propõe com tais medidas.

Cabe, portanto, ao Poder Executivo delinear e implementar uma política pública voltada para o atendimento psicossocial dos supostos agressores como forma de prevenção a futuros delitos e combate à violência de gênero. O impacto da reeducação na mudança de padrões comportamentos violentos é profundo quando há um serviço bem estruturado, capaz de lidar com a

demanda e com uma equipe capacitada. A maior parte das sanções penais não são capazes de operar sozinhas mudanças radicais de comportamento (Mello e Paiva, 2020, pg. 329).

A inovação trazida pela lei 13.984/2020 é bem recebida no mundo jurídico, posto que não é possível uma mudança radical de uma relação violenta quando somente se trabalha com a vítima. É necessário que o trabalho de acompanhamento psicossocial se dê também em face do agressor, pois toda a sociedade enxerga a necessidade da vítima em contar com este tipo de suporte, mas poucos enxergam a necessidade do agressor (MELLO E PAIVA, 2020, pg. 240).

Por outro lado, tem-se como benéfico para a vítima a flexibilização que a lei 13.827/2019 trata as medidas de urgência, pois, em regra, elas só podem ser concedidas pelo Juízo competente. Todavia, como dito, a lei em referência dispõe que o delegado pode conceder medida de urgência quando não houver juiz na comarca, ou possibilita ao policial também conceder medida de urgência a vítima quando não houver juiz e nem delegado na comarca.

No presente cenário, não se verifica qualquer violação ao devido processo legal, tendo em vista que não é retirado do juiz o seu poder jurisdicional, pelo contrário, a flexibilização busca tutelar os interesses da vítima em caráter de urgência, devendo, a concessão da medida de urgência pelo delegado ou policial, ser submetida ao juízo em até 24 horas.

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do caput deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas

e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente. (BRASIL, 2020).

A concessão de Medida de Urgência pela autoridade policial privilegia a dignidade da pessoa humana, uma vez que a mulher não pode apanhar e ser submetida ao agressor, sem chance de escapar, somente porque naquela localidade não há juiz ou delegado de polícia. O agente policial que atender a ocorrência tem a obrigação de afastar o ofensor (DIAS, 2015, pg. 65).

A aplicabilidade das medidas de urgência de recuperação, reeducação e acompanhamento psicossocial do agressor levanta dúvidas acerca da possibilidade de cumular estes mecanismos com outros previstos tanto no próprio art. 22, da Lei Maria da Penha, como também em outra legislação.

Na verdade, o questionamento consiste na limitação possivelmente imposta pela lei ou na flexibilização concedida por ela, de modo que as medidas possam ser concedidas de maneira cumulativa. Neste sentido, o §1º do art. 22, da Lei Maria da Penha, é claro quanto a possibilidade de aplicação cumulativa das medidas:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

[...]

§1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.

Frise-se, ainda, que a possibilidade de concessão de medidas de urgência em favor da ofendida não se dê apenas com relação as medidas previstas na lei Maria da Penha, existindo a possibilidade de se aplicar outras previstas em legislações extravagantes.

O rol de medidas protetivas de urgência não se limita ao exposto pelo legislador. Assim, a/o magistrada/o, de ofício ou provocada/o pela defesa da ofendida, pode determinar outras

medidas não listadas na lei “sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público” (Mello e Paiva, 2020, pg. 332).

Assim, não resta dúvidas sobre a possibilidade de aplicação de medidas de urgência cumuladas com outras medidas previstas tanto na lei Maria da Penha, como também em outra legislação extravagante, desde que demonstrada que são necessárias a segurança da ofendida ou as peculiaridades do caso exigirem a aplicação em conjunto das medidas protetivas de urgência (BRASIL, 2020).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O trabalho, atingiu o objetivo proposto, justamente porque, aduziu-se pertinentemente dados concretos sobre a taxa de violência de antes e depois da referida lei, a qual verificou-se que apesar do aumento ainda ser crescente, poderia ser bem pior, caso não houvesse tal legislação infraconstitucional.

Os dados apresentados foram selecionados através de um estudo que dispôs especificamente sobre o mapa da violência das mulheres, permitindo uma análise mais aprofundada. Portanto, verifica-se fundamentalmente a importância de se ter a Lei Maria da Penha, que ano após ano, demonstrar concretude nos seus objetivos e, que apesar, de ainda ser culturalmente comum violência doméstica contra a mulher, apresenta-se como algo que está sendo enfrentado de frente pela sociedade.

Notadamente outro objetivo alcançado, sendo evidentemente o mais importante foi possível denotar com clareza as mudanças recentes na legislação sobre mecanismos que visam fortalecer juridicamente as medidas de prevenção da violência doméstica.

No mais, a pesquisa foi de suma importância para o meio acadêmico e também para a sociedade, justamente por permitir que houvesse uma análise mais acentuada e inteligente da pertinência dessa Legislação, a qual, tornou-se um marco na luta das mulheres contra a violência doméstica.

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Maria de Fátima. **Violência sexual na família**. Disponível em www.scielo.br, acesso em 04.10.2020.

BESSA, MC. A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: DISTÚRBIO SOCIAL E AS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO MEIO COLABORATIVO PARA SUA ERRADICAÇÃO. 2020. Disponível:

<https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/128/1/TCC%20MARCELLA%20>

ROBERTA.pdf. Acesso em: 06 de abril de 2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 37ed.São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Lei nº 13.984, de 3 de abril de 2020, Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 3 de abril de 2020, edição extra B.

DIAS, Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na Justiça. Disponível em: <http://www.mariaberenice.com.br/uploads/17_-_a_lei_maria_da_penha_na_justi%E7a.pdf>. Acesso em 22 de março de 2021

DIAS, Maria Berenice. Lei Maria da Penha: **A efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais LTDA, 2015.

ESSY, Daniela Benevides. A evolução histórica da violência contra a mulher no cenário brasileiro: do patriarcado à busca pela efetivação dos direitos humanos femininos. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50534/a-evolucao-historica-daviolencia-contra-a-mulher-no-cenario-brasileiro-do-patriarcado-a-busca-pelaefetivacao-dos-direitos-humanos-femininos>>. Acesso em: Acesso em 22 de março de 2021

MELLO, Adriana Ramos de; PAIVA, Lívia de Meira Lima. **Lei Maria da Penha na Prática**. 2ªed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de Direito Constitucional**. 8ªed. São Paulo: Saraiva, 2015.

PINAFI, Tânia. Violência contra a mulher: políticas públicas e medidas protetivas na contemporaneidade. Disponível em: <<http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao21/materia03/>> Acesso em: Acesso em 22 de março de 2021

SILVA, Natasha Ramos; SOTERO, Andrea Luiza Escarabelo. A ineficiência da aplicabilidade na Lei Maria da Penha. Disponível: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-ineficiencia-da-aplicabilidadena-lei-maria-da-penha/>>. Acesso em: Acesso em 22 de março de 2021

O DEVER DO ESTADO NA GARANTIA DOS DIREITOS E ASSISTÊNCIA AO IDOSO

DÉBORA SILVA SIMÕES:

Bacharelanda em Direito pelo
Centro Universitário São Lucas
Ji-Paraná

AROLDO BUENO DE OLIVEIRA

(orientador)

RESUMO: Com o passar dos tempos, e com a evolução da sociedade a pessoa idosa cada vez mais perdeu espaço em meio a população, pois em muitos casos o idoso é taxado como inválidos e dependentes de ajuda, causando sempre empecilhos para suas famílias e para a sociedade. Este fato se dá principalmente pelo motivo de que, em uma sociedade capitalista, aquele que não contribuiu efetivamente, tende a ser excluído, e com isso, perde direitos dentre a população. Diante essa perspectiva, as nações mundiais, no intuito de incluírem o idoso novamente na sociedade propuseram por diversas políticas públicas que assegurassem tanto direitos quanto garantias a estes, tendo o Brasil tomado parte nestas premissas também. Contudo, mesmo que já tenham sido efetivados direitos e garantias aos idosos, em muito o Estado peca em não os aplicar na prática, razão a qual novas medidas devem ser tomadas no intuito de efetivar tais direitos de suma necessidade aos idosos.

Palavras-chave: Idoso. Legislação. Direitos. Estado.

ABSTRACT: With the passage of time, and with the evolution of society, the elderly person increasingly lost space among the population, because in many cases the elderly are taxed as disabled and dependent on help, always causing obstacles for their families and for society. This fact occurs mainly for the reason that, in a capitalist society, the one that did not contribute effectively, tends to be excluded, and with that, loses rights among the population. In view of this perspective, the world nations, in order to include the elderly again in society, proposed by various public policies that ensured both rights and guarantees to them, with Brazil taking part in these premises as well. However, even though rights and guarantees have already been put into effect for the elderly, the State still fails to apply them in practice, which is why new measures must be taken in order to make such rights of paramount importance to the elderly.

Keywords: Elderly. Legislation. Rights. State.

INTRODUÇÃO

Versa a Carta Constitucional 1988 que todos são iguais perante a Lei, sem distinção de qualquer natureza, com isso, a impetração clara é, não importa qual seja

seu gênero, cor, raça, etnia ou idade, todos tem direitos e garantias que devem ser assegurados pelo Estado.

Nessa perspectiva, aponta-se que o idoso também se enquadra nessa situação, tendo o Estado dever de fazer valer o que versa a Constituição Federal, assegurando aos idosos seus direitos à vida, à saúde, à liberdade, dentre outros.

É sabido que o idoso além de assegurado de seus direitos constitucionais, ainda detém direitos específicos que são destinados somente a eles através da Lei 10.741/2003 - Estatuto do Idoso -, que foi promulgado na clara intenção de garantir ao idoso o direito a uma vida digna e plena.

Porém, mesmo que esses direitos sejam líquidos e certos, o Estado "*ainda peca*" em não os garanti-los na sua integralidade, motivo de discussões sobre o real sentido do Estado não cumprir com seu papel de beneficiar alguém que já possui direitos e garantias assegurados.

No intuito de demonstrar as falhas estatais no cumprimento dos direitos dos idosos será abordado um breve histórico acerca da evolução dos direitos dos idosos, bem como as leis que garante esses direitos no ordenamento jurídico nacional, além de demonstrar em quais pontos o Estado tem falhado em garantir esses direitos.

Justifica-se o tema na justa medida que os idosos, apesar de sujeito de direito pela sua situação de vulnerabilidade, tem sofrido diversas irregularidades estatais, em um momento que necessita de uma atuação preventiva e assistencial pelo Estado com vistas a garantir seu restante de vida de forma digna.

A metodologia a ser utilizada nesse trabalho será a qualitativa de natureza exploratória e explicativa, a fim de demonstrar como tem o Estado falhado no dever de assegurar os direitos dos idosos.

1. EVOLUÇÃO DOS DIREITOS AOS IDOSOS

A forma como o idoso é visto na sociedade sofreu diversas alterações com o passar dos séculos; antigamente, o idoso era visto como uma pessoa sabia, que sempre tinha conselhos, sempre sabia o que e como fazer algo, sempre auxiliava os mais novos nas tarefas mais complexas.

Isso se dava pois o idoso possuía grande experiência de vida, ou seja, a cada ano vivido, mais sábio o idoso era, e mais informações poderia passar para aqueles que o buscavam. Maria Helena Concone, versa a respeito dos idosos nos tempos passados:

[...] os textos etnográficos estão recheados de exemplos de sociedades tradicionais nas quais o papel do idoso é extremamente importante: repositório de conhecimento, depositário da tradição, o velho desempenha numerosos papéis sem os quais tais das ociedades pereceria. (2005, p. 137)

Uma das civilizações que mais valorizaram o papel do idoso na sociedade é sem dúvidas a chinesa, onde o idoso é visto como um norte a ser seguido por todos os membros da família, sempre respeitado e obedecido em cada ensinamento que passa adiante.

Com a evolução da sociedade, os idosos foram perdendo seu espaço junto a sociedade, por diversas razões: seja por representar parte da sociedade que não trabalhava mais, seja pela crença que o idoso não tem mais função para o desenvolvimento social.

O Direito dos Idosos surge como uma alternativa para compensar ou, pelo menos, minimizar os danos causados por uma organização sócio-econômica que não valoriza o que nós somos, mas aquilo que nós produzimos. E se não produzimos não somos nada, praticamente não participamos da vida social (ALONSO, 2005, p.33).

Com isso, diversos países tiveram de adotar medidas que visam garantir e assegurar direitos aos idosos, desde os mais fundamentais como a vida, segurança, saúde, até os mais específicos como, prioridades em filas de repartições públicas e privadas, vagas especiais por exemplo.

Tais medidas visam dar maior valorização ao idoso dentro da sociedade, consequência que pode ser ligada diretamente ao capitalismo; assim, as leis e estatutos que foram criados visam garantir proteção, dignidade e qualidade de vida a todos os idosos que se encontrem ou não em situação de desprezo social.

Durante a trajetória de medidas tomadas pelas nações para assegurar uma melhor qualidade de vida aos idosos deve-se citar a o Plano de Ação Internacional de Viena sobre o Envelhecimento, de 1982, a qual discutiu políticas públicas e programas sociais relacionados aos idosos, com findo a garantir-lhes melhores condições de vida. Versa o artigo 1º do Plano de Ação Internacional:

1. Reconhecendo a necessidade de assinalar à atenção mundial os graves problemas que afligem uma parte cada vez maior da população do mundo, a Assembléia Geral das Nações Unidas decidiu, em sua resolução 33/52, de 14 de dezembro de 1978,

convocar, em 1982, uma Assembléia Mundial sobre o Envelhecimento. O propósito era que a Assembléia Mundial servisse de foro “para iniciar um programa internacional de ação que visa a garantir a segurança econômica e social das pessoas de idade, assim como oportunidades para que essas pessoas contribuam para o desenvolvimento de seus países”. Em sua resolução 35/129, de 11 de dezembro de 1980, a Assembléia Geral manifestou também seu desejo de que, como resultado da Assembléia Mundial, “as sociedades reajam mais plenamente ante as conseqüências sócio-econômicas do envelhecimento das populações e ante as necessidades especiais das pessoas de idade”. Tendo presentes tais objetivos, foi concebido este Plano de Ação Internacional sobre o Envelhecimento (VIENA, 1982)

O plano de ação já em 1982, previa o quão difícil seria a vida do idoso com a evolução social ocasionada pelo capitalismo, onde cada vez mais, a busca por dinheiro afetaria o discernimento da sociedade, fazendo-os crer que o idoso não mais serve para as funções de desenvolvimento da nação.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA

Segundo aponta o Estatuto do Idoso em seu artigo 1º, é considerado pessoa idosa toda aquela que possuirá idade igual ou superior a sessenta anos, sendo este o único critério exigido pelo Estatuto para que a pessoa seja considerada com idosa ou não (BRASIL, 2003).

Norbeto Bobbio ensina que existem critérios para tal limite, a exemplo os critérios cronológicos, psicobiológicos e o critério econômico-social, *in litteris*:

O cronológico define como idoso a pessoa que tem mais idade do que um certo limite preestabelecido. Por se tratar de um critério objetivo, de fácil verificação concreta, geralmente é adotado pelas legislações, como, por exemplo, a que trata da aposentadoria por idade... Pelo critério psicobiológico deve-se buscar uma avaliação individualizada da pessoa, ou seja, seu condicionamento psicológico e fisiológico, logo, importante não é a sua faixa etária, mas sim as condições físicas em que está o seu organismo e as condições psíquicas de sua mente... O critério econômico-social considera como fator prioritário e fundamental, uma visão abrangente do patamar social e econômico da pessoa, partindo-se sempre da ideia de que o

hipossuficiente precisa de maior proteção se comparado ao auto suficiente (BOBBIO *apud* BRAGA, 2011, p. 03).

Assim como qualquer cidadão nacional o idoso também faz jus aos direitos fundamentais expostos na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, *caput*, que versa 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).

Com isso, o idoso no Brasil tem assegurados todos os direitos que são previstos na Constituição, bem como também possui leis específicas que redobram essas garantias, como é o caso do Estatuto do Idoso. O Estatuto do Idoso foi formulado com a premissa de assegurar que os idosos pudessem ter vida digna enquanto tem seu repouso merecido após tantos anos de serviços prestados. Neste sentido, versa o Estatuto do Idoso:

Art. 2º O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade (BRASIL, 2003).

Com isso, o idoso passou a deter maior segurança nos seus direitos fundamentais, devendo tanto Estado quanto sociedade zelar por essa garantia. Diante disso, será abordado acerca das Políticas de Proteção e Assistência ao Idoso, bem como os principais direitos fundamentais que o Estado assegura aos idosos, a fim de melhor exemplificar tais conceitos e fundamentos.

2.1 Políticas de Proteção e Assistência ao idoso

Primeiramente antes de expor quais são as Políticas de Proteção e Assistência aos Idosos necessário se faz apresentar qual é o conceito e a finalidade desta garantia estatal. De forma resumida, as Políticas Públicas servem como uma espécie de agenda de trabalho do Estado, que visa sanar as dificuldades encontradas no dia a dia da sociedade, como a exemplo, questões envolvendo discriminação ou preconceito.

Para Lidomar Wessler Bonetti (1997, p. 188) "política pública é o resultado da dinâmica do jogo de forças que se estabelece no âmbito das relações de poder, relações essas construídas pelos grupos da sociedade civil". Assim, essas medidas se

tornam meios para fins, ou seja, é a forma que o Estado encontra para resolver determinado problema que assola a sociedade.

As Políticas Públicas são amplamente utilizadas no meio social, atingindo todas as esferas da sociedade, desde as classes mais baixas até as mais altas, apresentando orientações e disposições impostas pelo Governo Nacional. Tais medidas afetam diretamente ou indiretamente as condutas dos cidadãos, adentrando o âmbito pessoal, social, profissional e educacional.

Fernanda Matos e Reinaldo Dias (2012, p. 69), exemplificam que,

Delimitar um problema público é politicamente fundamental no processo de elaboração de uma política pública; envolve definir quais são seus elementos e sintetizar em uma fase a essência do mesmo. No entanto, é importante destacar que qualquer definição oficial do problema é temporária. Nas fases sucessivas de formulação das alternativas e, principalmente, na implementação, os problemas públicos podem ser redefinidos e adaptados por alguns dos atores envolvidos.

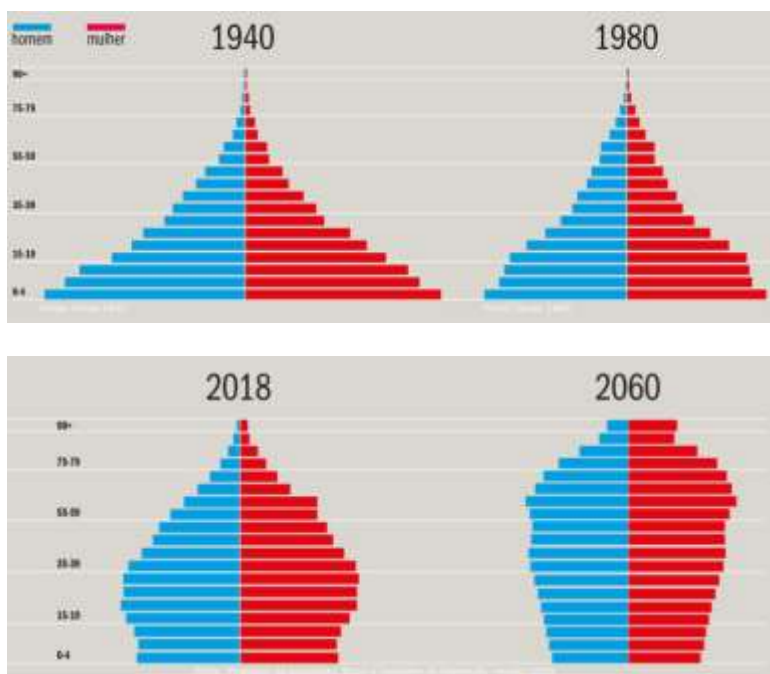
Assim sendo, após que uma política pública é definida e apresentada a sociedade, diversos programas, projetos e pesquisas são elaborados para analisar o fato gerador de tais medidas, com o fim de solucionar o problema e garantir o possível direito suprimido. Após terminada a pesquisa de campo in situ, o legislador deve estabelecer leis, planos, estatutos ou afins que façam valer o desejo do Poder Público.

Sabendo o Poder Público que a quantidade de idosos no país poderia sobrepor em muito a quantidade de pessoas não idosas, pelo simples fator de que, nas décadas passadas a quantidade de filhos por família variava de três a oito, sendo que após a virada do século o número de filhos por família tende a variar de um a três, era necessário fazer com que esse número massivo de pessoas possa deter inclusão e restante de vida digna, o que se fez através das Políticas Públicas.

A relação entre a porcentagem de idosos e de jovens é chamada de "índice de envelhecimento", que deve aumentar de 43,19%, em 2018, para 173,47%, em 2060. Esse processo pode ser observado graficamente pelas mudanças no formato da pirâmide etária ao longo dos anos, que segue a tendência mundial de estreitamento da base (menos crianças e jovens) e alargamento do corpo (adultos) e topo (idosos).

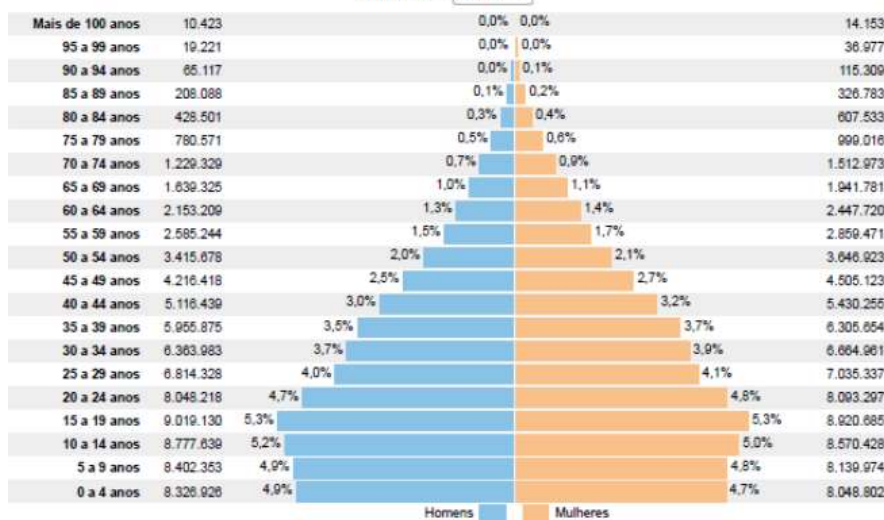
A demógrafa comenta que as principais causas para essa tendência de envelhecimento seriam o menor número de nascimentos a cada ano, ou seja, a queda da taxa de fecundidade, além do aumento da expectativa de vida do brasileiro. Segundo as Tábuas Completas de Mortalidade, do IBGE, quem nasceu no Brasil em 2017 pode chegar, em média, a 76 anos de vida. Na projeção, quem nascer em 2060 poderá chegar a 81 anos. Desde 1940, a expectativa já aumentou 30,5 anos. (BRASIL, 2021).

É possível visualizar nos últimos 20 anos o crescimento dessa faixa etária na população brasileira, crescendo sua importância no âmbito das políticas públicas:



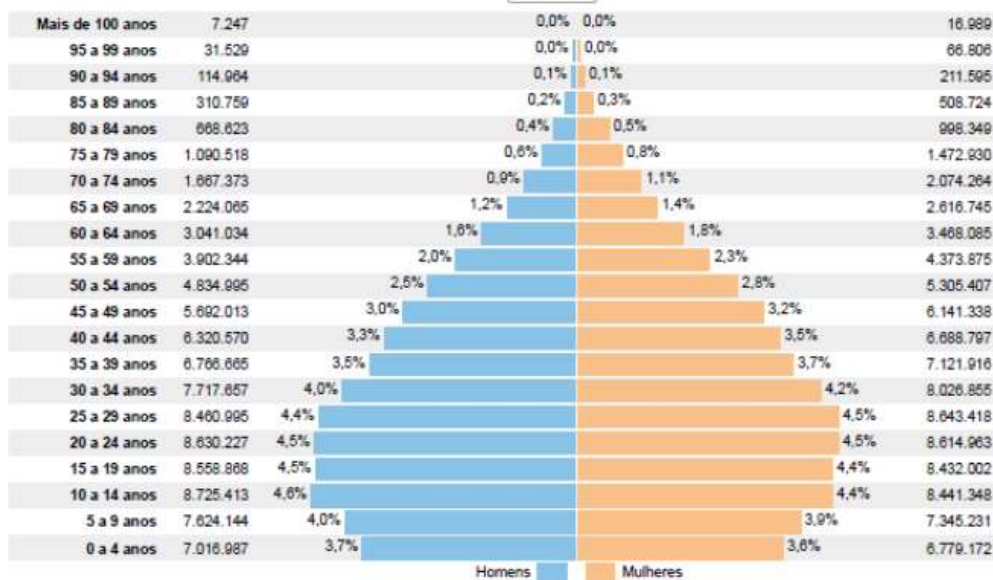
IBGE – Pirâmide Etária – BRASIL – 2021

Distribuição da população por sexo, segundo os grupos de idade
BRASIL - 2000

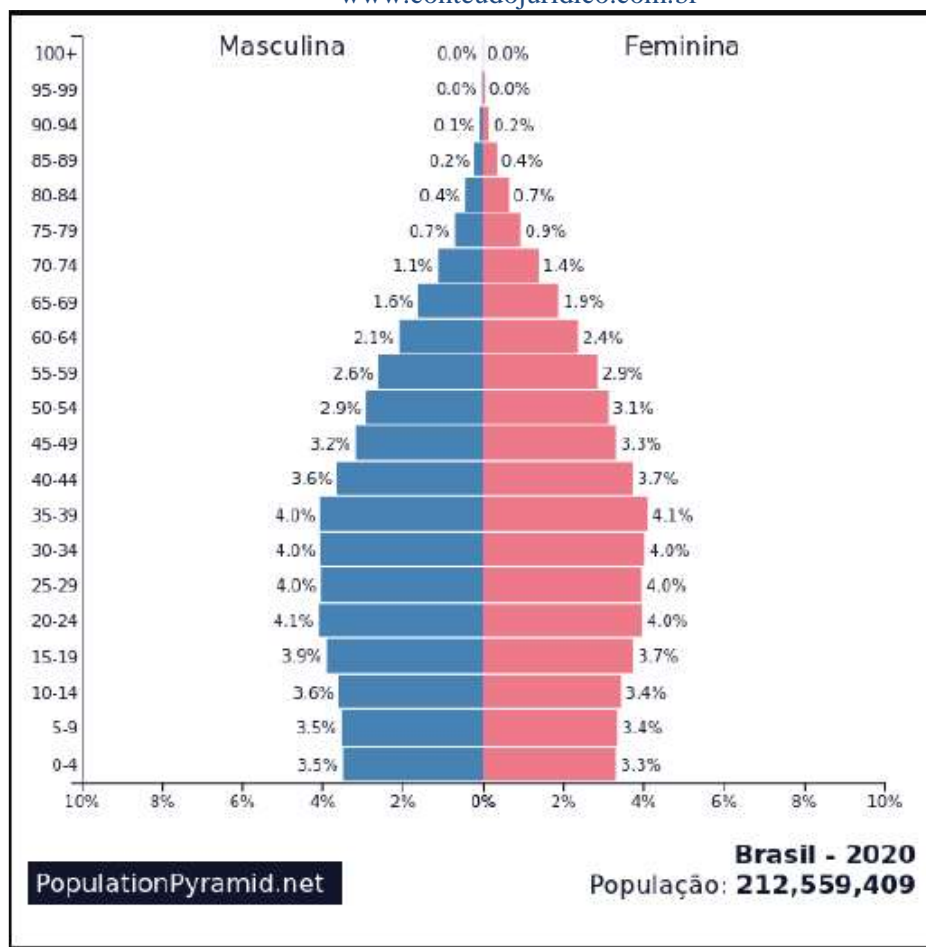


IBGE – Pirâmide Etária – BRASIL – 2000

Distribuição da população por sexo, segundo os grupos de idade
BRASIL - 2010



IBGE – Pirâmide Etária – BRASIL - 2010



PYRAMID NET – Pirâmide Etária – BRASIL - 2020

Neste sentido, com fim de solucionar problemas ligados ao convívio do cidadão idoso dentro de uma sociedade, em muitos casos capitalista, o Poder Público optou por criar Políticas Públicas de Proteção e Assistência a todos os idosos que estiverem dentro do território nacional.

Tal medida acompanha diretamente o que versa a Constituição Federal de 1988, em seu art. 230, "A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida". (BRASIL, 1988)

Desta feita, conforme exposto pela Carta Magna, não só basta ao Estado tomar frente aos cuidados na proteção e assistência aos idosos, mas sim é dever de seus familiares bem como de toda a sociedade garantir os meios de vida digna e saudável a estas pessoas que agora não detêm mais as forças da juventude.

Com isso, no ano de 1994 foi promulgada a Lei nº 8.842, que dispõe sobre a Política Nacional do Idoso, criando para tanto o Conselho Nacional do Idoso. Tal

medida foi um grande avanço para fazer com que sociedade compreendesse a importância do idoso na convivência social. (BRASIL, 1994)

A presente lei traz em seu art. 3º quais serão os princípios que regem a política nacional do idoso,

Art. 3º A política nacional do idoso rege-se pelos seguintes princípios:

I - a família, a sociedade e o estado têm o dever de assegurar ao idoso todos os direitos da cidadania, garantindo sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade, bem-estar e o direito à vida;

II - o processo de envelhecimento diz respeito à sociedade em geral, devendo ser objeto de conhecimento e informação para todos;

III - o idoso não deve sofrer discriminação de qualquer natureza;

IV - o idoso deve ser o principal agente e o destinatário das transformações a serem efetivadas através desta política;

V - as diferenças econômicas, sociais, regionais e, particularmente, as contradições entre o meio rural e o urbano do Brasil deverão ser observadas pelos poderes públicos e pela sociedade em geral, na aplicação desta lei. (BRASIL, 1994)

Estes princípios devem ser cumpridos e obedecidos a todo custo, tanto pela sociedade, bem como a família do idoso e o Poder Público, a fim de garantir com que o idoso possa ter um envelhecimento digno e saudável, fazendo valer todos os direitos já assegurados pelo Estatuto do Idoso e pela Constituição Federal de 1988.

O art. 4º da referida lei de políticas públicas aos idosos ainda traz quais devem ser as diretrizes a serem almejadas pelo conjunto de pessoas que envolvem o cidadão de terceira idade,

Art. 4º Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

I - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações;

II - participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos;

III - priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência;

IV - descentralização político-administrativa;

V - capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços;

VI - implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo;

VII - estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento;

VIII - priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família;

IX - apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.

Parágrafo único. É vedada a permanência de portadores de doenças que necessitem de assistência médica ou de enfermagem permanente em instituições asilares de caráter social. (BRASIL, 1994)

Assim sendo, como pode-se observar pelas diretrizes a serem seguidas a intenção do legislador bem como do Poder Público é fazer com que o idoso consiga ser incluído na sociedade, sem que haja discriminação ou qualquer outro tipo de preconceito.

Importante salientar que, através destas diretrizes nota-se o quão importante é a família ao idoso, ao passo que, conforme aponta o inciso III, do art. 4º, a família deve optar a todo custo manter o idoso em seu convívio social, não o enviando a asilos ou afins, com exceção daqueles que não conseguem ter seu sustento próprio.

Outro ponto importante da lei que trata a respeito da política nacional do idoso é o que expõe o art. 10, a respeito da promoção e assistência social, saúde, educação, trabalho e previdência social, habitação e urbanismo e acesso a justiça. Assim, cerca de 10 anos após tais determinações surge o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), a qual pode proporcionar todos os direitos suprimidos, fazendo valer as garantias dignas de cada idoso.

2.2 – DIREITOS FUNDAMENTAIS

Como primeiro direito assegurado aos idosos temos o Direito à vida, que nada mais é que a garantia de que o idoso possa viver o restante de sua jornada com maior tranquilidade, sem dificuldades. Assim, o direito à vida é ligado diretamente a questão do envelhecimento, assim como aponta o artigo 8º do Estatuto do Idoso, “o envelhecimento é um direito personalíssimo e a sua proteção um direito social, nos termos desta lei e da legislação vigente”. (BRASIL, 2003).

O direito ao envelhecimento do idoso, na modalidade de direito à vida é algo que deve ser assegurado tanto pelo Estado quanto pela sociedade, ao passo que ambos devem participar ativamente nesta defesa da pessoa de terceira idade, a fim de ser garantido tal direito da melhor forma possível.

Versa ainda o art. 9º do Estatuto do Idoso, “é obrigação do Estado garantir à pessoa idosa a proteção à vida e à saúde, mediante efetivação de políticas sociais públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade”. Assim subentende-se que o Estado além de garantir a vida, deve garantir o direito à saúde ao idoso, com medidas públicas relativas a tratamentos médicos e afins. (BRASIL, 2003)

A aplicação desses direitos é necessária para garantir a premissa democrática nacional bem como o princípio basilar da dignidade da pessoa humana bem como o princípio da igualdade.

Outro direito importantíssimo para o idoso é o da liberdade previsto tanto na Constituição quanto no Estatuto do Idoso refere-se ao direito basilar de ir e vir, ou seja, a pessoa idosa, com plenas capacidades mentais, que não necessite de auxílio, pode transitar em qualquer local do território nacional sem que seja impedido pelo simples fato de ser idoso.

Tal direito também se refere a liberdade do idoso poder se expressar a respeito de determinado assunto, desde que não infrinja crime contra ou honra de outrem ou afins.

Assim, lê-se o que versa o art. 10 do Estatuto do Idoso:

Art. 10. É obrigação do Estado e da sociedade assegurar à pessoa idosa a liberdade, o respeito e a dignidade, como pessoa humana e sujeito de direitos civis, políticos, individuais e sociais, garantidos na Constituição e nas leis.

§ 1º O direito à liberdade compreende, entre outros, os seguintes aspectos:

I – faculdade de ir, vir e estar nos logradouros públicos e espaços comunitários, ressalvadas as restrições legais;

II – opinião e expressão;

III – crença e culto religioso;

IV – prática de esportes e de diversões;

V – participação na vida familiar e comunitária;

VI – participação na vida política, na forma da lei;

VII – faculdade de buscar refúgio, auxílio e orientação.

§ 2º O direito ao respeito consiste na inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, de valores, ideias e crenças, dos espaços e dos objetos pessoais.

§ 3º É dever de todos zelar pela dignidade do idoso, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor. (BRASIL, 2003)

Além da liberdade de ir e vir, e também de expressão, o presente artigo também assegura ao idoso a garantia do respeito e da dignidade, onde um se refere a garantia de não sofrer qualquer tipo de ofensa de outrem, sendo esta física ou verbal, que venha a lhe prejudicar sua imagem, identidade ou afins, e o outro se refere a premissa exposta pela Declaração Universal dos Direitos Humanos.

É necessário que tais preceitos sejam adotados pelo Estado e também pela sociedade para que haja assim um escopo de dignidade ao idoso, que não mais possui as forças da juventude para se defender das inúmeras irregularidades que possam vir a acontecer com ele.

Outro direito fundamental ao idoso é o dos alimentos (art. 11 a 14 do Estatuto do Idoso), o qual pode ser prestado tanto por seus familiares, quanto pelo Estado, caso

a família não tenha condições financeiras de arcar com esse direito. Neste sentido, observa-se o posicionamento do Tribunal de Justiça do Mato Grosso:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDA DE PROTEÇÃO A IDOSO COM 82 ANOS DE IDADE – FIXAÇÃO DE ALIMENTOS PROVISIONAIS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA ENTRE OS FILHOS – ART. 12 DA LEI 10.741/2003 (ESTATUTO DO IDOSO) – EXCLUSÃO DA OBRIGAÇÃO DE ALIMENTAR – IMPOSSIBILIDADE – IDOSO EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE – ART. 229 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – DECISÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO.

De acordo com o disposto no art. 229 da Constituição Federal, os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

A obrigação alimentar em favor de pessoa idosa é solidária, consoante o art. 12 do Estatuto do Idoso, podendo a pretensão de satisfação dos alimentos ser deduzida contra um, alguns ou todos os filhos.

A declaração de renda familiar apresenta pela Agravante não demonstra razões para a exclusão da sua obrigação de pagar parte da verba alimentar ao seu genitor, a qual foi fixada, de maneira solidária, no valor equivalente a um salário mínimo vigente (N.U 1011618-78.2019.8.11.0000, CÂMARAS ISOLADAS CÍVEIS DE DIREITO PRIVADO, CLARICE CLAUDINO DA SILVA, Segunda Câmara de Direito Privado, Julgado em 27/11/2019, publicado no DJE 29/11/2019) (Grifo Nosso).

Assim sendo, é claro o dever dos familiares bem como do Estado em assegurar o direito aos alimentos para o idoso que necessitar, fazendo cumprir o que rege a Constituição, o Estatuto do Idoso e as demais legislações e convenções internacionais de amparo a velhice digna.

Em sequência temos um dos direitos que é mais primordial para a vida do idoso, que é o acesso universal a saúde, previsto nos artigos 15 a 19 do Estatuto do Idoso, sendo dever do Estado garantir esse direito através do Sistema Único de Saúde (SUS), que deve tanto fornecer o atendimento grátis, quanto os medicamentos necessários, assim como aponta o §1º e 2º do art. 15:

§ 1º A prevenção e a manutenção da saúde do idoso serão efetivadas por

meio de:

I – cadastramento da população idosa em base territorial;

II – atendimento geriátrico e gerontológico em ambulatórios;

III – unidades geriátricas de referência, com pessoal especializado nas áreas

de geriatria e gerontologia social;

IV – atendimento domiciliar, incluindo a internação, para a população que

dele necessitar e esteja impossibilitada de se locomover, inclusive para idosos

abrigados e acolhidos por instituições públicas, filantrópicas ou sem

fins lucrativos e eventualmente conveniadas com o poder público, nos

meios urbano e rural;

V – reabilitação orientada pela geriatria e gerontologia, para redução das

sequelas decorrentes do agravo da saúde.

§ 2º Incumbe ao poder público fornecer aos idosos, gratuitamente, medicamentos,

especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses

e outros recursos relativos ao tratamento, habilitação ou reabilitação. (BRASIL, 2003)

Importante salientar que, o Estado veda qualquer tipo de cobrança desigual para idoso em razão de sua idade, assim como aponta o §3º do art. 15, assim sendo, planos de saúde em momento algum podem aumentar o valor de cobrança após a

pessoa completar 60 anos, tal medida foi necessária para garantir a igualdade e dignidade de idosos com idades mais avançadas.

Também é assegurado o atendimento especializado a aqueles idosos que possuem determinados tipos de deficiência, assim como aponta o §4º o art. 15, devendo o Estado disponibilizar de pessoal e material necessário para realização do atendimento prioritário.

Por fim, importante frisar que o Estatuto do idoso em seu art. 19 veda qualquer tipo de maus tratos ou violência praticados contra idosos, cabendo aos serviços de saúde públicos e privados notificarem à autoridade sanitária, bem como a autoridade policial, Ministério Público, Conselho Municipal do Idoso, Conselho Estadual do Idoso e Conselho Nacional do Idoso.

É assegurado ao idoso também, o direito à educação, cultura, esporte e lazer, assim como apontam os artigos 20 a 25 do Estatuto do Idoso. No que tange à educação, é dever do poder público criar meios para que a pessoa acima de 60 anos possa estudar de forma digna, podendo terminar sua escolaridade fundamental, média e até mesmo superior, com emprego dos meios necessários para esta realização.

Já a parte da cultura e do lazer se faz através dos projetos sociais de meia entrada em shows, teatros, eventos artísticos, culturais, esportivos e afins. Além disso, é concedido ao idoso espaço preferencial nestes locais, indo desde estacionamentos com vagas destinadas a idoso, até mesmo a número de cadeiras no evento.

É de suma importância que o idoso tenha esse direito assegurado, pois após os 60 anos, maior parte das pessoas já se encontra em aposentadoria ou próximo de tal evento, o que acarreta em tempo livre, que precisa ser preenchido de alguma maneira que favoreça o bem estar do idoso.

Para aqueles que não almejam parar de trabalhar, é dever do poder público, nas conformidades dos artigos 26 a 28 do Estatuto. Assim, todo idoso que pleiteia trabalhar, o Estado o deixará livre para que possa atuar na área que melhor o convier, respeitando suas limitações físicas, intelectuais e psíquicas, tanto no ramo privado quanto no ramo público (concursos).

Ressalta-se ainda que é vedada a discriminação do idoso por sua idade ao momento de sua admissão, inclusive para cargos em concursos públicos, exceto para os casos onde a natureza do cargo exija um mínimo e máximo de faixa etária. Insta salientar que é princípio do concurso público o desempate por idade, tendo preferência aquele que possuir idade superior ao outro.

Por fim, ainda é importante frisar que é dever do poder público criar programas de incentivo a profissionalização, preparação dos trabalhadores para a aposentadoria, e estímulo às empresas privadas para admissão do idoso ao trabalho (art. 28).

Já para aqueles idosos que optam por se aposentar, por viverem tranquilos, apenas curtindo a vida, o Poder Público, através das políticas públicas criou o plano de aposentadoria do INSS (Instituto Nacional da Previdência Social), para trabalhadores do ramo privado, e os planos próprios para aqueles que trabalharam para o Poder Público municipal, estadual ou federal.

A previdência social do idoso encontra respaldo jurídico legal nos artigos 29 a 32 do Estatuto do Idoso, devendo ser utilizado como base de cálculo para a aposentadoria os critérios apontados no art. 29,

Art. 29. Os benefícios de aposentadoria e pensão do Regime Geral da Previdência Social observarão, na sua concessão, critérios de cálculo que preservem o valor real dos salários sobre os quais incidiram contribuição, nos termos da legislação vigente.

Parágrafo único. Os valores dos benefícios em manutenção serão reajustados na mesma data de reajuste do salário mínimo, pro rata, de acordo com suas respectivas datas de início ou do seu último reajustamento, com base em percentual definido em regulamento, observados os critérios estabelecidos pela Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. (BRASIL, 2003)

Contudo, para que o idoso possa se aposentar, existem alguns critérios que devem ser obedecidos, nos moldes do sistema geral de previdência social do INSS, expostos na Lei n. 8.213/1991, que dispõe acerca dos Planos de Benefícios da Previdência Social, sendo, no caso dos trabalhadores urbanos que tentem se aposentar por idade, as seguintes regras:

Art. 25. A concessão das prestações pecuniárias do Regime Geral de Previdência Social depende dos seguintes períodos de carência, ressalvado o disposto no art. 26:

[...]

II - aposentadoria por idade, aposentadoria por tempo de serviço e aposentadoria especial: 180 contribuições mensais.

[...]

Art. 48. A aposentadoria por idade será devida ao segurado que, cumprida a carência exigida nesta Lei, completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta), se mulher. (BRASIL, 1991)

Assim sendo, nota-se necessário que para aposentar-se pelo INSS o cidadão deve ter 60 anos caso seja mulher, e 65 anos caso seja homem, preenchendo assim o requisito exposto no art. 1º do Estatuto do Idoso, bem como deve ter contribuído para a previdência social por um período mínimo de 15 anos, para fazer-se valer do benefício.

Insta salientar que os valores percebidos pelo INSS tendem a variar nas conformidades de dois fatores, sendo o primeiro, a quantia que o idoso contribuiu durante sua vida, e a segunda por quanto tempo ele contribuiu para a previdência. Os salários pagos pelo INSS no ano de 2021 tendem a variar de R\$ 1.100,00 até R\$ 6.101,06, assim como aponta o site de notícias Folha de São Paulo (2021).

Outro direito que é de supra importância ao idoso é o que versa sobre a Assistência Social (arts. 33 a 36), a qual seja prestada pelo Estado nos moldes da Lei n. 8.742/1993 (LOAS), a qual versa em seu art. 1º o seguinte,

Art. 1º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. (BRASIL, 1993)

Entende-se por assistência social o serviço prestado pelo Estado a todos os cidadãos que necessitem, ou seja, caso o idoso não consiga ter sustento próprio, ou sua família não pode arcar com as necessidades básicas deste, deve o Poder Público fazê-lo como premissa universal da dignidade da pessoa humana, garantindo assim, o bem estar do idoso necessitante.

Art. 34. Aos idosos, a partir de sessenta e cinco anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de um salário mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social (Loas).

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do caput não será computado para os fins do

cálculo da renda familiar per capita a que se refere a Loas (BRASIL, 2003).

Em subsequência ao direito da assistência social, temos o direito a habitação o qual seja, o direito de ter um lar, uma moradia, um local para morar. Esta habitação compreende tanto a estadia em residência de familiar ou substituta, ou ainda em instituição pública ou privada, sempre mantendo os direitos já assegurados de dignidade e bem estar.

Importante frisar que, é dever do Estado garantir prioridade ao idoso que desejar ter seu domicílio próprio custeado pelo Governo através de programas habitacionais, a exemplo, "minha casa, minha vida", devendo ser destinado a estes uma porcentagem de priorização, assim como aponta o art. 38 do Estatuto do Idoso,

Art. 38. Nos programas habitacionais, públicos ou subsidiados com recursos públicos, o idoso goza de prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, observado o seguinte:

I – reserva de pelo menos 3% (três por cento) das unidades habitacionais residenciais para atendimento aos idosos;

II – implantação de equipamentos urbanos comunitários voltados ao idoso;

III – eliminação de barreiras arquitetônicas e urbanísticas, para garantia de acessibilidade ao idoso;

IV – critérios de financiamento compatíveis com os rendimentos de aposentadoria e pensão.

Parágrafo único. As unidades residenciais reservadas para atendimento a idosos devem situar-se, preferencialmente, no pavimento térreo. (BRASIL, 2003)

Por fim, como último direito fundamental assegurado aos idosos, temos o direito ao transporte, sendo destinada a gratuidade aos maiores de sessenta e cinco anos, nos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, sendo destinado ainda, dez por cento das vagas do veículo a estes, conforme expõe o artigo 39 do Estatuto do Idoso.

Nas conformidades do art. 40, detém ainda o idoso, o direito a duas vagas em transportes interestaduais, a todos aqueles que têm renda igual ou inferior a dois salários mínimos, e caso tais vagas já estejam ocupadas, deve a empresa privada de

transportes aplicar desconto de cinquenta por cento, no mínimo, para os idosos que também tenham renda igual ou inferior a dois salários mínimos.

Importante frisar que, conforme aponta o art. 41, devem ser destinadas aos idosos, ao menos 5% das vagas em estacionamentos nos locais públicos e privados, as quais devem ser posicionadas de forma a garantir a melhor comodidade do idoso. Por fim, salienta-se ainda que é prioritária a segurança do idoso nos procedimentos de embarque e desembarque nos veículos de transporte coletivo, conforme aponta o art. 42 do Estatuto do Idoso.

3. FALHAS ESTATAIS NO CUMPRIMENTO DOS DIREITOS AOS IDOSOS

Com o passar das décadas, cada vez mais a população mundial, bem como a brasileira tende a ter uma vida mais longa e duradoura, isso se dá por diversas razões, sendo elas ligadas a medicina, bem estar, estilo de vida e afins. Diante disso, novas questões têm sido colocadas em pauta, pois, em séculos anteriores, as pessoas, em muitos casos, não ultrapassavam idades como 70 ou 80 anos.

Diante disso, governos de diversos países passaram a propor por novas legislações ou políticas públicas que assegurassem os direitos daqueles que já entravam na terceira idade, no caso do Brasil, tal fato não foi diferente. De pouco em pouco, o País passou a adotar novas medidas que assegurassem direitos aos idosos, um bom exemplo disto foi a criação da Lei nº 8.842/1994, que futuramente se tornaria o Estatuto do Idoso.

Contudo, apesar das inúmeras medidas tomadas pelo governo brasileiro no intuito de favorecer o idoso, infelizmente, ainda existem muitos casos em que esta parte da população sofre por não conseguir direitos fundamentais que são assegurados tanto pela Constituição Federal, quanto pelo Estatuto do Idoso.

Conforme aponta Norberto Bobbio (2004, p. 23), "O problema grave de nosso tempo com relação aos direitos do homem, não é mais fundamentá-los e sim protegê-los".

Diante disso, será abordado a respeito de determinados direitos que mais tem sofrido falhas por parte do Estado em detrimento ao idoso. Dentre estes, os direitos que mais tem sofrido pela falha estatal, estão os ligados ao bem estar e inclusão, a saúde (fornecimento de medicamentos e atendimento à saúde), habitação e, a não violência por parte de terceiros ou por membros da própria família.

De prima face, é notório que as políticas públicas que foram criadas em benefício ao idoso tem a premissa de inclusão social deste, a qual é necessária pois conforme a evolução da sociedade, em sua maioria capitalista, percebeu-se que o

idosos não tem papel muito importante para esta, ou seja, acaba por não contribuir mais para o desenvolvimento da nação.

Com isso, o Estado se viu obrigado em criar mecanismos que defendessem aqueles que já estavam na terceira idade, para fazer como que estes tivessem inclusão social, e não fossem considerados como apenas “pesos desnecessários”. Na concepção da sociedade, Mabel Torres e Maria dos Santos Sá (2008, p. 2), explicam que, “[...] a velhice tem sido tratada como um mal necessário, da qual a humanidade não tem como escapar”.

Contudo, apesar das inúmeras tentativas do Estado em garantir o direito a inclusão social ao idoso, ainda ocorrem diversos casos que estes sofrem por não mais serem “efetivos” ao desenvolvimento do País, ao pensamento da sociedade, razão a qual, são excluídos a partir do momento que se aposentam.

Doutro giro, temos as questões ligadas a saúde, no que tange ao atendimento prioritário e ao fornecimento de medicamentos por parte do Estado. Nestes casos, há uma falha gravíssima perpetrada pelo Estado em diversos pontos, principalmente no que tange ao atendimento pelo Sistema Único de Saúde (SUS).

É sabido que o SUS é um programa “grátis” disponibilizado pelo Governo para toda a nação, independentemente de sua classe social, ou seja, qualquer pessoa tem direito a utilizar deste sistema, contudo, algumas detêm certa prioridade, como é o caso do idoso.

Acontece que, mesmo que esta prioridade seja assegurada por lei, sua efetividade não se faz tão eficaz assim, ao passo que, diversos são os relatos de pessoas que tendem a preferir fazer um plano de saúde privado ao invés de utilizar o público que é grátis. Em pesquisa, Julia Lubenow e Antonia Silva (2019, p. 1), angariaram os seguintes relatos de idosos acerca do SUS,

Eu prefiro pagar uma consulta do que ir para o PSF. Às vezes o profissional não está. Quando vem, às vezes a gente não consegue. Coloca o nome, passam dois, três meses para vir o encaminhamento[...] (Sujeito 166).

[...]

Eu fui marcar o transvaginal. Eles falaram que não tinha vaga, que era para eu fazer particular [...] (Sujeito 220).

[...]

Eu só consegui marcar a densitometria óssea porque eu tenho uma amiga que trabalha no PSF [...] (Sujeito 250).

Assim, conforme observado, mesmo que tal direito já tenha sido garantido, em muito o Estado peca por não o assegurar de fato. O direito a saúde é de suma importância ao idoso, tendo em vista que a saúde deste já não mais é a mesma que nos tempos de jovem.

Outro ponto de suma importância ao idoso é a questão do medicamento, diversos idosos em todo o País tem a necessidade de utilizar remédios para pressão, problemas cardíacos, nos rins, dentre outros. Ocorre que, em muitos casos idosos tendem a necessitar de determinados medicamentos, contudo, o Estado não os fornece, ocorrendo até mesmo “petecagem” de competência entre os órgãos competentes Municipais, Estaduais e da União no momento do referido pedido.

Apelação. Ação Civil Pública. Impossibilidade de concessão de liminares. Nulidade da sentença por cerceamento de defesa e ausência de fundamentação. Incompetência absoluta e Ilegitimidade passiva. Responsabilidade solidária. Fornecimento de medicamento. Cirrose. Idoso. Proteção Constitucional. Judicialização do direito à saúde. Possibilidade. Recurso Repetitivo do STJ. Requisitos cumulativos. Recurso não provido.

Ainda que haja previsão legal de proibição de decisões que esgotem o objeto da ação, é tranquilo o entendimento jurisprudencial de que quando houver risco de ofensa a direito fundamental, deve-se priorizar a saúde do paciente, na espécie, idosa, em relação às limitações legais.

Não há cerceamento de defesa quando instada a manifestar-se sobre a imprescindibilidade de prova, não o faz a parte, não havendo ainda o que se falar em ausência de fundamentação, se o juízo atacou todos os pontos apresentados pelas partes, delimitando a discussão e resolvendo a lide.

A responsabilidade de prestar assistência à saúde é de competência de todos os entes da Federação. Logo, União, Estados, Distrito Federal e Municípios têm legitimidade para figurar no polo passivo da demanda, competindo-lhes fornecer medicamentos/ tratamentos de acordo com a comprovada necessidade de sua população, não podendo ser afastada a responsabilidade solidária.

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

Pode o Poder Judiciário, no tocante ao direito à saúde, determinar ao Estado a implementação de políticas públicas quando inexistentes, sem que haja violação ao poder discricionário do Poder Executivo. Atuando o Poder Judiciário como garantidor do de direito fundamental, argumentos como a falta de dotação orçamentária ou reserva do possível, não podem se sobrepor ao direito à saúde.

Julgado do STJ, em Representação de controvérsia (Tema 106), fixou parâmetros para a distribuição de medicamentos, quais sejam: a) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; b) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito e, c) existência de registro na ANVISA do medicamento.

(APELAÇÃO CÍVEL 7002722-37.2017.822.0022, Rel. Des. Roosevelt Queiroz Costa, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia: 2ª Câmara Especial, julgado em 28/08/2020). (Grifo Nosso).

Assim, é dever de todos os Entes da Federação conceder os medicamentos que o idoso necessite, ao passo que, caso não seja cumprido tal direito, pode o idoso, no uso de seus direitos, acionar o Ministério Público acerca dos fatos, o qual irá pleitear pelo direito através da Ação Civil Pública, obrigando um dos Entes, ou ambos, a custearem o referido medicamento que o idoso necessite.

Outro ponto que é de suma importância ao idoso, e que o Estado tende a não fornecer da maneira correta, é a questão habitacional, a qual é prometida pelo Estatuto do Idoso, porém não é efetivada na prática. Conforme entrevista realizada pelo jornal O Estadão (2017, p. 1), com a secretária nacional de habitação, senhora Maria Alves, a situação habitacional para idosos é um caso preocupante que deve ser solucionado o mais breve possível,

Apesar de o Estatuto do Idoso estabelecer que no mínimo 3% das unidades em programas habitacionais sejam destinadas a pessoas com mais de 60 anos, a secretária nacional de Habitação, Maria Henriqueta Alves, afirma que o Ministério das Cidades não sabe de forma antecipada quantos idosos procuram estas unidades no Minha Casa, Minha Vida. A pasta também não fiscaliza o cumprimento do estatuto ou faz campanhas para instruir a população idosa sobre seus direitos.

Segundo ela, são as prefeituras que encaminham a demanda das famílias com renda até R\$ 1.800 (faixa 1) para o ministério. Hoje, o número de beneficiários no Minha Casa, Minha Vida nessa faixa com mais de 60 anos na assinatura do contrato soma quase 90 mil. Representam 8,5% do total de beneficiários na faixa 1. Nas demais faixas, quem informa a demanda são as construtoras. A fiscalização, diz ela, não é papel do ministério. “Não temos como propósito fazer a fiscalização da construção civil.” O acompanhamento dos direitos dos idosos, segundo ela, deveria ser feito pela Secretaria de Direitos Humanos.

Por fim, temos ainda o direito a segurança a integridade física, ou seja, a não violência, ao passo que o legislador teve de criar mecanismo que agravassem a pena nos casos onde envolviam idosos, assim como aponta o art. 99 do Estatuto do Idoso, *in verbis*,

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1º Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2º Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

Neste sentido, deve o Estado sempre punir efetivamente aqueles que praticarem quaisquer atos lesivos contra o idoso, pois estes não mais detêm

capacidade física e em muitos casos mental para suportar determinadas situações que uma pessoa com menos idade suportaria.

É papel do Estado garantir todos os direitos assegurados tanto pelo Estatuto do Idoso, quanto pelas leis esparsas que versem sobre idosos, devendo este sempre buscar pelo que mais favorece as pessoas de terceira idade, tendo em vista o papel fundamental que estas tiveram no desenvolvimento da nação.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS NECESSÁRIAS PARA FAZER CUMPRIR OS DIREITOS ASSEGURADOS AOS IDOSOS.

Diante as falhas estatais no cumprimento aos direitos que são assegurados aos idosos, deve o Poder Público instituir novas diretrizes, através de Políticas Públicas para fazer com que estes cidadãos tenham seus direitos assegurados, mesmo que já hajam Políticas anteriores, estas encontram-se em falha, devendo serem substituídas por novas.

O foco principal destas Políticas deve ser novamente ligado a inclusão do idoso na sociedade moderna, pois este, após aposentar-se, perde relevância junto a sociedade capitalista, que vive para o trabalho e conquistas, excluindo qualquer pessoa que em si não contribua efetivamente para o desenvolvimento nacional.

É certo que o idoso tende mais a usufruir do Estado do que contribuir para este, contudo, deve-se levar em consideração que o idoso já contribuiu em muito para o Estado enquanto trabalhava, ou seja, o período deste contribuir com renda para o País já efetivamente foi comprovado, e neste sentido, este almeja apenas por um período de descanso, que em muitos casos acaba por não ultrapassar dez anos.

Desta feita, com findo a melhor incluir o idoso dentro da sociedade atual o Estado, através das Políticas Públicas deve enfatizar o fato que o idoso, apesar de não contribuir para o desenvolvimento social no momento da aposentadoria, em muito já contribuiu quanto perdurava seu tempo de serviço, e assim, exemplificar a necessidade de este ter um descanso digno e saudável.

Outro ponto muito importante ao idoso é a questão ligada a saúde, tanto no que versa sobre o atendimento, como no que versa sobre fornecimento de medicamentos através dos Entes Federados. Neste contexto, para melhor salutar o problema o Estado deve tomar algumas medidas básicas de início, com findo a melhorar a situação precária que acomete o sistema de saúde nacional.

De prima face, devem ser criadas políticas públicas no intuito de ampliar o Sistema Único de Saúde, criando novos postinhos de atendimento, se possível, especializados, com maior quantidade de médicos, e com treinamento adequado para o atendimento a idosos.

Este fato é de suma importância, pois muitos idosos não mais conseguem ao menos andar direito, e assim, dependem muito de auxílio de familiares ou terceiros para se deslocarem até os centros de saúde. Assim sendo, o treinamento especializado em muito irá contribuir para o auxílio dos idosos, que não mais detêm as forças da juventude.

Noutro giro, da mesma forma que devem ser ampliados os centros de saúde, é necessário que o Estado amplie as questões ligadas ao fornecimento de medicamentos, pois, não basta somente que o idoso seja atendido por um médico, mas também que este consiga se tratar com o medicamento que tanto necessita para seu bem estar e de saúde.

É certo que muitos idosos dependem de medicamentos de valor elevado, para tratamentos ligados a problemas cardíacos, pulmonares, estomacais, dentre outros, porém, mesmo que estes tenham valor elevado, não pode o Estado em hipótese alguma eximir-se do seu dever de fornece-los, levando em consideração a premissa básica constitucional da Dignidade da Pessoa Humana, bem como os direitos fundamentais.

Frisa-se ainda a necessidade de melhor aprofundar as questões ligadas ao meio habitacional para o idoso, pois mesmo com esse direito garantido, sua eficácia ainda é muito baixa, demorando anos para que um idoso consiga um lar, por questões ligadas a filas de espera imensas e demoras na entrega do imóvel.

E ainda, para aqueles que preferem viver em lares de idosos, há a possibilidade de não conseguirem ou ainda estes estarem em estado precário por inércia do Poder Público, tendo em muitos casos que fazer leilões ou pedir doações para manter os idosos que ali habitam.

Por fim, importante frisar ainda que, o Poder Público precisa urgentemente propor por políticas públicas no que tange a não violência ao idoso, haja vista o aumento alarmante de casos de maus tratos perpetrados contra pessoas da terceira idade, assim como aponta o site de notícias da Globo (2020, p. 1),

O número de denúncias de violência e de maus tratos contra os idosos cresceu 59% no Brasil durante a pandemia do novo coronavírus. Entre março e junho deste ano, foram 25.533 denúncias. No mesmo período de 2019, foram 16.039.

Os dados são do Disque 100, plataforma do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH), obtidos com

exclusividade pela Globonews por meio da Lei de Acesso à Informação.

É alarmante a situação que os idosos se encontram no território nacional, tanto pela inércia do Poder Público, quanto pela das famílias e da sociedade. Tal fato se dá pelo simples fato de que as pessoas veem o idoso como um empecilho em suas vidas, um “peso morto”, em que mais atrapalha do que beneficia.

Desta feita, para tentar evitar que as gerações futuras de idosos sofram como as atuais, é necessário que o governo brasileiro pleiteie por uma melhor educação em todas as redes de ensino, fazendo como que tanto crianças quanto adolescentes e adultos passem a ver o idoso com outros olhos, e assim evitem o descaso que estes tendem a sofrer dia a dia.

CONCLUSÃO

Com o avanço social, diversas medidas foram tomadas com o fim de proporcionar aos idosos condições de vida dignas, no chamado envelhecimento saudável. Diversas nações apresentaram políticas públicas que em muito beneficiavam essa parte da sociedade que em muito já havia contribuído para o desenvolvimento do mundo.

Tal medida era de muito importante para as pessoas de terceira idade, que em muito sentiam a exclusão de uma sociedade capitalista que não consegue enxergar o quanto importantes estas pessoas foram. No caso do Brasil, a premissa foi a mesma, tendo este promulgado no ano de 1994 a Lei nº 8.842, que posteriormente viria a se tornar o Estatuto do Idoso.

Este estatuto em muito favorece o idoso no território brasileiro, assegurando diversos direitos como os de saúde, inclusão, habitação, alimentos, dentre outros, todos direcionados a premissa do Estado Democrático de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana.

Contudo, mesmo que estes direitos estejam expressos em lei, sua eficácia se encontra em total descaso pelo Poder Público, ao passo que o problema tende a se agravar ainda mais como o passar dos anos.

Como meio de tentar solucionar este problema, é necessário que o Estado crie novas políticas públicas que passe a assegurar estes direitos de forma mais eficaz, não deixando os idosos à mercê da própria sorte, devendo serem efetivados da melhor forma possível para estes.

Importante frisar que, não só depende do Poder Público tomar parte nessa empreitada, mas também é papel da família e da sociedade fazer com estes direitos

sejam assegurados aos idosos, não deixando que estes venha a sofrer qualquer exclusão que seja, nem de direitos, nem de garantias.

Por fim, insta salientar que, não só depende que sejam criadas políticas públicas que visem reforçar os direitos dos idosos, mas também é necessário implementar meios de educar a população a respeito da necessidade de se respeitar os idosos, vindo desde a pré escola até a população de maior idade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONETI, Lindomar Wessler. **Educação, exclusão e cidadania**. Ijuí: Unijuí, 1997.

BRAGA, Pérola Melissa Vianna. **Curso de direito do idoso**. São Paulo: Atlas, 2011.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 02 mai. 2021.

BRASIL, IBGE CENSO 2021. **Idosos indicam caminhos para uma melhor idade**. 2019. Disponível em: <https://censo2021.ibge.gov.br/2012-agencia-de-noticias/noticias/24036-idosos-indicam-caminhos-para-uma-melhor-idade.html>. Acesso em: 02 mai. 2021.

BRASIL, Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003. **Estatuto do Idoso**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.741.htm. Acesso em: 02 mai. 2021.

BRASIL, Lei nº 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: 02 mai. 2021.

BRASIL, Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993. **Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8742.htm. Acesso em: 02 mai. 2021.

BRASIL, TJ/MT. **N.U 1011618-78.2019.8.11.0000**, Câmaras Isoladas Cíveis de Direito Privado, Clarice Claudino da Silva, Segunda Câmara de Direito Privado, DJ: 27/11/2019, DJe: 29/11/2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.tjmt.jus.br/consulta?aba=Acordao&txtBusca=medida%20de%20prote%C3%A7%C3%A3o%20a%20idoso%20com%2082%20anos&isBasica=true&in>

dice=1&quantidade=5&ordenarPor=DataDecrescente&ordenarDataPor=Julgamento &tipoProcesso=C%C3%ADvel&tipoBusca=1&thesaurus=false&fqTermos=&k=9ujo5 h>. Acesso em: 30/03/2021.

BRASIL, TJ/RO. **Apelação Cível 7002722-37.2017.822.0022**, Rel. Des. Roosevelt Queiroz Costa, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia: 2ª Câmara Especial, DJ: 28/08/2020. <<https://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=1>>. Acesso em: 02 mai. 2021.

CONCONE, M.H.V.B. O corpo: cultura e natureza pensando a velhice. **Revista Kairós Gerontologia**. São Paulo, Educ/NEPE, 2005.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. **Políticas Públicas: Princípios, Propósitos e Processos**. São Paulo: Atlas, 2012.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Saiba quanto ganha quem se aposenta pelo INSS em 2021**. 2021. Disponível em: <<https://agora.folha.uol.com.br/grana/2021/01/saiba-quanto-ganha-quem-se-aposenta-pelo-inss-em-2021.shtml>>. Acesso em: 02 mai. 2021.

G1. Cresce 59% o número de denúncias de violência contra o idoso no Brasil durante a pandemia da Covid-19. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/10/29/cresce-59percent-o-numero-de-denuncias-de-violencia-contra-o-idoso-no-brasil-durante-a-pandemia-da-covid-19.ghtml>>. Acesso em: 02 mai. 2021.

SILVA, A. O.; LUBENOW, J. A. M. O que os idosos pensam sobre o atendimento nos serviços de saúde. **Revista Brasileira de Geriatria e Gerontologia**. vol. 22, n. 2, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1809-98232019000200207&script=sci_arttext&tlng=pt#:~:text=No%20entanto%2C%20alguns%20autores%20trazem,urg%C3%A4ncia%3B%20inabilidade%20do%20operador%20do>. Acesso em: 02 mai. 2021.

TORRES, M. M.; SÁ, M. A. Á. dos S. Inclusão social de idosos: um longo caminho a percorrer. **Revista Ciências Humanas**. Universidade de Taubaté (UNITAU), Brasil, v. 1, n. 2, Taubaté, 2008. Disponível em: <<http://revistas.unitau.br/ojs-2.2/index.php/humanas/article/viewFile/454/419>>. Acesso em: 02 mai. 2021.

ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO

MAURÍCIO PROENÇA DOS SANTOS

CHEILA CRISTINA DA SILVA

(orientadora)

RESUMO: Tendo em vista a importância do tema abandono afetivo, visa-se abordar e identificar os principais impactos que o abandono afetivo vem causar na vida de crianças e adolescentes. Busca-se abordar o tema como de relevância social e pública, uma vez que, a Constituição Federal dispõe de forma clara e objetiva que é dever da Família, da Sociedade e do Estado assistir a criança e adolescente, proporcionando o mínimo existencial de forma digna. É certa a necessidade de que sejam desenvolvidas políticas públicas como meio de prevenir, auxiliar, reparar, assistir não só a criança e ao adolescente, mas também todo o núcleo familiar, deste modo, será ainda neste trabalho analisadas quais possíveis políticas públicas se forem desenvolvidas pelo poder público poderiam trazer uma resposta positiva. Realiza-se, então, uma pesquisa básica de natureza bibliográfica. Ademais diante das pesquisas realizadas pode-se perceber que o abandono afetivo vem trazendo consequências sociais, morais, psicológica, institucional e intelectual, na vida da criança e do adolescente desde a fase da infância até a fase adulta.

Palavras-chave: Abandono. Consequências. Políticas. Dignidade.

ABSTRACT: In view the importance of the subject affective abandonment, we aim to address and identify the main impacts affective abandonment has on the lives of children and adolescents. We seek to address the issue with social and public relevance, since the Federal Constitution provides in a clear and objective way that it is duty of the Family, Society and State to assist children and adolescents, providing the existential minimum in a dignified manner. The need is sure for public policies to be developed as a means of preventing, assisting, repairing and watching not only the child and adolescent, but also the entire family nucleus, as so, this essay will also analyze which possible public policies, if developed by the government, could bring a positive response. Thus, a basic research of bibliographic nature is carried out. Furthermore, in view of the investigations performed, it can be seen that affective abandonment has brought upon social, moral, psychological, institutional and intellectual consequences in the life of the child and adolescent from childhood to adulthood.

Keywords: Abandonment, Consequences. Policies. Dignity.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO. 3 PRINCÍPIOS. 3.1 PRINCÍPIO DA PATERNIDADE RESPONSÁVEL. 3.2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. 3.3 PRINCÍPIO DO INTERESSE DO MENOR. 3.4 PRINCÍPIO JURÍDICO DA AFETIVIDADE. 4 A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE. 5 ABANDONO AFETIVO

E SUAS CONSEQUÊNCIAS. 5.1 REFLEXOS DO ABANDONO AFETIVO NA VIDA EM SOCIEDADE. 5.2 REFLEXOS DO ABANDONO AFETIVO NO ASPECTO PSICOLÓGICO. 5.3 REFLEXOS DO ABANDONO AFETIVO NO ÂMBITO INSTITUCIONAL. 6 DO DIREITO AO DANO MORAL NO DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO. 7 POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO FAMILIAR. 8 – DO ENTENDIMENTOS JURISPRUDÊNCIAIS DOS TRIBUNAIS ACRECA DA MATÉRIA. 9 CONCLUSÃO. 10. REFERÊNCIAS

1 INTRODUÇÃO

A chegada de uma criança ao mundo, e sempre motivo de grande alegria, uma verdadeira festa, mês após mês um misto de ansiedade e nervosismo são construídos involuntariamente. Cada olhar, cada sorriso, cada choro, são novos na vida de quem deu a vida a um filho, mesmo que dia após dia os atos mais comuns sejam vistos em outras pessoas, nada se compara aos movimentos dados por aquele que é tão amado e esperado.

Junto a isso, e preciso entender qual o papel dos pais na vida de seus filhos, levando em conta que é dever de ambos ampará-los em todos os âmbitos de sua vida, os preparando para uma vida social, moral, intelectual, psicológica e institucional de forma saudável. O dever de cuidado à criança e ao adolescente como pessoa em desenvolvimento é incumbida a seus responsáveis, que deverá conjuntamente desenvolvê-lo de forma a preparar cidadãos e pessoas de bem. Além disso, cabe a discussão sobre a importância da presença dos pais na vida de uma criança, bem como os princípios que os cercam.

O abandono afetivo pelos pais a crianças e adolescentes nestes últimos anos tem sido crescentes, assim como os danos causados também tem sido notório no seio da sociedade. O abandono formou pessoas que psicologicamente, intelectualmente, socialmente e institucionalmente não possuem estrutura para conduzir suas próprias vidas.

Por diversas vezes pode-se encontrar no ordenamento jurídico o estado em atividade na busca que esses danos possam ser diminuídos, seja através de políticas públicas no amparo social, seja por meio do judiciário quando provocado por aqueles dos quais foram abandonados na busca de que aqueles que o abandonaram de alguma forma possa ressarcir os danos sofridos.

Com esta pesquisa, que visa fundamentadamente à realização de um trabalho de conclusão de curso – TCC em direito, pretende-se como objeto compreender os reflexos danosos causado no desenvolvimento da criança e do adolescente no âmbito social, psicológico e institucional pelo abandono afetivo dos pais.

Para tanto, será desenvolvido através de revisões bibliográficas, complementada por jurisprudência, leis, e outras fontes de natureza jurídica. Será constituída, enquanto resultado final de um artigo, que possibilitará posteriores publicações de trabalhos em eventos científicos.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO

Ao falarmos em Família é imprescindível perceber seu contexto histórico em relação ao Estado. A família é a base estrutural que vem evoluindo com o passar do tempo, todavia, é necessário adequar a justiça à vida e não engessar a vida dentro de normas jurídicas.

No período das primeiras civilizações a família surge na sociedade como base de equilíbrio, somada a religião e a moral, tornando-se um pilar de estrutura familiar como uma unidade jurídica, fundada no pátrio poder autoritário no Direito Brasileiro.

O direito brasileiro tem como base de origem o direito romano, onde os vínculos sanguíneos e jurídicos eram mais importantes e prevaleciam sobre os vínculos do amor, bem como a importância econômica predominava sobre a afetiva.

Convém citar o entendimento de Carbonera (1998, p. 297-298) que trata o afeto na concepção da família tradicional, sustentando que.

A affectio, no modelo da família patriarcal, tinha sua existência presumida e condicionada à existência de uma situação juridicamente reconhecida. Desta forma, o casamento já trazia consigo a *affectio maritalis*, justificando previamente a necessidade de continuação da relação. Não se questionava tal elemento, uma vez que ele trazia parte da estrutura do matrimônio. [...] O compromisso de manter a vida em comum, não revela necessariamente, a existência de afeto. A continuidade podia ser motivada por outros elementos como, por exemplo, a impossibilidade de dissolução de vínculo: neste caso a *affectio*, presumida, se fazia presente.

Com o passar do tempo e as mudanças de época a legislação referente a família e a filiação evoluíram, assim superando as ideias contidas no Código Civil de 1916, em vista que os valores do século XIX caminhavam em direção contrária com a realidade pelas quais passavam a sociedade do século XX.

O Decreto-Lei nº 3.200 de 1941 tratou da organização e proteção da família, determinando que não se fizesse menção nas certidões de registro civil, sobre a origem da filiação, se legítima ou ilegítima, salvo quando solicitado pelo interessado ou em virtude de decisão judicial.

Posteriormente com o advento do Decreto-Lei nº 5.213 de 1941 foi autorizado ao pai permanecer com a guarda do filho natural, se assim o tivesse reconhecido e através do Decreto-Lei nº 4.737 de 1942 foi reconhecido o filho ilegítimo, condicionado ao desquite. Este decreto esteve em vigor até 1949, quando passou a vigorar a Lei nº 883 de 1949 abrandando esse rigorismo. Em 1962 a mulher casada passou a ter plena capacidade, eliminando a sua incapacidade relativa pelo denominado "Estatuto da Mulher Casada".

Pertinente acrescentar que em relação a esse avanço na compreensão da relação familiar esclarece Diniz (2002, p. 20): “Está instituída a completa paridade dos cônjuges ou conviventes tanto nas relações pessoais como nas patrimoniais, visto que igualou seus direitos e deveres e também seu exercício na sociedade conjugal ou convencional”.

Com esse progresso observa-se a quebra do patriarcalismo e o surgimento de uma família que transmite valores e enfatiza o afeto, a compreensão e a igualdade entre seus membros. Nesse mesmo sentido está a lição de Boeira (1999, p. 22-23):

A família ao transformar-se, valoriza as relações de sentimentos entre seus membros, numa comunhão de afetividade recíproca no seu interior. Assim, sob uma concepção eudemonista, a família e o casamento passam a existir para o desenvolvimento da pessoa, realizando os seus interesses afetivos e existenciais, como apoio indispensável para sua formação e estabilidade na vida em sociedade.

3 PRINCÍPIOS

3.1 Princípio da Paternidade Responsável

A paternidade familiar, tem como destaque ser um dos princípios mais importantes no que tange à proteção dos direitos de personalidade da criança. Visto que este princípio se encontra inserido no § 7º, do artigo 227, da Constituição Federal de 1988, pelo legislador nos artigos 3º e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente e no inciso IV, do artigo 1.566 do Código Civil brasileiro de 2002.

O objetivo do constituinte como o do legislador foi o de garantir que a paternidade seja exercida de forma responsável, porque, apenas assim, todos os princípios fundamentais (como a vida, a saúde, a dignidade da pessoa humana e a filiação) serão respeitados e resguardados.

3.2 Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios constitucionais elencados como fundamento do Estado Democrático de Direito Brasileiro no inciso III, do art. 1º da Constituição Federal de 1988. Invocado em diversos dispositivos legais e na atividade judiciária, tem por objetivo a garantia da vida digna, embora não possua um conceito objetivo.

Ressalta-se que o princípio da dignidade da pessoa humana tem por objetivo garantir que todos tenha resguardado o mínimo necessário para sua sobrevivência de forma digna, bem como garantir a afetiva assistência por meio do Estado.

Quando ao menor garante o texto Constitucional o direito a desenvolve-se de forma digna por intermédio do Núcleo Familiar, da Sociedade e do Estado, prestando-

lhe assistência desde a infância até seu pleno desenvolvimento e aptidão para conduzir sua própria vida na fase adulta.

3.3 Princípio do Interesse do Menor

O artigo 1º da Lei n. 12.010, de 03 de agosto de 2009 busca garantir o direito à convivência da criança e adolescente com o núcleo familiar, devendo o enfoque estar sempre voltado aos interesses do menor, que devem prevalecer sobre os demais.

Em suma, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente prima de maneira absoluta para que seja assegurado a eles o direito “à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito e à liberdade e à convivência familiar e comunitária”.

A importância da aplicação deste princípio se dá diante da necessidade de amparo àqueles que se encontram em situação de vulnerabilidade, a fim de que lhes seja dada a devida proteção e lhes seja proporcionado um processo sadio de desenvolvimento e formação de personalidade.

Importante ressaltar que, em situações de abandono, sempre se deve aplicar o princípio do melhor interesse da criança, observando-se o seu bem-estar psíquico, físico e emocional. O Código Penal ressalta que o abandono material em seu artigo 244 e o moral em seu artigo 246 como crimes.

3.4 Princípio Jurídico da Afetividade

O princípio da afetividade aborda, em seu sentido geral, a transformação do direito, mostrando-se uma forma aprazível em diversos meios de expressão da família, abordados ou não pelo sistema jurídico codificado, possuindo em seu ponto de vista uma atual cultura jurídica, permitindo o sistema de protecionismo estatal de todas as comunidades familiares, repersonalizando os sistemas sociais, e assim dando enfoque no que diz respeito ao afeto atribuindo uma ênfase maior no que isto representa.

De certo o princípio da afetividade, entendido este como o mandamento axiológico fundado no sentimento protetor da ternura, da dedicação tutorial e das paixões naturais, não possui previsão legal específica na legislação pátria. Sua extração é feita de diversos outros princípios, como o da proteção integral e o da dignidade da pessoa humana, este também fundamento da República Federativa do Brasil.

4 A FAMÍLIA COMO BASE DA SOCIEDADE

A Constituição Federal 1988 cita a família como principal base da sociedade, independentemente de sua procedência seja ela monoparental, biológica, socioafetiva, dentre outras. Em conjunto a proteção do núcleo familiar pode-se encontrar a proteção dos direitos da criança e do adolescente como pessoa em desenvolvimento, descrevendo o dever de proteção, assistência e amparo a criança

e ao adolescente de forma não exclusiva apenas da família, mas também da sociedade e do Estado, sendo assim é de corresponsabilidade de todos, devendo ser feita de forma prioritária.

Por tanto assim determina o artigo 227 da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988.

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. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010). (BRASIL, 1988).

Entre um dos direitos que deverão ser assegurados a criança e ao adolescente está à **dignidade da pessoa humana**. Está também resguardada pelo artigo 1º da Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Cabe ainda salientar o instituto do poder familiar descrito no artigo 1.630 do Código Civil de 2002 que é definido por Gonçalves, (2012, p. 360), da seguinte forma "Poder família é o conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais, no tocante à pessoa e aos bens dos filhos menores".

Assim, o poder familiar passou a ser exercido de forma conjunta por ambos os pais, tendo os mesmos idêntica carga de responsabilidade sobre a criança e adolescente enquanto menores, conforme o artigo 226, § 7º, da Constituição Federal de 1988.

Nesse mesmo sentido, vejamos o que a Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 dispõe.

Artigo 22 – Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores cabendo-lhes ainda, no interesse desses a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais.

Parágrafo Único – A mãe e o pai, ou responsáveis, tem direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados, no cuidado e na educação da criança, devendo ser resguardado o direito de transmissão familiar de suas crenças e culturas, assegurados os direitos das crianças estabelecidos nesta Lei 13.257 de 2016. (BRASIL, 1990)

Percebe-se que são muitas as bases constitucionais e legais que visam à proteção da criança e do adolescente, de forma a garantir um desenvolvimento saudável com total

participação dos pais, devendo ser dedicado a esses enquanto menores o amor, cuidado, zelo, dedicação e etc., porém, a realidade vivenciada por milhares de crianças e adolescentes é totalmente diferente, onde predomina o abandono afetivo dos pais.

5 ABANDONO AFETIVO E SUAS CONSEQUÊNCIAS

O abandono afetivo ocorre quando um ou ambos os pais passam a não prestar a assistência moral e afetiva a seus filhos, seja pelo afastamento natural, pela separação ou divórcio dos pais ou pela negligência dos mesmos. Quando o cenário de fato é o divórcio pode-se perceber que os pais acreditam que apenas a assistência material é necessária, deixando a mercê a criança e ao adolescente de um fator tão importante na vida do ser humano que é o amor.

Os laços de afetividade são cruciais para a criança e ao adolescente como pessoas em desenvolvimento, pois e através do núcleo familiar seja ele biológico ou sócio afetivo que se formará todas as bases e pilares dos âmbitos de suas vidas.

Sabe-se que aos pais lhes são dadas atribuições e autoridades para gerir a vida do menor, bem como lhes é dado o dever de proteção contra qualquer ato de violação de seus direitos, provendo que enquanto pessoa em desenvolvimento sua vida seja norteadada de um olhar mais criterioso e cuidadoso.

Educar uma criança vai além de prepará-la para encarar as responsabilidades futuras, mas sim, dar amor, carinho e respeitar suas limitações e mostrar como diferenciar o que há de mal ou ruim pelo mundo a fora. A afetividade é um pilar da família, visto que o amor e o carinho são qualidades genuínas de um relacionamento, através deles, é possível que o respeito e compaixão sejam cada vez mais construídos, fortificando essa relação, para que junto a tudo isso, nasça uma linda família, que gere frutos, sendo eles os filhos.

O poder familiar é exercido por ambos os pais, assim deverão exercê-lo em sincronia, de forma recíproca e corresponsável na formação de seus filhos como pessoas. A presença de ambos os pais na fase da infância e da juventude é de extrema importância, pois o abandono afetivo paterno ou materno pode causar diversos danos psicológicos, social, moral, intelectual e institucional de forma profunda e irreversível, prejudicando a formação de identidade da criança e do adolescente.

Os reflexos do abandono afetivo na filiação podem ser percebidos no comportamento social e psicológico, pois as atitudes emanadas desses indivíduos são de pessoas revoltadas com a própria vida e com a sociedade que a cerca, possuem uma visão totalmente transtornada do seu papel na sociedade e como pessoas.

O abandono afetivo configura-se de diversas formas, uma de suas características é a recusa injustificada do dever de convivência e cuidado. São situações comuns em que o pai ou a mãe não possui o desejo de estar na companhia de sua família e acaba por se afastar do filho, rejeitando-o e o tratando de maneira indiferente, como se o filho fosse uma pessoa desconhecida.

Caracteriza-se também com a omissão de assistência no que diz respeito à formação moral, social, institucional e psicológica do filho que se encontra em sua companhia, onde o cenário do qual se predomina e o desinteresse e abandono dos genitores quanto às necessidades biopsíquicas dos filhos.

O abandono afetivo vem irradiar reflexos negativos em diversas áreas na vida de um indivíduo. Portanto pode-se citar 3 (três) áreas que são afetadas visivelmente, sendo abordadas a partir de então mais especificamente no presente trabalho em subtópicos.

5.1 Reflexos do Abandono Afetivo na Vida em Sociedade

A criança e o adolescente se retraem socialmente não construindo uma convivência no meio social em que vive. Portanto por diversas vezes ao sentir que é injustiçado no meio da sociedade leva o mesmo a ter dificuldade a se relacionar devido ter criado uma imagem negativa de si mesmo, encontrando limites e dificuldade no mercado de trabalho, na construção de sua própria família, na convivência em grupos sociais, na formação de caráter, na formação educacional entre outros.

5.2 Reflexos do Abandono Afetivo no Aspecto Psicológico

Psicológico – São várias às consequências e danos emocionais e até morais que o abandono afetivo vem causar a criança e ao adolescente que está formando seu psiquismo e conceitos morais. As crianças e adolescentes que sofrem abandono afetivo por diversas vezes desenvolvem transtornos psicológicos e emocionais, como exemplo a depressão e complexo de inferioridade.

Como bem explica Rodrigo da Cunha Pereira (2015, p. 401) o estado de filiação é um bem indisponível cuja ausência causa grandes consequências psíquicas.

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

5.3 Reflexos do Abandono Afetivo no Âmbito Institucional

Institucionais – O abandono afetivo por diversas vezes forma crianças e adolescentes com uma predominância a práticas de ilícitos penais, gerando uma necessidade de que o estado tenha que desenvolver meios de prevenção e repressão desses indivíduos. A falta de assistência familiar gera crianças e adolescente sem limites e conhecimento do que seja moral, social e juridicamente correto, assim, cabe ao Estado desenvolver políticas públicas institucionais de assistência e integração, pois havendo também omissão por parte do Estado, essas mesmas crianças e adolescentes não saberão exercer seu papel de forma positiva na sociedade e será nesse momento que o Estado desenvolverá políticas repressivas que não necessariamente represente algo que tenha efetividade.

É evidente que a participação da família no desenvolvimento do indivíduo na fase da infância e da adolescência ditará sua conduta moral, social, psíquica e institucional na fase adulta, pois, é nas primeiras fases da vida que um indivíduo forma sua personalidade e caráter enquanto pessoa. Neste sentido vejamos.

Para a transformação do estado infantil em estado adulto, imperioso o respeito à infância, aos primeiros passos da longa jornada representada pela vida. Somente possibilitando o aprendizado sadio das experiências da vida, o processo de formação humana poderá atingir seu ápice final: a conquista da dignidade da pessoa e seu auto reconhecimento como pessoa com plena dignidade. (COSTA, 2012, p. 41).

Assim havendo o abandono afetivo por parte dos pais pode-se dizer que um dos principais direitos inerentes a pessoa humana se ver violado qual seja a dignidade da pessoa humana, não só este mais como o direito a saúde mental, a personalidade, a igualdade, a participação efetiva no meio social, dentre outros.

Em texto de Tartuce (2010, p. 5, grifo do autor), observa:

Como se pode perceber, o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana é o ponto central da discussão atual do Direito de Família, entrando em cena para resolver várias questões práticas envolvendo as relações familiares. Concluindo, podemos afirmar, que *o princípio da dignidade humana é o ponto de partida do novo Direito de Família.*

De fato, não há como obrigar um pai a amar um filho, mas a legislação lhe assegura um direito de ser cuidado. Pode-se encontrar em nosso ordenamento jurídico entendimentos jurisprudenciais pugnano pela aplicabilidade do artigo 186 e 927 do Código Civil brasileiro de 2002, ao deparar-se com responsáveis que negligenciam ou são omissos quanto ao dever geral de cuidado respondendo os mesmos judicialmente por terem causado danos morais a seus próprios filhos.

6 DO DIREITO AO DANO MORAL NO DECORRENTE DO ABANDONO AFETIVO NA FILIAÇÃO

O dano moral afetivo vem sendo reconhecido de forma majoritária no ordenamento jurídico brasileiro como meio de reparação aquele do qual sofreu o abandono, a base para esse entendimento vem tendo seu principal pilar na dignidade da pessoa humana como um direito personalíssimo.

A partir do princípio da pessoa humana que outros princípios constitucionais e infraconstitucionais deveram ser analisados, principalmente quanto ao direito de família. A

dignidade da pessoa humana é fundamento jurídico suficiente para embasar as decisões judiciais que vem garantindo indenização às vítimas do abandono afetivo.

Nas relações de família, a prática de atos ilícitos poderá gerar danos materiais e morais, sendo estes últimos os que atinam os direitos da personalidade da vítima. O abandono material não gera nenhuma dúvida acerca das previsões legais que exigem o seu cumprimento. O abandono moral, por sua vez, demonstra, no mínimo, um desrespeito aos direitos da personalidade, o que impõe aos lesados, em obediência ao princípio da dignidade da pessoa humana, o direito à busca da reparação pelos danos sofridos. (SCHUH, 2006, p. 62).

Após uma longa discussão no ordenamento jurídico pátrio sobre a pertinência do dano moral em relação ao abandono afetivo, houve a pacificação do entendimento que a indenização por abandono afetivo objetiva uma compensação pelos bens imateriais agredidos, assim, não visa retornar o indivíduo ao status quo antes, mas sim compensar por algo que subjetivamente encontra-se lesado. Não se busca auferir o valor do dano causado ao indivíduo pelo abandono afetivo, mas sim compensá-lo de forma efetiva.

A lei não busca forçar aos pais a desenvolver algo tão natural e intrínseco do ser humano que é o amor, pois juridicamente seria impossível tal prática, porém, o que a lei resguardar é o dever que os mesmos tem em educar, respeitar, cuidar, preparar para uma vida efetiva na sociedade e garantir o desenvolvimento saudável da criança e do adolescente.

Não há como ignorar a ocorrência de lesão moral sofrida pelo filho pela ausência da figura paterna ou materna no desenvolvimento de sua vida como pessoa dotada de sentimentos. Por tanto o comportamento ilícito praticado pelos pais contra seus filhos, deve ser punido, sendo meio legítimo como forma de sanção aplicada diretamente pelo Estado Juiz e ao mesmo tempo meio compensatório a ação de responsabilidade civil por danos extrapatrimoniais, assim a indenização não tem caráter apenas compensatório como também função punitiva.

O reconhecimento do dano moral pelo abandono afetivo tem sido totalmente colhido e aceito pelos tribunais, por tanto menciona-se uma de suas decisões, prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça contida no Recurso Especial n. 1159242/SP 2017/0213687-9, em 22 de março de 2018, onde teve como relator o Ministro Francisco Falcão.

Ementa

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. FAMÍLIA. ABANDONO AFETIVO. COMPENSAÇÃO POR DANO MORAL. POSSIBILIDADE.

1. Inexistem restrições legais à aplicação das regras concernentes à responsabilidade civil e o consequente dever de indenizar/compensar no Direito de Família.

2. O cuidado como valor jurídico objetivo está incorporado no ordenamento jurídico brasileiro não com essa expressão, mas com locuções e termos que manifestam suas diversas desinências, como se observa do art. 227 da CF/88.

3. Comprovar que a imposição legal de cuidar da prole foi descumprida implica em se reconhecer a ocorrência de ilicitude civil, sob a forma de omissão. Isso porque o non facere, que atinge um bem juridicamente tutelado, leia-se, o necessário dever de criação, educação e companhia - de cuidado - importa em vulneração da imposição legal, exurgindo, daí, a possibilidade de se pleitear compensação por danos morais por abandono psicológico.

4. Apesar das inúmeras hipóteses que minimizam a possibilidade de pleno cuidado de um dos genitores em relação à sua prole, existe um núcleo mínimo de cuidados parentais que, para além do mero cumprimento da lei, garantam aos filhos, ao menos quanto à afetividade, condições para uma adequada formação psicológica e inserção social.

5. A caracterização do abandono afetivo, a existência de excludentes ou, ainda, fatores atenuantes - por demandarem revolvimento de matéria fática - não podem ser objeto de reavaliação na estreita via do recurso especial.

6. A alteração do valor fixado a título de compensação por danos morais é possível, em recurso especial, nas hipóteses em que a quantia estipulada pelo Tribunal de origem revela-se irrisória ou exagerada.

7. Recurso especial parcialmente provido.

É certo que será impossível a reposição dos bens imateriais perdido, pois a presença e o amor que não foi dado à criança e adolescente pelos pais nas primeiras fases ou passos de suas vidas jamais poderá ser ofertado posteriormente, assim, mesmo havendo o reconhecimento do direito ao dano moral pelo abandono afetivo esse não se faz meio suficiente a reparar os danos morais, sociais, psicológicos e institucionais sofridos por estes indivíduos. Por fim deve-se concluir que o amor não pode ser auferível economicamente, amar é uma arte, ser amado é um privilégio.

Portanto é de extrema necessidade que a família, sociedade e o Estado passem a tratar o abandono afetivo não meramente como um dano possível de reparação moral, mas sim

como uma situação fática social que traz consequências que comprometem a existência e dignidade da pessoa humana.

Necessário se faz entender que a mera indenização em valor jamais poderá reparar uma lacuna existencial e afetiva da qual encontra-se no mais íntimo de uma pessoa, pois o afeto que não lhe fora prestado na fase necessária jamais lhe poderá ser prestada posteriormente.

7 POLÍTICAS PÚBLICAS NO ÂMBITO FAMILIAR

Criado em 1995 na presidência de Fernando Henrique Cardoso com a finalidade de distribuir recursos para a família e melhorado no governo de Lula em 9 de Janeiro de 2004, a lei 10.836 foi criado à bolsa família, que acabou unificando o (Vale gás, bolsa escola, bolsa alimentação), que deve assistir a famílias com filhos de 0 a 15 anos, a contrapartida desse programa é que as famílias beneficiadas devam manter seus filhos na escola e o cartão de vacinação atualizado, é considerado um dos melhores programas de combate à pobreza do País. Esse programa tem como finalidade combater a fome à desigualdade social, assegurar o direito a família a uma alimentação de qualidade e adequada e principalmente contribuir para melhorar a situação de famílias que estão em posição de vulnerabilidade extrema que vive também na zona rural, e que tem dificuldades de acessar serviços sociais básicos e de difícil acesso a escola.

A bolsa família juntamente com as ações da PRONAF (programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar) e do PAA (Programa de Aquisição de Alimentos), são programas que em conjunto veio para melhorar a vida da família rural e urbana. O que é declarado explicitamente no (Artigo 16.º Declaração Universal dos Direitos do Homem).

Foi lançado também um programa social voltado crianças de zero a seis anos, que garantirá uma renda mínima de R\$ 20,00, por membro, que irá beneficiar mais de dois milhões de famílias. O pacote batizado de "Brasil Carinhoso" será integrado ao plano "Brasil sem miséria" e pago no mesmo cartão da bolsa família, esse novo programa inclui investimentos em creches e medicamentos, incluirá também a distribuição gratuita de remédios para tratamento da asma, com a distribuição de vitaminas A durante a campanha de vacinação e ampliar a prevenção e o tratamento de doenças que afetam as crianças.

A política pública precisa traçar o seu propósito e ajudar no desenraizamento da extrema pobreza, pois se entende que atualmente que as atenções voltas ou as poucas políticas públicas criadas são extremamente inertes e ineficazes sendo justificáveis somente mediante um contexto cultural tutelar dominante. Um olhar acerca da pobreza, se bem que, fragmentado, pode ser obtida através distribuição de riqueza entre os sujeitos, onde milhões de brasileiros estão fora do mercado de trabalho.

Nessa direção Durham (1986, p. 57) aponta "A crise econômica com seus corolários de desemprego, diminuição da renda familiar e aumento do custo de vida desestrutura todo o esquema em função do qual as classes populares 'organizam' sua prática social...".

Durham também cita que os obstáculos confrontados pela família, a fim de inserirem adquirir os proventos indispensáveis e manterem suas autenticidades de provedores.

Cada vez mais as políticas públicas, são inseridas no seio familiar e percebe-se a necessidade de enfatizar mudanças nas condições habitacionais. A questão da proteção do Estado consiste assegurar a independência da família preservando-a das necessidades em face ao déficit habitacional. Lançado em Março de 2009 o Programa Minha Casa Minha Vida, é um recurso do governo federal, recurso gerido pelo Ministério das Cidades e operacionalizado pela Caixa Econômica Federal, com parceria entre os estados e municípios, tem como objetivos a produção de unidades habitacionais, que são vendidas sem arrendamento prévio, incluindo também neste programa, a Minha Casa, Minha Vida Rural (MCMVR) que oferece subsídios para a construção ou reforma de imóveis de famílias rurais a trabalhadores e 24154 aposentados rurais, este projeto tem como público alvo famílias rurais com renda bruta de R\$15.000,00 anual e comprovada.

Na medida em que o governo vai criando novos programas, permita-se mostrar as políticas sociais vai sendo inserindo novos recursos para a família, resultando no fato de que a família está protegida no que se refere à condição da moradia. Se a noção de bem-estar veio para garantir a segurança habitacional apoiando no MCMV, o governo põe em evidência a sua estruturação de poder que afeta a sobrevivência da família, fica mesmo evidente a submissão da família através dos seus programas e projetos.

Fica evidente, com a Lei nº 12.470, de 31 de agosto de 2011, quando o governo investe na família com o benefício da previdência para donas e donos de casa que se dedicam somente ao trabalho doméstico, e que não possuem renda própria. E no benefício da Tarifa Social de Energia; que é um auxílio social criado pelo Governo Federal para ajudar as unidades residenciais de famílias com baixa renda, instituída pela Lei nº. 10.438/2002 para consumidores de baixa renda.

O Programa Nacional de Fortalecimento da Agricultura Familiar (PRONAF), que foi criado em 1995 com os mines e pequenos produtores, mediante a valorização do produtor rural e a profissionalização dos produtores familiares, com esse programa as famílias produtoras terá um aumento de renda com a melhoria da sua condição social e do uso racional da terra e da propriedade, à transferência de renda e assistência social, com geração de oportunidades para a inclusão e Independência das famílias, além de melhorar a condição social do mesmo. O que coloca o Brasil no patamar maior na oferta de alimentos, estimulando a permanência do agricultor e qualidade de vida.

Nota-se, que é preciso voltar a olhar a família na sua dimensão e pluralidade, e o acesso das políticas publica inserido na família, se tornou um direito reconhecido, para o Estado a família desprovida de bens, assinalada pela privação, carência, pela extrema pobreza, pela fragilidade dos sentimentos e companheirismo, que (Vicente 1994 apud Gomes; Pereira 2004, p.361) explica:

Quando a casa deixa de ser um espaço de proteção para ser um espaço de conflito, a superação desta situação se dá de forma muito fragmentada, uma vez que esta família não dispõe de redes de apoio para o enfrentamento das adversidades, resultando, assim, na sua

desestruturção. A realidade das famílias pobres não traz no seu seio familiar a harmonia para que ela possa ser a propulsora do desenvolvimento saudável de seus membros, uma vez que seus direitos estão sendo negados.

O autor aqui afirma que as famílias juntamente com seus membros mais velhos são responsáveis pelo sustento de toda prole e a necessidades de intervir e determinar as limitações aos membros mais novos, do mesmo modo, cabe às ligações intrafamiliar a ideia de como reagir com as pressões existentes cada vez mais cedo impostas aos jovens atuais.

À medida que a família desfavorável se apresenta como expressão mais desumana da desproporção e da distinção coletiva. Essa condição de perda de garantia chega a sua prole de forma bastante íntima, à proporção que, gera a mediocridade das emoções, da sensibilidade e ligações, em concordância (Gomes e Pereira, 2005, p. 359):

O ser humano é complexo e contraditório, ambivalente em seus sentimentos e condutas, capaz de construir e de destruir. Em condições sociais de escassez, de privação e de falta de perspectivas, as possibilidades de amar, de construir e de respeitar o outro ficam bastante ameaçadas. Na medida em que a vida à qual está submetido não o trata enquanto homem, suas respostas tendem à rudeza da sua mera defesa da sobrevivência.

Diante do pensamento do autor citado acima ao enraizar os conflitos entre as famílias forma-se uma imagem viva que reflete as crises financeiras e que está fixada dentro das famílias desprovidas de bens e percebe-se que diante do desgaste dos conflitos nas famílias as consequências do subdesenvolvimento que está sujeito o indivíduo, principalmente para aquele que sustenta é motora para perturbar a 'paz familiar'.

8 DO ENTENDIMENTOS JURISPRUDÊNCIAIS DOS TRIBUNAIS ACRECA DA MATÉRIA

Através de pesquisas realizadas nos sites da rede mundial de computador: <https://www.tjdft.jus.br/> e <https://www.jusbrasil.com.br/>, com o intuito de verificar os entendimentos jurisprudenciais sobre a matéria "abandono afetivo na filiação", pode se extrair de tribunais de diversos Estados o levantamento da suscitação de questões e elementos importantes para a configuração do abandono afetivo e o deferimento do dano moral.

São várias as temáticas levantadas pelos Tribunais, aborda-se a partir de então algumas dessas temáticas.

O reconhecimento do abandono afetivo pelos Tribunais vem se fundamentando mediante o ato ilícito que cause abalo psíquico, angustia, dor, traumas, sentimento de rejeição, dificuldade de inserção social, assim como demais fatores de ordem psíquica e física. Sendo que o abandono para que gere a obrigação de indenizar deve ser devidamente comprovado nos autos do processo.

O valor de quantificação do dano moral não tem um parâmetro econômica absoluto, mas representa uma estimativa feita pelo Juiz sobre o que seria mais razoável, levando-se em consideração e tendo como base a condição econômica do réu e o dano causador ao autor, sem que cause enriquecimento ilícito do credor (filho), e empobrecimento indevido ao devedor (Pais).

Abandono afetivo – dano moral *in re ipsa* – indenização de 50 mil reais

"(...) A mesma lógica jurídica dos pais mortos pela morte deve ser adotada para os órfãos de pais vivos, abandonados, voluntariamente, por eles, os pais. Esses filhos não têm pai para ser visto. Também para eles, "O sonho é o recurso do vidente que nele se refugia a fim de ganhar forças para afrontar o sentido do futuro." (Fernando Gil, Op. cit.). Também eles afrontam o sentido do futuro e sonham o sofrimento, a angústia e a dor causados pelo desamor do pai que partiu às tontas, quando as malas não estavam prontas e a conta não estava em dia. (...) Não há dúvidas. No simbolismo psicanalítico, há um ambicídio. Esse pai suicida-se moralmente como via para sepultar as obrigações da paternidade, ferindo de morte o filho e a determinação constitucional da paternidade responsável. (...) Por essa razão, o dano moral decorrente do abandono afetivo não depende de perícia, não depende do futuro nem do passado, tampouco depende de resultado negativo na existência filial no presente. O dano é *in re ipsa*, 'traduzindo-se, assim, em causa eficiente à compensação.' (...) Anoto que a ação foi ajuizada quando a autora completou 18 anos, 10 meses e 20 dias de abandono. O último encontro entre pai e filha, em 2001, quando ela contava dois anos de idade, não passou de uma visita feita pela ex-companheira e suas duas filhas ao apelante, no interior de São Paulo, onde ele já havia constituído outra família, como prova a fotografia juntada com a contestação (fl. 80), destacando-se a legenda aposta à mão. Até 28 de março de 2019, data da conclusão do julgamento deste recurso, foram 21 anos, 2 meses e 20 dias (ou 1.107 semanas). Por fim, foram 7.749 dias e noites. Sim, quando o abandono é afetivo, a solidão dos dias não compreende a nostalgia das noites. Mesmo que nelas se possa sonhar, as noites podem ser piores do que os dias. A indenização não é, por tudo isso, absurda, nem desarrazoada, nem desproporcional. Tampouco é indevida, ilícita ou injusta. R\$ 50.000,00 equivalem, no caso, contados, ininterruptamente,

desde o nascimento da autora, a R\$ 3,23 por dia e a R\$ 3,23 por noite. Ainda que a indenização tenha sido estabelecida em valor fixo e não em dias e noites, e que esses cálculos não tenham a precisão do tempo contado por um relógio atômico, porque não se sabe o dia exato do início do abandono, não havendo dúvida, contudo, de que foi logo depois do nascimento da autora, esses números apenas ilustram a proporcionalidade e a razoabilidade do valor fixado, que deve ser mantido em R\$ 50.000,00, atualizados pelo INPC e juros de 1% ao mês, incidentes da data do arbitramento (data da sentença)." (TJ-DF Acórdão 1162196, 20160610153899APC, Relator Designado Des. DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 28/3/2019, publicado no DJe: 10/4/2019).

Contudo, como já mencionado não havendo prova do dano causado pelo abandono afetivo ou que a circunstância de fato não configura abandono afetivo os Tribunais tem pugnado pelo não reconhecimento do dever de indenizar.

(...) A indenização por danos morais em decorrência de abandono afetivo somente é viável quando há descaso, rejeição, desprezo por parte do ascendente, aliado à ocorrência de danos psicológicos, não restando evidenciada, no caso em comento, tal situação. 3. Dada à complexidade das relações familiares, o reconhecimento do dano moral por abandono afetivo emerge como uma situação excepcionalíssima, razão pela qual a análise dos pressupostos do dever de indenizar deve ser feita com muito critério. 3.1. É dizer: as circunstâncias do caso concreto devem indicar, de maneira inequívoca, a quebra do dever jurídico de convivência familiar e, como consequência inafastável, a prova de reais prejuízos à formação do indivíduo. 4. O fato de existir pouco convívio com seu genitor não é suficiente, por si só, a caracterizar o desamparo emocional a legitimar a pretensão indenizatória. 5. O mero distanciamento afetivo entre pais e filhos não constitui, por si só, situação capaz de gerar dano moral, restando, assim, ausente à demonstração dos requisitos ensejadores do dever de indenizar, dispostos nos artigos 186, 187 e 927 do Código Civil, não havendo que se falar em indenização." (TJ-DF Acórdão 1154760, 07020022220178070005, Relator Des. JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 27/2/2019, publicado no DJe: 7/3/2019).

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. ABANDONO AFETIVO. A sentença julgou procedente pedido para condenar apelante, genitor, a indenizar dano moral à filha, por abandono afetivo. Embora a demonstração de que a apelada necessite tratamento por depressão, chegando a tentar contra a própria vida os elementos dos autos são insuficientes para comprovar, com segurança e robustez, nexo de causalidade entre a conduta omissiva do genitor, quanto às visitas determinadas judicialmente, e os danos emocionais/psíquicos ou sofrimento indenizável, nos termos dos arts. 186 e 927 do CCB. A penas em situações excepcionais e com efetiva prova é que, na seara das relações familiares, se devem conceder reparação por danos extrapatrimonial, sob pena de excessiva patrimonialização das relações familiares. DERAM PROVIMENTO UNÂNIME. (TJ-RS, Apelação Cível AC 70083174474, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Publicação 08/09/2020).

Quanto ao prazo para o ajuizamento da ação de indenização por danos morais decorrente do abandono afetivo, é reconhecido o prazo prescricional vintenário quando o abandono ocorreu na vigência do Código Civil de 1916 e de 03 (três) anos quando o abandono ocorre na vigência do Código de Civil de 2002, contados a partir de quando atingida a maioria do abandonado.

APELAÇÃO CÍVEL, AÇÃO INDENIZATÓRIA, ABANDONO AFETIVO, PRESCRIÇÃO. IRRESIGNAÇÃO AUTOTAL. Tese de que o suposto abandono afetivo teria se dado apenas doze meses antes da propositura da presente ação que consubstancia em inovação recursa. Fatos vertidos na inicial que acusam o suposto abandono afetivo por parte do Réu desde a infância do autor. Prazo prescricional vintenário. Art. Art. 177 do Código Civil de 1916. Diploma vigente a época entendimento do Eg. STJ no sentido de que, sendo a paternidade biológica do conhecimento do autor desde sempre, o prazo prescricional da pretensão reparatória de abandono afetivo começa a fluir a partir da maioria do autor. (REsp 1298576/RJ, DJe 06/09/2012). Autor que afirmada sempre ter tido ciência de que o Réu era seu pai. Pretensão fulminada pela prescrição, posto que decorrido mais de 20 (vinte) anos entre o implemento da maioria do Autor e a data da propositura da ação ainda que se considere como tese subsidiária a confusa narrativa fática, contida na inicial, que poderia nos fazer concluir pelo suposto abandono afetivo acerca de 10 (dez) anos, permaneceria a conclusão quanto à prescrição da pretensão autoral. Prazo prescricional trienal que se aplicaria à hipótese. Precedentes desta Corte. RECURSO A QUE SE NEGA

PROVIMENTO. (TJ-RJ, Apelação APL 00474276120198190021, Relator: Desembargador Murilo Kieling, Data da Publicação 09/06/2020).

DIREITO CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. ABANDONO AFETIVO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. TERMO INICIAL. MAIORIDADE DO FILHO. SENTENÇA MANTIDA. I. Prescreve em três anos a pretensão de compensação de dano moral fundada em abandono afetivo, nos termos do artigo 206, § 3º, inciso V, do Código Civil. II. Na hipótese em que a paternidade é reconhecida quando o filho tem seis anos de idade, a prescrição trienal deve ser contada a partir da maioridade. III. Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF 20160110122499 - Segredo de Justiça 0003899-75.2016.8.07.0001, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA, Data de Julgamento: 05/09/2018, 4ª TURMA CÍVEL, Data de Publicação: Publicado no DJE 14/09/2018. Pág.: 286/288).

Outro importante ponto a ser destacado é a necessidade do reconhecimento da paternidade, seja ela feita no âmbito extrajudicial ou judicial, a fim de que seja comprovada a paternidade biológica. Portanto, caso a paternidade ainda não esteja definida é necessário que antes da ação de reconhecimento do abandono afetivo cumulado com indenização de danos morais, seja dado ingresso a ação de investigação de paternidade nos termos da Lei 8.560, de 29 de dezembro de 1992.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE C/C INDENIZAÇÃO. REVELIA. AUSÊNCIA DE RECURSO. IMPOSSIBILIDADE DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA EM SEDE DE APELO. PRECLUSÃO. ABANDONO AFETIVO. CONHECIMENTO PRÉVIO DA PATERNIDADE NÃO COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DA OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. 1. Não se insurgindo, no momento oportuno e por intermédio do recurso adequado, contra a decisão interlocutória que afastou a tese de revelia, opera-se a preclusão sobre a matéria e, por isso, é vedada sua rediscussão em sede de apelação. 2. O colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento no sentido de não ser possível falar em abandono afetivo antes do reconhecimento da paternidade. 3. Sendo assim, anteriormente à ação de reconhecimento de paternidade não há que se falar em abandono afetivo, porquanto somente a partir dessa decisão judicial é que se fazem presentes os deveres inerentes

ao poder familiar e, conseqüentemente, poderá ser aferido o seu descumprimento para fins de reparação civil. 4. Na espécie, não há prova, antes do ingresso desta ação e o resultado positivo do exame por análise de DNA, do reconhecimento da paternidade, nem mesmo informal, razão pela qual não há que se falar em abandono afetivo, revelando-se, por conseguinte, a prejudicialidade do pleito indenizatório formulado na proemial. 5. APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA, MAS DESPROVIDA. (TJ-GO – Apelação (CPC): 03649482120148090175, Relator: SEBASTIÃO LUIZ FLEURY, Data de Julgamento: 21/09/2018, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: DJ de 21/09/2018).

São vários os entendimentos dos Tribunais, no entanto percebe-se que nem sempre o abandono afetivo gerará o direito de indenização por danos morais. Assim, cabe ao julgador verificar os fatos, a existência de prova, o cometimento de ato ilícito, dano, e nexos de causalidade.

Desta feita, não existe uma sentença ou entendimento pré-fixado, vez que o ordenamento jurídico jamais poderia ou poderá normatizar todos os acontecimentos no seio da sociedade, porém, cabe ao direito e as normas jurídicas sempre em evolução conjuntamente com a mesma se aprimorar e evoluir de forma que nenhum caso concreto fique à mercê e sem uma resposta do Estado por meio do poder judiciário.

9 CONCLUSÃO

Através da presente pesquisa, pode-se comprovar que é de extrema importância à relação de afeto entre filhos e pais, que, no entanto, é visto como imprescindível, irrenunciável, inalienável e indisponível, para o desenvolvimento da criança e adolescentes.

Também ficou demonstradas as conseqüências causadas às crianças e adolescentes, não podendo ser simplesmente ignorada, deixando os mesmos à mercê de sua própria sorte. Necessário se faz que a sociedade, família e estado comece a perceber as conseqüências que o abandono afetivo vem causando nas primeiras fases de vida do indivíduo em formação. A realidade deve ser encarada com um único objetivo criar meios eficazes de prevenção e punição aos pais e responsáveis que são omissos aos seus deveres familiares.

10. REFERÊNCIAS

ANGELUCI, Cleber Afonso. **Abandono Afetivo**: considerações para a constituição da dignidade da pessoa humana. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, fev. 2006. Disponível em: "http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?link=revista_artigos_leitura&artigo". Acesso em: 17 Outubro de 2020.

BRANCO, Bernardo Castelo. **Dano moral no Direito de Família**. São Paulo - SP: Editora Método, 2006. Acesso em 17 Outubro de 2020.

BRASIL. Casa Civil. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro gráfico, 1998. Disponível em: <http://w> HYPERLINK "<http://www.planalto.gov.br/ccivil>". Acesso em: 17 de Outubro de 2020.

BRASIL. Casa Civil. Código Civil (2002). **Lei 10.406, de 10 de Janeiro de 2002**. São Paulo – SP: Revista dos Tribunais, 2002. Disponível em: <http://w> HYPERLINK "<http://www.planalto.gov.br/ccivil>". Acesso em 17 de Outubro de 2020.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente (1990). **Lei 8.069 de 13 de Julho de 1990**. Brasília, DF: Senado Federal, 1990. Disponível em: <http://w> HYPERLINK "<http://www.planalto.gov.br/ccivil>". Acesso em 17 de Outubro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. **Recurso Especial n. 1159242/SP (2017/0213687-9)**. Relator Ministro Francisco Falcão, julgado em 22 de março de 2018. DJe: em 04/04/2018. Disponível em: <https://www.STJ.Jus.br/processo/pesquisa>. Acesso em: 15 de novembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. *Apelação Cível - APC n. 1162196, 20160610153899APC. Relator Designado Des. DIAULAS COSTA RIBEIRO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 28/3/2019. DJe: em 10/4/2019.* Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 24 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal - DF. *Acórdão. Apelação n. 1154760, 07020022220178070005. Relator Des. JOÃO EGMONT, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 27/2/2019. DJe: em 07/3/2019.* Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 24 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro TJ-RJ. *Apelação Cível AC 0047427. Relator: Murilo André Kieling Cardona Pereira, Vigésima Terceira Câmara Cível, data do julgamento: 09-06-2020. DJe: em 17-06-2020.* Disponível em <https://tjrj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863629391/apelacao-apl-474276120198190021>. Acesso em 24 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul TJ-MS – *Apelação Cível AC 0800109. Relator James Eduardo Oliveira, 4ª Turma Cível, data de julgamento: 5-9-2018. DJe: em 14-9-2018.* Disponível em <https://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/848368730/apelacao-civel-ac-8001096120168120017-ms-0800109-6120168120017/inteiro-teor-848369070>. Acesso em 24 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul-RS. Acórdão. *Apelação Cível AC 70083174474. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 8ª Câmara Cível, data de julgamento: 23-04-2020. DJe: em 08/09/2020.* Disponível em <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em 24 de março de 2021.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Goiás TJ-GO - Apelação Cível n. 0364948. Relator: Sebastião Luiz Fleury, 4^a Câmara Cível, data de julgamento: 21-09-2018. DJe: em 21-09-2018 Disponível em <https://tj-go.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/934371273/apelacao-cpc-3649482120148090175>. Acesso em 24 de Março de 2021.

CARBONERA, Silvana Maria. **O papel jurídico do afeto nas relações de família.** In: **PEREIRA, Rodrigo da Cunha (coord.).** *Anais do I Congresso Brasileiro de Direito de Família.* Repensando o Direito de Família. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. Acesso em 10 de abril de 2021.

COSTA, Débora Souto. O Abandono Afetivo e o Dano Moral à Luz do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2012. 80f. Dissertação (Mestrado em Família na Sociedade Contemporânea) – Universidade Católica do Salvador, Salvador, 2012. Acesso em 14 de Novembro de 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 3^a ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2006. Acesso em 06 de Maio de 2021.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias.** 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. Acesso em 22 de Outubro de 2020.

DINIZ, Danielle Alheiros. **A impossibilidade de responsabilização civil dos pais por abandono afetivo.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2184, 24 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus.uol.com.br/revista/texto/12987>>. Acesso em 22 de Outubro de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. Acesso em 10 de abril de 2021.

DURHAM, E.R.. A sociedade vista da periferia. Revista Brasileira de Ciências Sociais, 1(1), 58-99, 1986. Acesso em 10 de abril de 2021.

GOMES, M. A., & Pereira, M. L. D. (2005). Família em situação de vulnerabilidade social: uma questão de políticas públicas. *Ciência & Saúde Coletiva*, 10(2), 357-363, abr.-jun. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/csc/v10n2/a13v10n2.pdf>. Acesso em 19 de setembro de 2015. Acesso em 10 de abril de 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro*, volume 6: **direito de família.** 8^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Responsabilidade civil por abandono afetivo. In: Responsabilidade civil no direito de família. Coord. Rolf Madaleno e Eduardo Barbosa. São Paulo: Atlas, 2015, p. 401.

SILVA, Cláudia Maria da. **Descumprimento do dever de convivência familiar e indenização por danos à personalidade do filho.** *Revista Brasileira de Direito de*

Família. Porto Alegre: Síntese, v. 6, n. 25, ago. /set. 2005. Acesso em 22 de Outubro de 2020.

SCHUH, Lizete Peixoto Xavier. **Responsabilidade Civil por Abandono Afetivo**: a valoração do elo perdido. Revista Brasileira de Direito de Família, Porto Alegre, v. 35, p. 51-77, 2006. Acesso em 22 de Outubro de 2020.

TARTUCE, Flávio. **Novos princípios do Direito de Família brasileiro**. 2010. Acesso em: 1 abr. 2021.

VICENTE, C.M; 1994. O direito à convivência familiar e comunitária: uma política de manutenção do vínculo, pp. 47-59. In SM Kaloustian (org.). Família brasileira, a base de tudo. Ed. Cortez-Unicef, São Paulo-Brasília. Acesso em 10 de abril de 2021.

MEDIDAS SOCIEDUCATIVAS E SEUS EFEITOS PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE NO ÂMBITO FAMILIAR

VILMA CRISTINA CASTRO SILVA:
bacharelanda em Direito pela
Universidade Brasil.

MARCO ANTÔNIO COLMATI LALO

(Orientador)

RESUMO: O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), apresenta as medidas socioeducativas para as crianças e adolescentes, como meio de responsabilização a estes que cometem algum ato infracional. Entende-se que o ato infracional seja aquela conduta que contiver os mesmos aspectos que define a infração penal. As medidas socioeducativas e as medidas de proteção não possuem caráter punitivo e sim pedagógico. O papel da família na vida do adolescente infrator é de extrema importância. Não raras vezes o grupo familiar é desestruturado, pois está exposto à prostituição, ao alcoolismo e às drogas, frequentemente. Um dos principais objetivos das medidas socioeducativas, pode-se afirmar, é a busca de ressocialização dos jovens infratores, bem como sua reeducação. Neste sentido, a família é de suma importância para a recolocação do jovem na sociedade após sua saída de um regime de reeducação. Entretanto, a sociedade também exerce um papel de destaque na inserção do adolescente infrator em seu meio, entretanto, ainda há um grande problema na estrutura da família, que muitas vezes pode não estar preparado para receber o jovem novamente, o que pode causar reincidência do mesmo na criminalidade.

Palavras-chave: Ressocialização. Jovens. Criminalidade.

SUMÁRIO: Introdução. 1 Desenvolvimento. 1.1 Violência entre jovens. 1.2 Medidas socioeducativas. 1.3 Ressocialização e família. 2 Considerações Finais. Referências 154.

INTRODUÇÃO

A legislação brasileira referente à criança e ao adolescente tem importância fundamental no estudo da intervenção jurídica sobre o jovem na atualidade que comete ato infracional, devido a inserção precoce de crianças e adolescentes no mundo do crime. No contexto da sociedade brasileira, a preocupação com a proteção da infância-adolescência está descrita na Carta Constitucional de 1988. 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 (BRASIL, 1988).

O Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), apresenta as medidas socioeducativas para as crianças e adolescentes, como meio de responsabilização a estes que cometem algum ato infracional. O Estatuto prevê que crianças são pessoas com até 12 anos incompletos e adolescentes, pessoas entre 12 e 18 anos incompletos, enquanto sujeito de direitos, optando por afastar-se do sistema punitivo.

Para Rios (2020), criança “é o ser humano no começo da existência, pessoa ingênua ou infantil”. De acordo com o ECA, “considera-se ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal”. Ou seja, só não considera a conduta da criança e do adolescente como delito (no sentido analítico da palavra), pois ele é inimputável e não ostenta culpabilidade penal. Deste modo, o constituinte reconhece que a infância e a adolescência possuem uma fase especial de vida, com características próprias em desenvolvimento, dignos de proteção especial (SALUSTIANO, 2019).

Entende-se que o ato infracional seja aquela conduta que contiver os mesmos aspectos que define a infração penal. No entanto, o art. 228 do Estatuto aduz o preceito constitucional da imputabilidade penal da pessoa com idade inferior a dezoito anos. Para Ramidoff (2008, p.68):

Sistematicamente, restringe-se o poder de polícia – ou seja, intervencionista do Estado –, limitando-o formal e materialmente às opções políticas adotadas por decorrência mesmo do alinhamento nacional às diretrizes internacionais dos Direitos Humanos – aqui, os inerentes às crianças e adolescentes. Nesse sentido, ao resguardar o preceito constitucional da imputabilidade penal, a pessoa com idade inferior a dezoito anos permanece sujeita às medidas previstas na legislação especial.

As medidas socioeducativas e as medidas de proteção não possuem caráter punitivo e sim pedagógico, por esta razão as crianças e adolescentes deverão ser ressocializados quando aplicadas tais medidas, buscando a melhoria de suas condutas para que se tornem pessoas boas longe da criminalidade.

Neste sentido, Varela, Alves e Almeida dizem que:

Atualmente, os adolescentes que cometem atos infracionais são justamente aqueles que vivem em uma realidade bem precária, fazendo assim com que, furtar, por exemplo, seja um ato para sua sobrevivência; bem como para saciar vícios, tais como o de uso de drogas. Uma observação assustadora é que a marginalidade utilizada pelos jovens são as mesmas que se refletem no meio em que vivem, e o uso das drogas é visto como

refúgio diante das adversidades enfrentadas diariamente. (VARELA, ALVES e ALMEIDA, 2015, p. 23).

O papel da família na vida do adolescente infrator é de extrema importância. Não raras vezes o grupo familiar é desestruturado, pois está exposto à prostituição, ao alcoolismo e às drogas, frequentemente. Também, muitas vezes, existe a ausência de uma figura paterna.

Também sobre o papel da família, poderão ser inseridos projetos sociais com equipes multidisciplinares, como assistência social e psicológica onde esses profissionais podem fazer com que a família e o menor delinquente se unam, e o jovem não se sinta desamparado pelo Estado e a Sociedade. Pois a união entre o menor infrator e a família é muito importante para a ressocialização do mesmo.

O direito à convivência familiar e comunitária está amplamente estabelecido no artigo 227 da Constituição Federal e nos artigos 19 e seguintes do ECA. Consequentemente é direito personalíssimo, intransferível e imprescritível de todas as crianças ou adolescentes terem uma família, seja ela biológica ou substituta (LIBERATI, 2007).

Ainda, sabe-se que muitos jovens que recebem medidas socioeducativas e são reinseridos no ambiente familiar, acabam por cometer outro ato infracional.

O Estatuto da Criança e Adolescente elencou as medidas socioeducativas, que estão previstas no art. 112, do ECA, e são aplicadas aos adolescentes havendo ocorrência de algum ato infracional, conforme abaixo:

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 semiliberdade;
- 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).

Para os adolescentes, poderão ser aplicadas além das medidas socioeducativas, as medidas protetivas previstas no art. 101, I a VI, do ECA. (Inciso VII do art. 112, ECA).

Sendo assim, é necessária uma discussão sobre as medidas socioeducativas e quais suas influencias para a ressocialização do jovem infrator no âmbito familiar.

1 DESENVOLVIMENTO

1.1 Violência entre jovens

A violência é uma das principais preocupações da sociedade atual. Com o avanço da urbanização e da maior concentração populacional, muitas famílias se viram em situações precárias, o que pode ser um fator determinante para o aumento da marginalização nos grandes centros.

Para a OMS, a adolescência é um período essencialmente biológico, durante o qual se acelera o desenvolvimento cognitivo e a estruturação da personalidade (LOPES e SILVA 2009). A violência praticada por jovens tem, gradativamente, se transformado em um grave problema para a sociedade brasileira, especialmente nos seus centros urbanos, acompanhando uma tendência mundial de crescimento deste fenômeno (ASSIS, 1999).

Para Oliveira (2012):

A crescente violência entre os jovens e adolescentes se manifesta nas mais diversas espécies, tais como, homicídios, roubos, latrocínios, entre outros. Estes têm suscitado grandes questões acerca da eficácia da legislação penal corrente, da redução da maioridade penal, da desigualdade social e a falta de incentivos governamentais, além de gerar em toda a sociedade um grande sentimento de medo e impunidade. E como é por meio de leis,

que o Estado define e promove a ordem pública, há que se atentar a essa nova configuração criminal na delinquência juvenil.

Silva e Costa (2010) dizem que:

Um dos fatores que influenciam na inserção dos jovens e adultos na criminalidade são as condições familiares que esses vivem qual perspectiva de vida familiar terá, se no seio de sua família há uma precariedade nas relações afetivas. E deve-se mencionar que o fator econômico é decisivo para corromper qualquer relação afetiva, pois sem comida, sem teto, é muito difícil haver uma educação de base, conforme prevê a Constituição Federal.

Segundo Katzman (1999 *apud* MONTEIRO, 2011, p. 33) a vulnerabilidade é compreendida como o desajuste entre ativos e a estrutura de oportunidades, oriundos da habilidade dos atores sociais de aproveitar oportunidades nos demais contextos socioeconômicos e melhorar sua situação, impedindo a deterioração em três campos: os recursos pessoais, os recursos de direitos e os recursos em relações sociais.

Para SANTOS (2015):

O excessivo rigor aplicado à responsabilização dos jovens em face dos índices de violência e criminalidade não tem correspondência com uma análise rigorosa acerca do papel do Estado e da comunidade perante crianças e jovens em situação de extrema vulnerabilidade social. Neste caso o excesso, punição dos jovens como forma de atacar as causas da violência, oculta o déficit, a violência como consequência do contexto social e de oportunidades no qual os jovens estão inseridos.

Ainda, a violência no Brasil está diretamente ligada a problemas de desigualdade social, exclusão social, impunidade, independente se as leis são leves ou pesadas, não são cumpridas, falha na educação na escola, familiar e individualismo (LEONARDO, 2016, p.6)

Os acontecimentos violentos entre os jovens no Brasil têm sido mais um dos problemas que a sociedade vem enfrentando e buscado controlar. Esse não é tema novo e exclusivo, quanto ao investimento teórico, empírico da ciência humana, social ou da saúde, bem como, da promoção de práticas sociais e políticas em relação aos caminhos que aponte para uma solução desse problema juvenil. Desta forma, compreender e identificar as variáveis que, tanto em termos conceituais quanto de pesquisas, incluem-se no fenômeno da violência entre os jovens, tem sido

importante para promover uma agente de proteção em relação a um fenômeno tão grave na contemporaneidade (ARENDR 2009; MICHENER, DELAMATER e MYERS, 2005; SANTOS e KASSOUF, 2008).

1.2 Medidas socioeducativas

Pereira e Oliveira (2002) apontam algumas das motivações relatadas por adolescentes, em cumprimento de medida de privação de liberdade, para terem começado a praticar infrações: a condição socioeconômica; a violência doméstica; o envolvimento com outros infratores; e a idéia de predestinação para o crime.

Neste sentido, a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em julho de 1990, inaugura um novo olhar sobre as crianças e adolescentes brasileiros, que passam a ter prioridade absoluta no que tange aos seus direitos como cidadãos (OLIVEIRA, 2009, p.12).

Ao definir o ato infracional o ECA considera o adolescente infrator um indivíduo de uma categoria jurídica, o qual é sujeito de direitos, inclusive do devido processo legal, isto também é definido pela Doutrina da Proteção Integral como visto anteriormente.

O ato infracional é um comportamento típico descrito pela Lei Penal, o qual é praticado por crianças e adolescentes e para sua caracterização é necessário que a conduta seja típica, antijurídica e culpável, através desse ato previsto pelo ECA, o menor infrator se adere a um sistema compatível com seu grau de responsabilização, não podendo segundo SARAIVA (2012), "o adolescente ser punido onde não o seria adulto".

Conforme já mostrado anteriormente, o ECA (BRASIL, 1990) traz as seguintes medidas socioeducativas:

Art. 112. Verificada a pratica 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 semiliberdade;

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.

Com a Constituição Federal de 1988 os menores encontraram a efetiva proteção do Estado e com isso começaram a ser tratados, em sua integralidade, como sujeitos de direito (MACIEL, 2010).

Para MELLO (2017):

As medidas socioeducativas são apuradas após processo legal, tendo como objetivo a efetivação de meio para reeducar a criança e o adolescente em conflito com a lei. Em suma, essas medidas socioeducativas são respostas aplicadas aos menores autores de atos infracionais, e visam encontrar um meio de recuperação diante sua condição e necessidade.

Segundo LEONARDO (2016):

As medidas socioeducativas são imprescindíveis, usadas como forma de responsabilidade penal a esses menores que, por serem julgadas insuficientes pela sociedade, nos dão uma falsa sensação de impunidade. Esse quadro seria revertido se essas medidas só fossem aplicadas de uma forma mais eficaz, todos os dias da semana, não deixando o tempo desses jovens ociosos, de maneira que teriam um maior aproveitamento de suas habilidades motoras, sociais e cognitivas, recuperando-os de fato sem cometerem novamente atos ilícitos e consequentemente preservando a segurança pública.

A imputabilidade penal está relacionada diretamente com a inteligência e vontade de cada indivíduo, que deve ter a consciência sobre a prática de atos ilícitos. Sem isso, não há previsão legal de culpa ou de passar por um processo jurídico (NUCCI, 2009).

É necessário, neste momento, que se compreenda que a inimizabilidade difere da impunidade, conforme Silva (1999) ressalta:

Imputabilidade. Derivado de imputar, do latim *imputare* (levar em conta, atribuir, aplicar), exprime a qualidade do que é imputável. Nestas condições, seja nos domínios do Direito Civil, Comercial ou Penal, a imputabilidade revela a indicação da pessoa ou do agente, a que se deve atribuir ou impor a responsabilidade, ou a autoria de alguma coisa, em virtude de fato verdadeiro que lhe seja atribuído, ou de cujas consequências seja responsável. Do latim *impunitas*, de *impunis* e *poena* (não punido), exprime o vocabulário a falta de castigo ao criminoso ou delinquente. A impunidade pode decorrer do fato de não ter sido possível a aplicação da penalidade imputável à pessoa, como pelo indulto ou perdão.

De acordo com Costa (2004), as medidas socioeducativas visam educar o adolescente para o convívio social, por isso o nome socioeducativo.

Um dos principais objetivos das medidas socioeducativas, pode-se afirmar, é a busca de ressocialização dos jovens infratores, bem como sua reeducação. Muitos tentam negar o caráter não punitivo, porém como bem observa a doutrina, as medidas apresentam similaridade com as penas previstas no Código Penal, possuindo assim um caráter penal especial, como forma de retribuição ou punição imposta ao menor infrator (SILVA, 2008).

A proposição de um conceito de ressocialização de jovens, lastreado pelo trabalho e pela qualificação profissional, com o propósito de se adotar políticas públicas mais eficientes de combate a estes déficits, baseia-se na afirmação inquestionável que o trabalho é fonte de equilíbrio na nossa sociedade e também como agente ressocializador nos centros educacionais. “[...] Por meio do trabalho os indivíduos garantem equilíbrio e melhor condicionamento psicológico, bem como melhor comprometimento social” (LEMOS, MAZZILLI e KLERING, 1998.p.146)

O aumento dos índices de adolescentes que integram o sistema socioeducativo brasileiro indica que, apesar de todo aporte legal, muito pouco se faz no processo de ressocialização desses adolescentes na sociedade, fato percebido quando se observa o índice de reincidência dos atos infracionais.

Um estudo realizado pela Câmara Legislativa do Estado do Ceará (CEARÁ, 2008) ao comentar sobre os fins das medidas assim destaca:

Um dos maiores dilemas enfrentados pelo “Direito do Menor” refere-se à eficácia das medidas sócioeducativas na ressocialização e na reeducação de menores envolvidos em práticas ilícitas. Essas deverão ter como referência a reintegração do adolescente na sociedade, na família e na comunidade. Portanto, devem compreender ações de natureza pedagógica e inclusiva. Há, contudo, grande dificuldade na sua aplicação, problemas que vão desde a compreensão do sentido social e educacional destas medidas, passando pela qualidade da formação dos profissionais envolvidos com este público, indo até as instalações (infra-estrutura) das instituições que atuam na ressocialização de menores.

1.3 Ressocialização e família

De acordo com Gagliano e Pampona Filho (2017, p. 52), a família é, sem sombra de dúvida, o elemento propulsor de nossas maiores felicidades e, ao mesmo tempo, é na sua ambiência em que vivenciamos as nossas maiores angústias, frustrações, traumas e medos.

Os adolescentes cujos pais são negligentes demonstram os menores níveis de autoregulação e de competência cognitiva. “O padrão de associações entre estilos de criação de filhos e competência instrumental provê o fundamento para o estabelecimento de relações adicionais para as tendências atribucionais do adolescente, as quais refletem níveis percebidos de auto-confiança, responsabilidade e capacidade de desempenho” (GLASGOW et al., 1997).

O período da adolescência significa uma mudança no estatuto social do sujeito. Neste sentido, cabe observar a ausência, em nossa sociedade, de rituais socialmente compartilhados, que permitam simbolizar essa nova posição social (SARTI, 2004).

A autora ainda destaca que:

Pode-se supor, então, que no lugar socialmente designado para o jovem/adolescente há uma projeção do mundo adulto em sentidos distintos. Em primeiro lugar, como objeto das expectativas familiares, os jovens têm os rumos de suas vidas traçados por seus pais de forma a cumprir o que a família espera para si. São conhecidos os conflitos deflagrados pela resistência dos jovens a concretizar essa forma de herança e de perpetuação de sua “família”. Gostaria, entretanto, de atentar para outra forma

de projeção que se refere à tendência a localizar no jovem as situações que configuram problema para a família, eximindo o mundo adulto de nelas se incluir. Grande parte da dificuldade de lidar com as questões juvenis, sobretudo aquelas ligadas à sexualidade, a escolhas ou indagações existenciais, tem a ver com o fato de que tocam em pontos difíceis para os pais, em suas próprias vidas.

Segundo Nogueira (2003), a principal problemática dos adolescentes que cometem ato infracional está relacionada à inexistência de "UM PAI", que possibilitaria a vivência do sistema de limites e proibições, que toda cultura instala. Como aponta o autor: "se a presença do personagem paterno não é suficiente para que o pai real exista, ela também é importante e sua ausência, principalmente na origem e na primeira infância, não é sem consequências" (NOGUEIRA, 2003, p.21)

A literatura especializada registra que algumas características familiares têm sido consideradas preditoras de conduta pró-social ou protetora dos atos infracionais dos jovens. São elas: a estrutura hierárquica definida (Valdés et al., 1997), a boa qualidade da relação entre os pais (Markiewicz, Doyle e Brendgen, 2001), o estabelecimento de um padrão de apego seguro pelo jovem (Laible, Carlo e Roesch, 2004), a boa qualidade de comunicação do jovem com os pais e entre eles (Valdés et al., 1997), bem como menos atitudes autoritárias pelos progenitores (Caputo, 2004; Stouthamer-Loeber, Wei, Loeber&Masten, 2004).

De acordo com Sá (2009)

A participação da família também insere-se no plano micro-sociológico, considerada um dos principais vetores de criminalidade juvenil. Devido a sua organização, origem comum e destinada a transmitir valores morais e pessoais, exerce bastante influência na transmissão dos padrões de conduta, sendo crucial para formação da personalidade, assim origens da conduta violenta muitas vezes advêm da infância. Da mesma forma os recursos propiciados na organização familiar influenciam nas habilidades infantis refletindo posteriormente em um bom desempenho escolar e conseqüentemente um ingresso no mercado de trabalho. O tamanho da família revela seu grau de importância, bem como o envolvimento de um irmão mais velho na criminalidade pode trazer influências.

Entendida por Souza e Costa (2013) como um sistema aberto e sempre em transformação, a família é preponderante para a estruturação sócio afetiva dos indivíduos em desenvolvimento. As relações estabelecidas na família e na escola

podem funcionar como fator protetivo ou de risco, independentemente de classe social ou étnica.

Sudbrack (1992) destaca a função paterna, e ressalta que a passagem ao ato delinquente, além de seus aspectos individuais e sociais, culturais e institucionais, é uma manifestação, no exterior, daquilo que o jovem não pode dizer no interior da família. O ato delinquente projeta o jovem para fora de sua família, rumo a um terceiro – o juiz – e rumo a um sistema educativo de assistência.

Souza e Romera(2019), enfatizam que:

O trabalho em rede como um conjunto articulado de serviços, deve intervir com o adolescente para conhecer caminho que percorrem até cometer o ato infracional e, inclusive na proteção de média complexidade a elaboração de um Plano Individual de Atendimento. É importante que essas ações abarquem também a família utilizando-se como meios os acompanhamentos com atendimentos individuais, entrevistas, visitas domiciliares, oficinas diversas e ações coletivas. Ação com a família é tão importante quanto a ação com o adolescente, em geral a família expressa diversas vulnerabilidades, inclusive de vínculos, de proteção, de organização, de identidade pessoal e social que são reproduzidas individualmente pelo adolescente. Algumas famílias precisam tanto de proteção quanto os próprios adolescentes. Possibilitar a elas famílias uma compressão de ainda é possível se construir mudanças, que não está tudo perdido, é de fundamental importância e pode ajudar no fortalecimento das potencialidades pessoais e individuais.

Neste sentido, a família é de suma importância para a recolocação do jovem na sociedade após sua saída de um regime de reeducação. Entretanto, a sociedade também exerce um papel de destaque na inserção do adolescente infrator em seu meio, com sabedoria, mais uma vez, Neri (2012) observa a importância de o adolescente ser recebido sem preconceitos pela comunidade em que faz parte, para que tenha as mesmas possibilidades e chances que os demais jovens possuem, lembrando que o bom convívio social, desprovido de discriminação, auxiliará o adolescente a desenvolver sua capacidade interpessoal.

De acordo com Araújo (2013, p. 02), que realizou uma pesquisa no Programa de Execuções de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto – PENSEMA, as mães entrevistadas, informam que as famílias não são mais iguais, bem como a maneira que

criam os filhos também não. Foi observado que as famílias participativas da ressocialização dos menores, obtinham mais sucesso do que as que não eram assíduas.

Gomide (2001, p.37) diz:

Há uma correlação estreita entre as características dos pais ou familiares e/ou dinâmica familiar e o posterior desenvolvimento de comportamentos desviantes. A família se enfraqueceu enormemente em nossa sociedade. Sua unidade interna foi minada pela pauperização, assolada pela arbitrariedade policial nos bairros periféricos, pelo tráfico de drogas, pelo alcoolismo, pela violência, pela prostituição e pelo abandono dos filhos. Sem que os pais assumissem nenhuma responsabilidade sobre seus filhos, as mães repetiam casamentos similares várias vezes, perdendo-se os filhos dos primeiros matrimônios na rejeição e na violência das relações familiares degradadas.

Araújo (2019) ressalta que:

A família é meio mais comum em que o sujeito volta após a sua reabilitação. Pode ser realizado um trabalho positivo e eficaz com os sujeitos (o que não é muito comum), aplicando-lhes medidas corretas, mas se em sua reinserção na sociedade voltarem para um ambiente hostil, ou que não reforce seu comportamento de mudança, é de grande probabilidade que os indivíduos retornem a cometer atos infracionais. Não se pode responsabilizar apenas a família pela reincidência dos indivíduos, pois a má aplicação de medidas sócio educativas não resultam em resultados positivos. Outros meios também são influenciadores, tais como vizinhança, escola e trabalho, mesmo tendo uma família que apoie a mudança, esses meios podem influenciar a reincidência.

Além do apresentado até o momento, há de se discutir a relevância de políticas públicas tanto para os jovens quanto para as famílias dos mesmos no processo de ressocialização, visto que:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência,

discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1990, não paginado).

Ou seja, os direitos que os jovens têm direito não se limitam apenas à responsabilidade da família, mas se estendem ao Estado e à sociedade.

Neste sentido, Trentin (2012) ressalta, em sua pesquisa, que:

A criação de políticas públicas que enfatizem a ressocialização dos adolescentes não terá êxito se não abranger a teia social e todo o aparato familiar em que estão inseridos esses adolescentes. Dentro desse contexto, os programas de intervenção que abrangerem a família, a escola e as outras instituições sociais que fazem parte da vida dos adolescentes em conflito com a lei serão mais eficientes e trarão melhores resultados na prevenção da criminalidade juvenil. Os resultados indicaram a necessidade de intervenções que fortalecem os fatores de proteção familiar, compreendendo a reeducação dos pais e o fortalecimento dos vínculos familiares. Ou seja, abordar a instituição familiar como a protagonista da intervenção e prevenção, por meio de programas que objetivem uma avaliação rigorosa e sistêmica das famílias dos adolescentes em conflito com a lei.

Em relação ao papel da sociedade, Leontino e Portella (2019) afirmam que:

A sociedade cobra medidas repressivas, porém é totalmente omissa na luta por melhoramento das qualidades de atendimento para estes jovens. As instituições, que teriam a função de ressocializar, apenas estigmatizam estes adolescentes, o que pode ser comprovado pelo insucesso das medidas socioeducativas, ou seja, após o cumprimento da penalidade devida, este jovem continuará desamparado e com poucas chances de uma reinclusão verdadeira na sociedade, ou seja, estes continuarão a serem rotulados como um “perigo” para a população.

Lépore (2017, p.73) afirma que:

A educação, seguida da profissionalização e do trabalho, são essenciais para a consecução da desejada autonomia, pois

apoderam o jovem de condições para torná-lo um ser independente, social e economicamente.

A fala do autor vai de encontro à necessidade de implementação de políticas públicas que reinsiram os jovens na sociedade após o período de ressocialização, visto que, além da família, a sociedade deve enxergar os jovens com novos olhos sob uma perspectiva mais social e acolhedora, contribuindo efetivamente para que o menor infrator se sinta pertencente a um espaço, a uma sociedade e a um local que ele realmente deva estar: com qualidade de vida, acesso à educação, ao trabalho e à dignidade.

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No Brasil, o Estatuto da criança e do Adolescente (ECA) é um instrumento jurídico que visa reeducar e ressocializar jovens infratores. O ECA tornou-se, assim, um instrumento do Estado que faz parte da proteção de crianças e adolescentes, fazendo com que este cumpra seu dever de protetor já que, segundo a Constituição Federal, é dever do Estado, da família e da sociedade a proteção às crianças e aos jovens.

A família, assim como o Estado e a sociedade, também tem papel fundamental na ressocialização. Jovens infratores, de acordo com o observado na revisão deste artigo, comumente são provenientes de famílias desestruturadas, muitas vezes de baixa renda ou com histórico de criminalidade no ambiente que estão inseridos.

As medidas socioeducativas, nestes casos, se apresentam como uma alternativa na tentativa de reinserção destes jovens no ambiente familiar, entretanto, ainda há um grande problema na estrutura da família, que muitas vezes pode não estar preparada para receber o jovem novamente, o que pode causar reincidência do mesmo na criminalidade.

REFERÊNCIAS

DUARTE, A. **Poder e violência no pensamento político de Hannah Arendt: uma reconsideração**. Posfácio à obra "Sobre a violência". Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.

ASSIS, SG. **Traçando caminhos em uma sociedade violenta: a vida de jovens infratores e de seus irmãos não-infratores** [online]. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 1999. 236 p. ISBN 85-85239-18-2. Available from SciELO Books . <http://books.scielo.org/> ACESSO EM 16 out 2020.

ARAÚJO, Rossana Veras. **A Criança e Adolescente em conflito com a lei e o seu microssistema familiar**. Cadernos Zygmunt Bauman. v. 9, n. 21. 2019. Disponível em <

<http://www.periodicosteste.ufma.br/index.php/bauman/article/download/11794/7013>
> ACESSO EM 16 out 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html >
ACESSO EM 20 out 2020.

CAPUTO, Richard (2004). **Parent Religiosity, Family Processes, and Adolescent Outcomes**. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/274821565_Parent_Religiosity_Family_Processes_and_Adolescent_Outcomes> ACESSO EM 20 out 2020.

Costa, A. C. G. (2006). **Por uma política nacional de execução das medidas socioeducativas: conceitos e princípios norteadores**. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/sedh/spdca/publicacoes/kit-socioeducativo/aPoliticaNacionaldeExecucaodasMedidasSocioeducativas.pdf> > ACESSO EM 26 out 2020.

SILVA, André Tombo Inácio da. **As medidas sócio educativas aplicáveis aos adolescentes infratores**. Gama-DF. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito Jurplac. 2008. Disponível em: <<https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/medidas-socioeducativas-para-adolescentes-infratores.html>> ACESSO EM 26 out 2020.

LEONARDO, Francisco Antonio Morilhe. **A Música como forma de ressocialização do menor infrator**. V. 43 n.2 2015. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/29834#:~:text=Resumo%3A%20O%20objetivo%20do%20trabalho,infratores%2C%20cuja%20finalidade%20%C3%A9%20promover>>. ACESSO EM 26 out 2020.

LEONTINO, Manoel Manhães Ferreira. PORTELLA, Vitor Manoel da Silva. **Políticas Públicas de inserção de menores infratores**. *Revista da Seção Judiciária do Rio de Janeiro*, [S.l.], v. 23, n. 46, p. 175-189, nov. 2019. Disponível em: <<http://revistaauditorium.jfrj.jus.br/index.php/revistasjrj/article/view/287>> ACESSO EM 17 out 2020.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito da criança e do adolescente**. 2. ed. São Paulo: Rideel, 2007. ISBN: 9788533909311. Disponível em: <https://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:redede.virtual.bibliotecas:livro:2010;000876000>> ACESSO EM 17 out 2020.

LOPES, Roseli Esquerdo; SILVA, Carla Regina. **Adolescência e juventude: entre conceitos e políticas públicas.** Cadernos Brasileiros de Terapia Ocupacional/Brazilian Journal of Occupational Therapy. ISSN: 2526-8910, v. 17, n. 2, 2009. Disponível em: < <http://www.cadernosdeterapiaocupacional.ufscar.br/index.php/cadernos/article/view/100>> ACESSO EM 18 out 2020.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade . **Curso de Direito da Criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos.** Ano: 2013. Editora: lumen juris 11ª edição. Rio de Janeiro. Disponível em < http://www.tjrj.jus.br/documents/10136/19240/direito-da-crianca-do-adolescente.pdf?_=11> ACESSO EM 18 out 2020.

NERI, Aline Patrícia. **A eficácia das medidas socioeducativas aplicadas ao jovem infrator.** Barbacena/MG 2012. Disponível em: < https://www.researchgate.net/publication/330953951_A_INEFICACIA_DAS_MEDIDAS_SOCIOEDUCATIVAS> ACESSO EM 18 out 2020

BARROS, Fernanda Otoni de. **Tô fora: O adolescente fora da lei. O retorno da segregação.** Belo Horizonte, 2003. Série Escritos em Psicanálise e Direito. Disponível em: < <https://www.worldcat.org/title/to-fora-o-adolescente-fora-da-lei-o-retorno-da-segregacao/oclc/53854651>> ACESSO EM 18 out 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais penais comentadas** - v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1014 p. --- Localização: 343.214(81)(094.46) / N883Le / v.1 / 10.ed. Disponível em: < NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas - v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. 1014 p. --- Localização: 343.214(81)(094.46) / N883Le / v.1 / 10.ed> ACESSO EM 24out 2020

OLIVEIRA, Antônio Erivaldo Lima. **A formação profissional e a ressocialização de jovens infratores: uma análise das experiências do Centro Educacional Cardeal Aloísio Lorscheider (CECAL) em Fortaleza/CE.** Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/29228/1/2012_tcc_aeloliveira.pdf. ACESSO EM: 31 out 2020.

OLIVEIRA, Maria Célia Rodrigues de. **O processo de inclusão social na vida de adolescentes em conflito com a lei.** Dissertação de Mestrado, Universidade de São Paulo, FFCL - Ribeiro Preto 2002. Disponível em: < <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/59/59137/tde-07052003-114821/publico/tese.pdf>> ACESSO EM: 31 out 2020.

SARAIVA, João Batista Costa. Direito Penal Juvenil – **Adolescente e Ato Infracional – Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas.** 2ª edição. Porto Alegre. 2002, p. 32.

SARTI, Cynthia Andersen. **A família como ordem simbólica**. Psicologia USP, São Paulo, v. 15, n. 3, p. 11-28, 2004. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/psicousp/article/view/42289/45962>> ACESSO EM: 17 out 2020.

SILVA, Karla Pereira da. COSTA, Vanessa dos Santos. **A importância da ressocialização de jovens e adultos em cárcere privado**. Revista Eletrônica de Ciências da Educação. v. 9, n. 1 (2010). Disponível em: <<http://periodicosibepes.org.br/index.php/reped/article/view/558/625>>. ACESSO EM: 27 out 2020.

TRENTIN, Angela Corrêa. **Adolescentes em conflito com a lei e a família: um estudo interdisciplinar**. 2012. Disponível em <<http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/1854/1/000440856-Texto%2BParcial-0.pdf>>. ACESSO EM 19 out 2020.

VARELA, Gabriela. ALVES, Priscila da Souza. ALMEIDA, Débora Aparecida. **Proposta de ressocialização de crianças e adolescentes infratores na região da 11ª SDR – Curitiba**. v. 1 n. 2 - 2015. Disponível em: <<https://periodicos.uniarp.edu.br/index.php/extensao/article/view/778>> ACESSO EM 19 out 2020.

[i] Graduação em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (1997). Atualmente é professor de pós graduação e cursos preparatório da Fundação Atitude de Educação Continuada, Professor da Universidade Brasil e Relator do Tribunal de Ética e disciplina da Ordem dos advogados do Brasil. e-mail: marco.lalo@universidadebrasil.edu.br

A FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

ERICK CORDEIRO ALCÂNTARA: Graduando em Direito pelo Centro Universitário Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva destrinchar inteligentemente sobre a função social e ambiental da propriedade. Metodologicamente utilizou-se a pesquisa bibliográfica, permitindo que reunamos livros e artigos que discutem especificamente sobre a temática. A pesquisa é justificadamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade por debater um tema em que é fundamental que haja o entendimento de que forma devemos utilizar a propriedade, para que não haja a possibilidade de ser perder, sendo necessário que haja uma alusão os ditames da lei. Dividiu-se a pesquisa em 05 itens, quais sejam, evolução histórica da propriedade; evolução dos direitos e sua influência sobre a propriedade; a função social da propriedade; e, a efetividade da função social e ambiental da propriedade.

Palavras-chave: Função Social; Ambiental; Propriedade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE - 3. A EVOLUÇÃO DO DIREITO E SUA INFLUÊNCIA SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE - 4. A LEITURA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE A PARTIR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO - 5. A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE - 6. CONCLUSÃO - 7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

A propriedade configura-se como o instituto basilar do Direito, é, pois, objeto de discussões e construções teóricas em face do estabelecimento de uma ordem jurídica que paulatinamente vem sendo construída pela evolução contínua dos valores, principalmente os sociais.

Por isso que o direito de propriedade de cunho meramente individualista adquire uma função social e ambiental, atribuindo-se ao proprietário, também, o poder-dever de exercer seu direito, plenamente assegurado, em consonância com os interesses da sociedade e os princípios de proteção ao meio ambiente.

Não podemos perder de vista que a Lei Maior garante a propriedade, dá-lhe proteção, evidenciando que ela é assegurada por si mesma. Mas ela, com a noção de função social, compatibiliza o exercício do direito com a destinação social dos bens.

Em virtude de as relações sociais modificarem-se continuamente pela evolução, ou melhor, pela eleição de valores, não há, igualmente, um conceito definitivo de função social, porque ele evolui continuamente, a saída foi implementar, através da

Constituição Federal, as diretrizes básicas, que não podem deixar de ser obedecidas pelos comandos legais que a ela se subordinam. Pode-se dizer, inclusive, que o conceito permanece continuamente em atualização, haja vista não ser o Direito estático, mas sim, ciência que acompanha os fatos sociais e os regulamenta.

Colocamos em questão a busca da resolução do aparente conflito gerado entre o direito individual: propriedade; e o difuso: meio ambiente, na busca pelo atendimento de todos os interesses, não deixando de considerar que a ponderação é a premissa básica para a análise do caso concreto.

Entretanto, a intervenção se faz no exercício do direito, e não no direito em si. Respeita-se a propriedade privada, ela é garantida, mas o seu exercício deve estar voltado para o bem comum.

Faz-se necessário uma nova interpretação dos institutos jurídicos ainda marcados pelo cunho individualista frente aos novos direitos de ordem ambiental, fixando-se critérios específicos de realização da justiça.

Neste contexto, os objetivos deste estudo são: proceder ao estudo da proteção legal e do entendimento teórico do direito de propriedade; analisar a função social e ambiental da propriedade, sua positivação, efetivação e incorporação ao ordenamento jurídico; e estudar a efetividade do cumprimento e atendimento desta função sócio-ambiental voltada para a coletividade, deslocando o prisma individual, sopesando o conflito através da aplicação de princípios ao caso concreto.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PROPRIEDADE

A configuração da propriedade¹ passa por profundas modificações ao longo de sua evolução histórica, representada pelo entendimento deste instituto nas regras jurídicas do Direito Romano, do Direito Medieval, do Direito Moderno, e do Direito Contemporâneo, este marcado por um novo sistema constitucional voltado à realização da justiça social, aquele – Direito Moderno – caracterizado por transformações decorrentes da Revolução Francesa.

Há uma relação intrínseca entre a evolução política do Estado e seus valores determinantes e o modo de regulamentação da propriedade. Sendo assim, analisaremos o desenvolvimento deste conceito em nível de Estado brasileiro.

No Brasil o sistema de sesmaria, implantado por força da colonização portuguesa, foi o responsável pela aquisição “formal” da propriedade no período colonial, e arraigou em nosso povo, desde aqueles tempos e que se conserva até hoje, a ideia de aquisição de propriedade por ocupação, posto que existia grande vazio

legislativo à época mesmo em locais de grande interesse exploratório dos recursos naturais.

No período das Ordenações Afonsinas é que surgem as sesmarias, instituto criado pela Coroa Portuguesa para ocupar o território que em sua imensa parte, encontrava-se desocupado e propiciava facilmente a ocupação por outros países.

A falta de gêneros alimentícios traduz-se como gravíssimo problema e reclama a criação das sesmarias como método de aproveitamento total do solo. O sistema das sesmarias determinava a todos que lavrassem e semeassem suas terras, sob pena de o dono perdê-la à pessoa certa para fazê-lo, possibilitando, assim, o cultivo de toda a sua extensão. Para tanto, ocorria a divisão e posterior repartição das terras improdutivas e abandonadas, derivando renda à Coroa da sexta parte dos frutos.

Este, portanto, é o quadro histórico ensejador da necessidade expansionista de Portugal, cujas repercussões alcançaram também o Brasil, além de outras colônias, como Índia e África. Pela linha que a História seguiu, pode-se arriscar afirmar que a preocupação era de cunho meramente econômico.

Sendo assim, os habitantes foram ocupando as terras abandonadas e, seguindo o sistema das sesmarias, tornando-as devolutas e produtivas.

O tratado assinado entre Portugal e Espanha em 1750 dizia em seu preâmbulo “cada parte há de ficar com o que atualmente possui”, ou seja, até a entrada em vigor da Lei 601 – em 1850 – a ocupação constituiu forma originária de aquisição do domínio das terras devolutas.

Com a independência do Brasil, o sistema de sesmarias já se encontrava abolido das leis portuguesas, pois em 1822 foram extintas tais legislações e o Brasil ficou sem uma legislação referente a terras públicas, no entanto, sem uma legislação específica sobre o assunto, sem os embaraços da burocracia, sem o perigo das proteções escandalosas, adentramos uma nova fase.

Até então, as terras eram atribuídas aos posseiros pelo Estado, a partir daí, inicia-se um novo ciclo de colonização, o qual denominado pelos doutrinadores de extralegal, já que desprovido de qualquer regulamento jurídico, ainda que rudimentar. Criou-se, então, um costume que, analisado hoje, ainda persiste, obviamente que dotado de características próprias da época, mas, na sua essência, conserva a ideia de posse privatista.

Com o sistema de ocupação nenhuma solicitação se fazia às autoridades administrativas. Assim, de 1822 a 1850 vivemos um regime quase caótico, imperando, então, o princípio que reconhecia valor à posse, ou ocupação.

A humilde posse com cultura efetiva se impregnou do espírito latifundiário, que a legislação das sesmarias difundiu e fomentou. Isto porque após 1822 – data da abolição das sesmarias – as posses passaram a abranger fazendas inteiras e léguas a fio: a tendência para a grande propriedade já está arraigada definitivamente na psicologia da nossa gente (GIANNINNI, 2007).

Assim, a propriedade privada no Brasil teve origem nas cartas de sesmarias e no *uti possidetis*, na posse real e efetiva, mansa e pacífica, independentemente de qualquer outro título. Esta posse foi fomentada, sobretudo, pelas bandeiras, expedições patrocinadas pelos particulares que em muito ampliaram os limites territoriais do Brasil, indo além do Tratado de Tordesilhas

Assim, se nos dermos conta de que a função precípua do Brasil era apenas fornecer gêneros tropicais a Portugal e outros países, facilmente concluímos porque a nossa consciência foi fortemente influenciada pela estrutura colonial. Em sendo o Brasil apenas uma grande propriedade latifundiária de recursos naturais, naturalmente que os que aqui nasceram, sob a influência desta consciência, viam a terra como apenas sua. O mesmo ocorreu com as normas ambientais ditadas pela Coroa Portuguesa, sempre com o intuito de resguardar seus interesses financeiros. Então, desde o primórdio, o Brasil já possuía esta destinação que, após sua independência, permaneceu introjetada e foi transmitida a cada geração. Se poderia arriscar afirmar, inclusive, que o motivo econômico foi o alavancador da independência, pois se tínhamos tanto potencial econômico por que o desperdiçar nas mãos de outros?

Este então foi o início do consagrado direito de propriedade que, ao longo dos tempos, foi ganhando diferentes contornos a medida em que o momento histórico se modificava. Sua tradicional concepção egoísta transformou-se em concepção altruísta (GIANNINNI, 2007).

Em outras palavras, conforme veremos no desenvolver do presente trabalho, verificou-se uma mudança de referencial: o direito de propriedade deixou de ser medido exclusivamente do ponto de vista do proprietário para ser delineado conforme interesses da coletividade.

Esse novo enfoque decorreu da necessidade de garantir interesses sociais relevantes que se tornaram incompatíveis com aquela concepção absoluta de propriedade.

A medida em que a população aumentava expressivamente, a industrialização, o êxodo rural e a urbanização resultaram em problemas inéditos e graves, impondo o nascimento de novos paradigmas para o Direito, sobretudo a proteção ao meio

ambiente natural e artificial, que exigiu a conceituação do meio ambiente e o colocou como centro de todo o sistema biológico do planeta.

3. A EVOLUÇÃO DO DIREITO E SUA INFLUÊNCIA SOBRE O DIREITO DE PROPRIEDADE

A previsão formal e a materialidade constitucional das normas de proteção ambiental no Estado Democrático de Direito, representa um momento histórico ímpar, elevando o direito ambiental ao nível de direito fundamental, trazendo normas de proteção aos interesses transindividuais, de terceira geração, protegendo interesses difusos em sua carta constitutiva, garantindo direitos e limitando poderes.

O texto constitucional adota diversos princípios na proteção ao direito ambiental, voltados para a proteção da vida, para os seres humanos desta e das futuras gerações. Esses princípios podem ser implícitos e explícitos: os explícitos são aqueles que estão escritos na Constituição Federal; e os implícitos são aqueles que decorrem do sistema constitucional, mesmo não estando formalizados em seu texto. Estes estão fundados nos princípios éticos norteadores da relação entre os homens e destes com a natureza. Encontram sua fonte constitucional no preâmbulo e no art. 1º da Constituição Federal.

Esta análise do ordenamento jurídico brasileiro visa destacar as duas concepções da propriedade passíveis de serem identificadas em seu âmbito: a propriedade de cunho individualista, prevista pelo antigo Código Civil de 1916 e a transformação de tal instituto no novo Código Civil, visando adequação aos preceitos constitucionais; e a propriedade/função social e ambiental, caracterizada na Constituição Federal, bem como a relação destas concepções com o processo evolutivo dos direitos.

De acordo com Derani (2017) :

A norma jurídica, inclusive a norma constitucional, não é simplesmente uma positivação, o estabelecimento de uma prescrição, ela é ao mesmo tempo hipótese e tentativa de solucionar um problema. Pode parecer relativista, mas, na verdade, é a norma mais que um instrumento mediador das atividades sociais, ela é um meio para o alcance de finalidades sociais.

Entendendo que os direitos do homem são históricos, ou seja, produtos de um determinado contexto histórico e social, surgido como resposta a novas exigências e necessidades, pode-se apontar a ocorrência de uma "(...) estreita conexão existente entre mudança social e nascimento de novos direitos (...)” (BOBBIO, 2012).

Para Bobbio (2012)

“(...) os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, a todos de uma vez e nem de uma vez por todas”.

Assim, as mudanças sociais e políticas, as necessidades e a incorporação de novos valores em consonância com estas, acarretam uma evolução dos direitos através do surgimento de novos direitos e da reformulação dos direitos já existentes. Há, portanto, uma necessária adequação dos direitos tradicionais à nova ordem jurídica que se impõe através da positivação de direitos antes inexistentes. Bobbio (2009) refere-se a direitos renovados ao expor que:

(...) é necessário ter em mente que os novos direitos não são apenas jogados no ordenamento, à medida que vão sendo positivados. Para o bem da logicidade do sistema, há um rearranjo do ordenamento jurídico. Os direitos preexistentes são adaptados aos novos anseios da sociedade objetos de positivação. Por isso, deve-se falar tanto sobre novos direitos quanto sobre direitos renovados.

Essa evolução dos direitos pode ser compreendida em três etapas ou gerações, que se sucedem e se sobrepõem, transparecendo, assim, a coesão do sistema e a positivação dos direitos por elas representados. Tem-se os direitos de primeira geração onde há a exaltação da liberdade e autonomia do indivíduo em detrimento do Estado, restringindo sua atuação e interferência; os direitos de segunda geração, chamados direitos sociais, exigem uma atitude positiva do Estado, ou seja, permite-se sua interferência em prol do indivíduo; e os direitos de terceira geração, através dos quais se positivaram os direitos difusos e coletivos, marcados pela solidariedade e noção de poder-dever. Estes direitos impõem ao Estado, e também aos indivíduos, o respeito a interesses individuais, coletivos e difusos, à fruição de bens insuscetíveis de apropriação individual.

Justamente porque entramos em uma nova fase, pois o art. 225 da Constituição Federal de 1988 recepcionou os direitos de terceira geração acerca dos valores ambientais, pode-se arriscar afirmar que hoje a propriedade privada é um microsistema abarcado pelo macrosistema formado pelos direitos de terceira geração, o que significa que os direitos de primeira geração que iniciaram a revolução da concepção absolutista do Estado sofrem agora limitação em face da assoberbada importância que assumiu nesta sociedade excessivamente privatista e que não admite,

de forma alguma, sofrer intervenção estatal, ainda que seja para garantir o direito que teoricamente todos se orgulham de ter protegido por seu ordenamento jurídico.

Inicia-se uma nova era de intervenção estatal, no entanto, tal intervenção se dá na medida em que o Estado interfere para proteger a coletividade detentora de direitos coletivos e difusamente distribuídos, independente de classe social, e não apenas para beneficiar a si próprio

A sociedade transita entre os extremos tentando chegar ao ponto de equilíbrio: a propriedade afirmada nos primórdios dos tempos serviu para libertar a sociedade do Estado agressivamente interventor que foi, aos poucos e à custa de revoluções sangrentas, relegado a segundo plano. Esta mesma propriedade que libertou, hoje escraviza, pois segmenta a sociedade através de padrões sociais, pois os ricos delegam aos pobres a tarefa de bem usufruírem o ambiente e de atenderem à função socioambiental da propriedade.

Surge, para nós, a necessidade de inversão dos papéis, ainda que muitos relutem, pois o direito transcende o garantismo e invade o campo do político: não basta imprimir-lhe status de direito, é necessário afirmá-lo perante todo um ordenamento jurídico e uma sociedade que se recusa a transportá-lo do plano jurídico para o fático.

A função ambiental é um “múnus ambiental”, expressão cunhada pelo mestre A. H. Benjamin e Vasconcelos, um poder-dever que exige do Estado uma atuação positiva, ao mesmo tempo em que do homem também. Não se pode seccionar os direitos: na concepção atual, os direitos de terceira geração devem ser vistos integrados aos de primeira e segunda gerações. O homem no afã de mais uma vez aproveitar a natureza como um utilitário que afirma lhe pertencer transfere ao Estado toda a responsabilidade de sua conservação.

Na medida em que o homem espera da propriedade um retorno meramente econômico, o cumprimento da função ambiental perde o sentido, uma vez que se destina a agregar outros valores não capitalistas, mas sim de preservação do equilíbrio ecológico e manutenção de nichos ecológicos, além do bem-estar psíquico, moral, espiritual e físico das populações.

No âmbito constitucional a propriedade é trabalhada em duas acepções: como direito fundamental (art. 5º, incisos XXII e XXIII) e como princípio da ordem econômica. A partir daí, o direito de propriedade ganha uma qualificação pelo cunho social, e só merecerá proteção constitucional a propriedade que efetivamente cumprir com sua função social.

Cavedon (2013) atribui um novo conceito ao direito de propriedade, já que seu uso está condicionado ao bem-estar social, denominando-a 'propriedade qualificada'. O direito de propriedade não será mitigado, antes pelo contrário: sua concepção é alargada diante de uma nova era de direitos. Na verdade, os direitos difusos e coletivos, dentre os quais o direito ao meio ambiente equilibrado e saudável, são a resposta a novas necessidades, são direitos novos, enquanto o direito de propriedade é um direito renovado.

Esta nova concepção, com bem analisa Álvaro Luiz Valery Mirra (2013):

"(...) A função social e ambiental não constituiu um simples limite ao exercício de direito de propriedade, como aquela restrição tradicional, por meio da qual se permite ao proprietário, no exercício de seu direito, fazer tudo que não prejudique a coletividade e o meio ambiente. Diversamente, a função social e ambiental vai mais longe e autoriza até que se imponha ao proprietário comportamentos positivos, no exercício de seu direito, para que a sua propriedade concretamente se adecue à preservação do meio ambiente".

O direito de propriedade – individual e absoluto – renova-se ao agregar os valores sociais, os quais exigiram o cumprimento de sua função social, e, posteriormente, ao incorporar os valores ambientais.

4. A LEITURA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE A PARTIR DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Evoluiu a legislação brasileira no sentido de positivar tais diretrizes, porém, a leitura dos dispositivos legais não esclarece a compreensão do que seja a função social da propriedade, mas, ao menos, facilita tal a percepção do conjunto de elementos formadores do conceito.

É claro que a expressão "função social" pairando no topo do ordenamento jurídico, já que admitida pela norma hierarquicamente superior, tem, isoladamente considerada, um significado e um efeito jurídico próprios (MELO, 2009).

A palavra "função" traz como essência os deveres atribuídos ao proprietário. "Existe função", segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, "quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse do outrem" (MELLO, 2010).

Sendo assim, ao direito do proprietário de usar, gozar e dispor do bem, que nada mais é do que um poder, está agregada uma finalidade, introduzindo neste instituto de direito privado um elemento próprio do direito público.

Ao vocábulo “social” damos a acepção de “que interessa a sociedade”. (FERREIRA, 2008). Todavia, a palavra sociedade implica dificuldade de conceituação, daí o indispensável apoio no direito positivo.

A qualificação “social” só merece aqueles interesses, valores ou bens que a lei eleger como dignos de especial proteção pelo Estado por sua relevância, e senão para todo o conjunto da população, para a grande maioria.

A ideia de função social da propriedade, nessa ordem de raciocínio, emerge como o dever do proprietário de atender à finalidade relacionada a interesses coletivos protegidos por hipóteses legais.

Sendo assim, pode-se vislumbrar uma regra com conteúdo negativo, próprio do poder de polícia, no sentido de que o proprietário ao usar, gozar e dispor de seu bem deve respeitar forma benéfica para a coletividade.

Celso Antônio Bandeira de Mello (2010) aponta o princípio da função social da propriedade como consequência da supremacia do interesse público sobre o interesse privado. Em suas palavras:

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que inúmeros aludem ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor ou do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou outros tantos. Afinal, o princípio em causa é um pressuposto lógico do convívio social.

Sendo assim, sob a temática do Código Civil, o uso nocivo da propriedade ganha uma ampliação do que há muito inspira o direito de vizinhança: a nocividade passa a ser medida não apenas do ponto de vista dos vizinhos, mas sim da coletividade, e impõe muito mais do que uma atitude a ser tomada, antes disso, uma privação de uma atitude nociva.

5. A EFETIVIDADE DA FUNÇÃO SOCIAL E AMBIENTAL DA PROPRIEDADE

Ensina Hering (1987) que “o fim do direito é a paz, o meio de atingi-lo a luta. Enquanto o direito tiver de contar com as agressões partidas dos arraiais da injustiça –

e isso acontecerá enquanto o mundo for mundo – não poderá prescindir da luta”. Essa luta pode ser compreendida como a busca incessante pela resolução dos problemas vividos em sociedade, que, por natureza, pressupõe o conflito e procura, mas nem sempre encontra, no Direito as respostas

No campo do Direito Ambiental, inobstante haja inúmeras questões conflituosas em outros ramos desta ciência, há o embate primordial: interesse privado e interesse público, ou melhor, a supremacia do bem privado em detrimento do bem de uso comum do povo, demonstrando, claramente, a contraposição de concepções e interesses em nome da hegemonia reinante na coletividade.

Sendo assim, não pode haver decisões estáticas ou rígidas, até porque a Ciência do Direito não evoluiria acaso isso ocorresse. Capra (2015) aponta a necessidade de se estabelecer o equilíbrio para a resolução dos conflitos, assim dispendo:

Em toda comunidade haverá, invariavelmente, contradições e conflitos, que não podem ser resolvidos em favor de um ou do outro lado. Por exemplo, a comunidade precisará de estabilidade e de mudança, de ordem e de liberdade, de tradição e de inovação. Esses conflitos inevitáveis são muito mais bem resolvidos estabelecendo-se um equilíbrio dinâmico, em vez de sê-lo por meio de decisões rígidas.

O Direito, pois, apresenta-se como grande árbitro, já que não apresenta de plano a solução imediata das discussões que se apresentam, verdadeiro mediador de interesses que deverá, de forma igualitária, considerar todas as questões inerentes às partes, buscando a sua harmonização.

As esferas pública e privada estão em permanente tensão, reproduzida na relação propriedade privada e meio ambiente. Assim, de um lado está o proprietário imbuído pela aferição maior possível do conteúdo econômico da propriedade; de outro lado está a função socioambiental que deve ser cumprida no exercício do domínio como afirmação da racionalidade da coletividade em manter preservado o meio ambiente.

A problemática da supremacia de interesses privados em detrimento dos reais interesses sociais é destacada por Rogério Gesta Leal (2008) ao reafirmar o papel da efetivação da função social da propriedade como meio de valorização dos direitos coletivos, ao expor que:

(...) é possível demarcar um sentido político muito definido à expressão Função Social da Propriedade Urbana, erigido pelas

necessidades e carências de uma nação espoliada e manipulada por interesses privados de uma pequena parcela de indivíduos, para então introduzir a reflexão de qual o papel do Poder Público enquanto agente regulador e ordenador de espaço público, a saber, instituir políticas públicas que deem efetividade ao que ordenamento jurídico dispõe.

A atual organização política e jurídica encaminha-se para o justo equilíbrio entre o público e o privado através da atribuição de uma função social e ambiental da propriedade que, sem anular o direito de propriedade, impõe ao seu titular a adequação de seus interesses aos interesses da coletividade, de modo que possam ambos coexistir e se complementar, efetivando, assim, a positivação dos interesses difusos.

Para Rawls (2013):

O conflito de interesses surge quando as pessoas deixam de ser indiferentes à maneira pela qual o aumento de produtividade resultante de sua colaboração vier a ser distribuído, pois, para se atingir seus próprios objetivos, cada um dará preferência a partes maiores da partilha. Um conjunto de princípios é necessário para que haja uma opção entre os vários ajustes sociais que, por sua vez, determinará a divisão das vantagens e assegurará um acordo para uma partilha correta.

A busca pelo equilíbrio, pois, inicia sua incursão pelos princípios informadores de nosso ordenamento, os quais assinalam a possibilidade de a função social e ambiental da propriedade ser observada e funcionar como meio-termo entre os dois extremos conflitantes. É, portanto, instrumento que, se incorporado principalmente às decisões judiciais, podem apontar a solução do embate entre o direito de propriedade e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

6. CONCLUSÃO

O direito de propriedade apresenta-se como um direito renovado, ao qual foram se agregando novas nuances que o transformou, também, em direito-instrumento para o bem estar social. Assim, não mais é possível dissociar o conceito de propriedade do dever de preservação do meio ambiente, direito conclamado pela Constituição Federal como difuso e destinado a todos os cidadãos, até mesmo aqueles que não têm condições de exercer sua cidadania.

No que se refere à caracterização e abrangência da função social e da função ambiental da propriedade previstas no Texto Constitucional, a função social é

entendida como um dever direcionado à satisfação dos interesses de uma sociedade, vinculado ao poder de uso, gozo e fruição de um determinado bem condicionado a tal dever. A função ambiental da propriedade, por sua vez, é a preservação das características ambientais inerentes à propriedade, encontrando fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que o desenvolvimento sadio do ser humano depende do meio que habita e todas as demais espécies integram igualmente esta engrenagem natural.

Conforme se depreende do presente trabalho, tanto o direito de propriedade quanto o direito ao meio ambiente sadio e equilibrado são contemplados pela ordem jurídica atual, mas quando se verifica a exigência de uma função socioambiental da propriedade, estes direitos, numa primeira análise, podem conflitar entre si. Esta situação decorre da tensão existente entre um direito de caráter difuso referente aos bens ambientais entendidos como patrimônio comum, e um direito de ordem individual referente a bens de caráter privado.

O que se pretendemos foi evidenciar que a propriedade não pode ter uma utilização que se volte apenas ao egoísmo do dono ou possuidor, prejudicando sua destinação social e econômica, tampouco a intervenção do Estado se dá por motivos próprios, pois o fator de bem-estar da coletividade deve ser compreendido de maneira global.

Em conclusão, qualquer utilização da propriedade que a torne insatisfatória para a coletividade, que não sirva, portanto, à sua função social e ambiental de incrementar o cumprimento dessa função, onde o egoísmo prevalece sobre o coletivo, é ilegal.

Não se pode ignorar a discussão referente à verdadeira incorporação e efetivação da propriedade de cunho social e ambiental na prática jurídica, pois como bem expõe Bobbio, o cerne do problema em relação aos direitos do homem atualmente não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los, principalmente do próprio homem. Trata-se de um problema não filosófico, mas político.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2012, p 68.

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 2009, p 68.

CAPRA, Fritjof. A Teia da Vida, p. 235, citado por Fernanda de Salles Cavedon in Função Social e Ambiental da Propriedade. Florianópolis: Momento Atual, 2015, p. 128.

CAVEDON, Fernanda de Salles. *Função Social e Ambiental da Propriedade*. Florianópolis: Momento Atual, 2013, p. 59.

DERANI, Cristiane. *Direito Ambiental Econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2017, p. 211.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 2008 p. 1602.

GIANNINNI, Massimo Severo. "Ambiente: saggio sui diversi suoi aspetti giuridici". In *Rivista Trimestrale de Diritto Pubblico*, nº 2, 1974, p. 680, apud SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. São

HERING, Rudolf Von. *A Luta pelo Direito*, Rio de Janeiro: Liber Juris, 1987, p. 15, citado por Fernanda de Salles Cavedon in *Função Social e Ambiental da Propriedade*. Florianópolis: Momento Atual, 2013, p. 127.

LEAL, Rogério Gesta. *A Função Social da Propriedade e da Cidade no Brasil – Aspectos Jurídicos e Políticos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado; Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2008, p. 159.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 67.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*, Trad. Vamireh Chacon. Brasília: Editora da Universidade de Brasília, 1981, p. 28, citado por Fernanda de Salles Cavedon in *Função Social e Ambiental da Propriedade*. Florianópolis: Momento Atual, 2013, p. 134.

A INFLUÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL NA EFETIVIDADE DOS PROCESSOS DE CRIMES COMUNS CONEXOS AOS CRIMES ELEITORAIS

MÔNICA MARIA PEREIRA DE CASTRO:
Graduanda do Curso de Direito pelo Centro
Universitário Santo Agostinho

SANDY DE ARAÚJO DE JESUS²

(coautora)

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA³

(orientadora)

RESUMO: A função jurisdicional da Justiça Eleitoral, prevista tanto no Código Eleitoral, quanto na Constituição Federal de 1988, possui como função principal a de possibilitar a expressão da vontade dos eleitores e operacionalizar todos os procedimentos eleitorais. Além disso, também pode processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, conforme o art. 35 do Código Eleitoral. Assim, com o método de análise dedutivo realizou-se uma pesquisa qualitativa sob investigação bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial. Para isso, descreveu-se as regras relativas à conexão e continência no processo penal eleitoral; apontou-se os principais crimes previstos na legislação brasileira e se realizou o debate acerca do conteúdo de uma importante decisão do Supremo Tribunal Federal no inquérito nº 4.435 à luz do princípio da efetividade. No presente estudo, intenta-se debater sobre como a Justiça Eleitoral influencia na efetividade de julgamento de crimes que não lhe são afeitos, quais sejam, os crimes comuns conexos aos eleitorais.

Palavras-chave: Justiça Eleitoral, Competência, Conexão, Efetividade

Abstract: The jurisdictional function of the Electoral Justice, foreseen both in the Electoral Code and in the Federal Constitution of 1988, has as its main function the possibility of expressing the will of the voters and making all the electoral procedures operational. In addition, it can also prosecute and judge electoral and common crimes related to it, according to art. 35 of the Electoral Code. Thus, with the deductive analysis method, a qualitative research was carried out under bibliographic, doctrinal and jurisprudential investigation. For this, the rules related to connection and continece in the electoral criminal process were described; the main crimes foreseen in the Brazilian

² Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA. .

³ Orientadora, Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA.

legislation were pointed out and a debate was held about the content of an important decision of the Supreme Federal Court in inquiry No. 4,435 in the light of the principle of effectiveness. In this study, we intend to debate how the competence of the Electoral Justice influences the effectiveness of judging crimes that are not related to it, that is, the common crimes connected to the electoral ones.

Keyword: Electoral Justice, Competence, Connection, Effectiveness

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2. Competência da Justiça Eleitoral. 2.1 Noções gerais. 2.2 Regras relativas à conexão e continência. 3. Crimes eleitorais. 3.1 Crimes eleitorais específicos. 3.2 Crimes eleitorais acidentais. 4. Efetividade processual. 4.1 Efetividade do processo penal eleitoral. 4.2 A atuação do Supremo Tribunal Federal no inquérito 4.435. Conclusão. Referências

1 INTRODUÇÃO

A competência da Justiça Eleitoral, disciplinada pelo Código Eleitoral (lei nº 4.737/1965), em regra, é voltada para demandas eleitorais, mas muito se discute sobre sua competência criminal para processar e julgar crimes considerados complexos, como corrupção e lavagem de capitais. Ainda que haja a possibilidade de conflitos em razão dos institutos da conexão ou da continência, tal competência está expressamente prevista no art. 35, inciso II do Código Eleitoral e confirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Tendo-se como objeto de estudo a influência da Justiça Eleitoral na efetividade de julgamento de crimes comuns conexos aos crimes eleitorais, levanta-se a problemática: Como a Justiça Eleitoral influencia na efetividade dos processos de crimes comuns conexos aos crimes eleitorais? Através do método de análise dedutivo e uma pesquisa qualitativa sob investigação bibliográfica documental, tem-se como objetivo debater sobre como a competência criminal da Justiça Eleitoral influencia na efetividade de julgamento de crimes comuns.

A relevância da presente pesquisa, de maneira geral, consiste no fato de que todo e qualquer processo deve transcorrer de forma regular e adequada para satisfazer direitos e promover processos judiciais mais efetivos e com duração razoável. Além disso, a efetividade também deve se fazer presente no julgamento de crimes por parte da Justiça Eleitoral, sobretudo, pela sua importância social de ter que resguardar a democracia e a soberania popular. Sobreleva-se, ainda, que a efetividade dos processos, é fator positivo não só para as partes da lide, mas também para os operadores do Direito.

Para tanto, no primeiro capítulo, serão tecidas noções gerais acerca da competência da Justiça Eleitoral, prevista no Código Eleitoral e na Constituição Federal

de 1988. Também sobre as regras relativas à conexão e continência, institutos que permitem a modificação das regras escolhidas pelo juiz. São fatores que indicam que os processos devem ser reunidos para que não sejam proferidas decisões contraditórias.

No segundo capítulo se discorrerá sobre os crimes eleitorais a partir da classificação como específicos e acidentais. Os específicos são disciplinados pelo Código Eleitoral e pela legislação esparsa, por exemplo, o crime de impedir ou embarçar o sufrágio; boca de urna e fraude de votos. Já os acidentais, regulamentados também pela legislação penal, são crimes comuns que, por “acidente”, tornam-se eleitorais a partir do momento em que violam bens jurídicos eleitorais.

No terceiro capítulo discutir-se-á sobre a efetividade do Processo Penal Eleitoral, pois o princípio da efetividade deve ser um dos mais importantes a serem resguardados no ordenamento jurídico brasileiro, seja na Justiça Comum, seja na Justiça Especial. Para essa análise, intenta-se trazer a contribuição jurisprudencial ao estudo, ao analisar as controvérsias e argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal no inquérito nº 4.435, quando confirmou a competência criminal da Justiça Eleitoral. Ao final, a conclusão.

2 COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL

O exercício da função jurisdicional da Justiça Eleitoral, prevista tanto no Código Eleitoral, quanto na Carta Magna de 1988, é elemento essencial desta pesquisa, pois refere-se ao alcance da atuação de cada órgão judicial que a compõe. Por isso, pretende-se explorar os aspectos gerais e algumas regras constitucionais e legais de sua competência.

Além das regras gerais de fixação de competência, também é fundamental o estudo das regras de sua modificação previstas no Código de Processo Penal, especialmente quanto à conexão ou continência, institutos que indicam a reunião processual para que decisões contraditórias não sejam proferidas. É o que se objetiva abordar neste tópico.

2.1 Noções gerais

Sem embargos, tendo em vista que o processo deve transcorrer de forma regular e adequada, para que se tenha efetividade na decisão final, o deslinde demorado do feito acaba violando os princípios da celeridade e da duração razoável do processo, seja na Justiça Comum, seja da Justiça especializada. Por isso, é imprescindível o debate sobre a influência da Justiça Eleitoral na efetividade de julgamento de crimes não afeitos à sua área, quais sejam, os crimes comuns conexos aos crimes eleitorais.

Conforme Chimenti (2019), a Justiça Eleitoral foi instituída no Brasil por meio do Código Eleitoral de 1932, editado após a Revolução de 1930 e constitucionalizada em 1934. Foi extinta durante o período do Estado Novo e ressurgiu por meio do Decreto nº 7.586/45. Após, foi constitucionalizada novamente, em 1946.

Outrossim, para Velloso e Agra (2020), ao ensinarem sobre a organização judiciária eleitoral, mencionam que a Justiça Eleitoral tem como função possibilitar a expressão da vontade dos eleitores e operacionalizar todos os procedimentos eleitorais, para que estes se desenvolvam com harmonia e transparência e para que não existam óbices a fim de desviar a soberania popular.

Sobre a sua composição, o art. 118 da Constituição Federal deixa a cargo de Lei complementar dispor sobre a organização e competência dos tribunais, juízes de direito e juntas eleitorais. Conforme o *caput* do art. 121, da CF, “lei complementar disporá sobre a organização e competência dos tribunais, dos juízes de direito e das juntas eleitorais”.

Nesse contexto, a lei complementar foi escolhida para dispor sobre o tema para a garantia de maior estabilidade normativa à suas disposições, e desse modo, dificultar a sua modificação, já que para isso, é preciso o voto da maioria absoluta. No entanto, como essa lei complementar ainda não existe, a Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral) é responsável por essa regulamentação, haja vista ter sido recepcionada como lei material complementar no quesito organização e competência da Justiça Eleitoral.

Com isso, o Código Eleitoral traz a competência para causas exclusivamente eleitorais, mas muito se discute sobre a sua competência criminal prevista no seu art. 35, inciso II, que diz: “Art. 35. Compete aos juízes: II - processar e julgar os crimes eleitorais e os comuns que lhe forem conexos, ressalvada a competência originária do Tribunal Superior e dos Tribunais Regionais”.

Cabe destacar, ainda, que a competência criminal da Justiça Eleitoral, é ressalvada pela CF/88, ao disciplinar a competência dos juízes federais. Conforme o seu art. 109, inciso IV, aos juízes federais compete processar e julgar os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, “excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral”.

Quanto às regras constitucionais absolutas de definição e fixação de competência, Lopes (2020) preleciona os critérios em razão da matéria e em razão da função, nesta última inclui-se a prerrogativa de foro. No tocante ao foro por prerrogativa de função, ocorre quando for praticada uma conduta indevida e relevante

para a função pública do agente, caso em que, a definição da competência é realizada de acordo com a sua qualidade funcional.

A competência em razão da matéria relaciona-se à própria divisão dos órgãos jurisdicionais. Ela define qual a Justiça está afeta à questão. Nessa circunstância, considerando-se que a competência comum é residual em relação Justiça Especializada, nesta se enquadra a competência criminal da Justiça Eleitoral. Cabe à Justiça Eleitoral julgar os crimes eleitorais próprios estabelecidos no Código Eleitoral e na legislação extravagante, além dos crimes comuns que lhes forem conexos.

No mesmo sentido, Freitas (2017, p. 3) conclui:

Dessa forma, dispõe a Justiça Eleitoral de competência, prevista na Constituição Federal, em razão da matéria (*ratione materiae*) para julgar os crimes definidos como eleitorais, compreendendo também os comuns que lhes forem conexos, conforme o Código Eleitoral (Lei n.º 4.737/65).

A competência relativa em razão do lugar (*ratione loci*), por sua vez, é essencial para o foro geral de julgamento. Através dela determina-se qual comarca (no âmbito da justiça estadual) ou subseção judiciária (no âmbito da justiça federal) que processará e julgará o agente da conduta indevida.

Com amparo no Decreto-Lei n.º 3.689 (Código de Processo Penal), o *caput* do art. 70 afirma: “A competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução.” Trata-se das comarcas formadas pelos juízes de primeiro grau. Se crimes dolosos contra a vida, o local será onde ocorreu o delito.

Pelo exposto, conclui-se que, de acordo com a previsão constitucional e legal, os órgãos da Justiça especializada em estudo exercem a jurisdição nos limites de sua competência, a fim de resolver as demandas que lhes são apresentadas, ainda que possa existir conflitos em razão de conexão e continência. Por isso, também se faz necessário entender sobre esses institutos. É o que se verá a seguir.

2.2 Regras relativas à conexão e continência

Especificadas as principais regras de fixação de competência, é imperioso ressaltar as relativas à sua modificação. A conexão e a continência são dois institutos processuais que permitem a modificação das regras escolhidas pelo juiz natural. Trata-se de fatores que indicam que os processos devem ser reunidos para que decisões contraditórias não sejam proferidas e para respeitar o Princípio da Celeridade e Economia Processual.

O CPP, que se aplica subsidiariamente ao Código Eleitoral, traz em seu art. 69, inciso V, que a conexão ou a continência determinará a competência jurisdicional. Assim, é possível que se modifique ou prorogue a competência para favorecer o trâmite processual, a partir da ampla análise probatória de dois ou mais crimes que possuem uma íntima relação entre si.

A conexão ocorre quando se recomenda a reunião dos processos para julgamento em um único juízo por existir um nexo entre dois ou mais crimes. O CPP, no art. 76, estabelece quando a competência será determinada pela conexão, seja de natureza subjetiva, objetiva ou probatória:

Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I - se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II - se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III - quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Para Fischer (2019) competência criminal da Justiça Eleitoral se enquadraria nos incisos II e III, que tratam, respectivamente, das hipóteses de conexão objetiva e probatória. No entanto, afirma que as regras de conexão e continência no processo penal existem para a modificação da competência territorial, ou seja, da competência considerada relativa, e não da competência absoluta, em razão da matéria.

No âmbito do Direito Eleitoral, Freitas (2017, p. 4) exemplifica:

A fim de ilustração, seria o caso, por exemplo, o qual o prefeito de determinada municipalidade compra votos, em concurso com um de seus cabos eleitorais, de eleitores de uma determinada região, ambos praticando o crime previsto no art. 299 do Código Eleitoral (Lei nº 4.737/650): não faz sentido algum julgamento distinto, por mais que tenham se organizado para praticar ações diferentes.

Nesta seara, a reunião de processos para julgamento pela Justiça Eleitoral, pelo instituto da conexão, fundamenta-se, ainda, pela redação do art. 96-B da Lei nº 9.504/97 (lei que estabelece normas para as eleições). Seu *caput* estipula que "serão

reunidas para julgamento comum as ações eleitorais propostas por partes diversas sobre o mesmo fato, sendo competente para apreciá-las o juiz ou relator que tiver recebido a primeira”.

Dentro desse contexto, de acordo com o que aduz Pereira (2015), o que está na essência desse dispositivo introduzido pela última reforma eleitoral é a regra expressa de que a conexão enseja a determinação e prorrogação de competência, pela reunião de processos, com o intuito de se evitar a incompatibilidade entre julgados. Ele afirma que a obrigatoriedade trazida pelo novo dispositivo, apesar de poder ser reconhecida de ofício pelo juiz, deve ser ponderada, especialmente no Direito Eleitoral, a fim de resguardar a efetividade e a celeridade processual.

A fim de contribuir ao tema, também se faz relevante tratar sobre o instituto da continência. Esta ocorre quando uma causa está contida na outra e não é possível separá-las, ou seja, a continência está presente quando um fato criminoso contém outros, o que torna necessário o julgamento em conjunto, conforme o disposto no art. 77 do Código de Processo Penal.

Consoante Marcão (2016), continência implica *simultaneus processus*. Em prol da economia e celeridade processual, utiliza-se um só processo para análise conjunta e julgamento único dos fatos, pois uma situação não pode ser separada da outra, devido à relação de interdependência. Nesse caso, uma coisa está indissociavelmente contida em outra.

Como o CPP regulamenta, a continência pode ocorrer quando duas ou mais pessoas forem acusadas pela mesma infração, ou seja, há a pluralidade de agentes em concurso. Nessa hipótese, não há necessidade de que um dos envolvidos tenha foro privilegiado por prerrogativa de função para que haja a unidade de processo. Também ocorre quando houver o concurso formal de delitos (uma só conduta ilícita com pluralidade de resultados), seja simples ou puro; decorrente de erro na execução; e com resultado diverso do pretendido.

Nos casos de conexão ou continência, haverá um só juízo competente para o processo e julgamento dos fatos ou autores. Para saber qual o foro deve prevalecer sobre o outro, observa-se as regras contidas no art. 78 do CPP, abaixo:

Art. 78. Na determinação da competência por conexão ou continência, serão observadas as seguintes regras:

I - no concurso entre a competência do júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri;

II - no concurso de jurisdições da mesma categoria:

a) preponderará a do lugar da infração, à qual for cominada a pena mais grave;

b) prevalecerá a do lugar em que houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade;

c) firmar-se-á a competência pela prevenção, nos outros casos;

III - no concurso de jurisdições de diversas categorias, predominará a de maior graduação;

IV - no concurso entre a jurisdição comum e a especial, prevalecerá esta.

Do inciso IV desse artigo, depreende-se o princípio da especialidade. Ele estabelece que a lei de natureza geral, por abranger um todo, é aplicada somente quando uma norma de caráter mais específico sobre determinada matéria não se verificar no ordenamento jurídico. À vista disso, para que não haja conflitos entre normas aparentes é preciso se socorrer à especialidade na defesa da Justiça Eleitoral, principalmente no tocante ao tema ora estudado (LOPES, 2020).

Após as noções gerais sobre as regras de fixação de competência e de sua modificação, enfatiza-se o que ocorre a cada pleito eleitoral e que faz com que o Estado aumente o seu poder para punir as ações contrárias às regras eleitorais estabelecidas, é quando o processo eleitoral é violado por ilícitos penais eleitorais. Na sequência, apontar-se-á os principais desses ilícitos.

3 CRIMES ELEITORAIS

A Administração Pública Eleitoral, entre outras funções, é responsável por resguardar a soberania popular, realizar o alistamento eleitoral, o registro de candidatos e fiscalização da propaganda política. Dentre essas funções, calha mencionar a mais relevante para a presente pesquisa, qual seja, a de processar e julgar as ações e os recursos eleitorais, assim como apurar, processar e julgar além dos crimes eleitorais, também os comuns conexos.

Desta feita, pela classificação doutrinária, os crimes eleitorais podem ser puros ou específicos, aqueles cometidos exclusivamente na esfera eleitoral e acidentais, aqueles regulados não só pelo Código Eleitoral, mas também por outro diploma legal (PONTE,

2016). Isto posto, buscar-se-á, a seguir, realizar breves considerações sobre os principais deles.

3.1 Crimes eleitorais específicos

Preliminarmente, com base na definição doutrinária de ilícito penal, como uma ação ofensiva ao direito a qual se comina uma sanção ou, sob o ponto vista ético, como conduta antissocial reprovável, é possível conceituar crimes eleitorais. Eles podem ser descritos como condutas antijurídicas que ofendem diretamente o interesse público e que impedem o regular processamento eleitoral. Por consequência, podem provocar a aplicação de multa; inelegibilidade e cassação do registro ou do diploma do candidato.

De acordo com a definição de Fernandes (2008), crime eleitoral é toda ação ou omissão reprovável prevista e descrita nas Leis Eleitorais, já que não há crime, nem pena, sem lei anterior que o defina, princípio constitucional da legalidade penal (art. 5º, inciso XXXIX). Ou seja, caso não haja previsão de um determinado ato como crime na legislação eleitoral, nenhum cidadão será acusado de crime.

Nessa linha de raciocínio, o mesmo autor pontua que, atualmente, a matéria dos crimes eleitorais também está disciplinada por leis esparsas. Exemplifica-se a Lei nº 6.091/1974 (transporte de eleitores); Lei nº 6.996/1982 (processamento eletrônico de dados nos serviços eleitorais); Lei Complementar nº 64/1990 (lei de Inelegibilidades, promoção temerária de ação de impugnação) e, principalmente, a Lei nº 9.504/1997 (lei sobre boca de urna e pesquisa fraudulenta), também chamada de “Lei das eleições”.

Após o introito, urge, agora, apontar alguns dos ilícitos eleitorais que podem ser classificados como puros ou específicos, pois conforme mencionado acima, são praticados exclusivamente no âmbito eleitoral. Cita-se os crimes de negar ou retardar a inscrição requerida, sem fundamento legal; perturbar ou impedir o alistamento; impedir ou embaraçar o sufrágio; boca de urna e fraude de votos.

Caso a autoridade judiciária negue ou retarde a inscrição requerida, sem fundamento legal, ocorre o crime previsto no art. 292 do Código Eleitoral, que prevê: “Negar ou retardar a autoridade judiciária, sem fundamento legal, a inscrição requerida: Pena - Pagamento de 30 a 60 dias-multa.”. Nota-se que este é um crime cometido exclusivamente pelo magistrado, portanto, não alcança os demais servidores públicos no âmbito eleitoral.

O bem tutelado, neste caso, será o direito de alistamento eleitoral. Intencionalmente, ao negar ou retardar a inscrição requerida, sem causa justificadora, o magistrado prejudica aquele que pretende obter seu título de forma tempestiva. Por

não ter prazo fixado na lei, o magistrado incorrerá nesse crime quando após o decurso de um prazo relevante, sua conduta impede o exercício de voto ou candidatura.

Visto que, no Brasil, alistar-se como eleitor é procedimento obrigatório para os brasileiros maiores de dezoito anos de idade e facultativo para os maiores de setenta anos; maiores de dezesseis e menores de dezoito anos e analfabetos (art. 14, §1º, CF/88), perturbar ou impedir o alistamento, de qualquer forma, também é ilícito eleitoral (art. 293, Código Eleitoral). Tanto o crime do art. 292, quanto do art. 293 são considerados de menor potencial ofensivo e não provocam a inelegibilidade.

Nesse segmento, é imperioso mencionar o crime de “boca de urna”, que, por sua vez, é cometido no dia da eleição e classifica-se como um crime puro ou específico. Esse crime pode ser praticado por meio da veiculação de propaganda política no dia da eleição como uma forma de “aliciar” eleitores e pode ser praticado por qualquer pessoa mesmo que não tenha vinculação partidária.

Apesar de ser um crime de menor potencial ofensivo, o delito de tentar induzir ou convencer o eleitor a mudar de voto no dia da eleição é bastante comum. Entre as condutas do tipo (art. 39, §5º da Lei nº 9.504/97) inclui-se a de usar alto-falantes ou promover comício ou carreatas; arregimentar eleitor ou a propaganda de boca de urna; divulgar qualquer espécie de propaganda de partidos políticos ou dos seus candidatos e publicar novos conteúdos ou impulsioná-los nas aplicações de internet.

Acresce-se, ainda, o crime de fraude eleitoral. Em linhas gerais, o processo eleitoral pode ser estruturado em cinco etapas, quais sejam, o cadastro e alistamento dos eleitores; o registro; a votação; a apuração dos votos; que pode ocorrer em uma ou mais fases do processo eleitoral. O crime de fraude eleitoral pode ocorrer em uma ou mais fases desse processo e prevê pena de reclusão até cinco anos e pagamento de cinco a quinze dias-multa.

Tendo em vista que no Brasil, o sistema de votação é eletrônico, as possíveis fraudes seriam, inscrever como eleitor alguém que não poderia fazê-lo, como incluir nomes de eleitores inexistentes no Cadastro Nacional de Eleitores ou realizar a inscrição em local diferente do que seria de forma correta. Inclui-se, ainda, a possibilidade de dupla inscrição, de modo fraudulento, pois não se pode votar em mais de um local.

A fraude eleitoral está prevista no Código Eleitoral em diversos artigos: inscrever-se fraudulentamente eleitor (art. 289); induzir alguém a se inscrever eleitor com infração ao Código Eleitoral (art. 290); e efetuar o juiz, fraudulentamente, a inscrição de alistando (art. 291).

Além disso, é possível afirmar que a fraude eleitoral é um crime de maior potencial ofensivo e pode gerar a inelegibilidade pelo prazo de oito anos. Para Gonçalves (2015, p. 32): “Nos termos da Lei da Ficha Limpa, Lei Complementar nº 135/2010, que alterou a Lei das Inelegibilidades, nº 64/90, a condenação por esse crime, ainda que não transitada em julgado, mas proferida por órgão colegiado, gera inelegibilidade pelo prazo de oito anos”.

Por fim, põe-se em relevo que muitos dos crimes eleitorais foram revogados, como o art. 294 (revogado pela Lei 8.864/1994), no qual a pessoa nomeada pelo juiz eleitoral para o procedimento de alistamento eleitoral cometia crime caso exercesse suas atribuições fora da sede da localidade para a qual foi designado. O art. 295, que também fora revogado (pela Lei 9.504/1997), previa a retenção do título eleitoral contra a vontade do eleitor. Para fins de contextualização e melhor entendimento, passa-se ao estudo de crimes comuns que por possuírem “fins eleitorais”, passam a ser tratados como tal.

3.2 Crimes eleitorais acidentais

Além dos crimes puramente eleitorais, é possível que um crime comum se torne eleitoral “por acidente”. Como citado alhures, crimes eleitorais podem ser classificados como acidentais, assim ocorre quando os bens jurídicos envolvidos são protegidos tanto pela legislação penal, como pela legislação eleitoral. Assim, o delito torna-se eleitoral apenas quando ofender bens jurídicos eleitorais.

Para Ponte (2016) é preciso uma redefinição dos crimes eleitorais acidentais para que a legislação eleitoral discipline apenas aqueles considerados imprescindíveis e a legislação penal, o restante das infrações comuns. Dentre tais crimes, destacam-se os crimes contra a honra, quais sejam, calúnia, injúria e difamação; financiamento de campanha por meio de caixa dois e corrupção eleitoral.

De início, é importante esclarecer sobre os crimes contra a honra no âmbito do Direito Penal. Como se sabe, a calúnia (art. 138, do CP), ocorre quando alguém imputa a outrem, falsamente, um fato definido como crime, desde que movimente a o judiciário para que se possa investigar um fato que não ocorreu. No caso da difamação (art. 139, CP), a ofensa é direcionada à reputação de alguém. Trata-se de desonrar a imagem de alguém perante terceiros. Já a injúria (art. 140, CP), que atinge a dignidade ou decoro de alguém, ofende a sua honra subjetiva, ou seja, a sua autoestima e sentimentos pessoais.

Na seara do Direito Eleitoral, a calúnia (art. 324), apesar de possuir a mesma pena estabelecida pelo Código Penal, há imposição e meios de finalidade distintos do tipo penal, pois trata-se de uma conduta realizada na propaganda eleitoral ou visando fins

de propaganda, no qual se imputa falsamente um fato definido como crime. Caso não haja a individualização de uma conduta criminosa, não se está diante de uma calúnia e sim do crime de difamação. Além disso, incorre na mesma pena de detenção de seis meses a dois anos e pagamento de 10 a 40 dias-multa, aquele que sabe ser falsa a imputação e a propala ou divulga, cabendo, ainda, a “exceção da verdade”.

Na difamação eleitoral (art. 325, CE), a tutela eleitoral ocorre da mesma forma que na calúnia, porém com meios e objetivos específicos. A ofensa à reputação de alguém perante terceiros também pode ocorrer na propaganda eleitoral ou com fins de propaganda. No caso de ofensa à reputação, a exceção da verdade somente é admitida no caso do ofendido ser funcionário público e a ofensa ser relativa ao exercício de suas funções. Destaca-se, ainda, a majorante de um terço da pena se houver a presença de várias pessoas.

Na injúria eleitoral (art. 326, CE), a ofensa também é direcionada à dignidade e o decoro. Nesse caso, realiza-se ofensa à honra subjetiva de alguém, mas do mesmo modo que os demais crimes eleitorais contra a honra, é realizada através da propaganda eleitoral, ou visando a fins de propaganda e caberá somente ao ofendido verificar a extensão da ofensa.

Sendo assim, o Código Eleitoral expressa: “Art. 243. Não será tolerada propaganda: IX. que caluniar difamar ou injuriar quaisquer pessoas, bem como órgãos ou entidades que exerçam autoridade pública”. Assim, percebe-se que, além do disposto no Código Penal, a Justiça Eleitoral também possui meios legais para que não sejam praticados crimes contra a honra no âmbito do Direito Eleitoral.

Para o estudo do crime de financiamento de campanha por meio de caixa dois, é necessário abordar, ainda que de forma breve, sobre o financiamento de campanha eleitoral. Trata-se de uma contribuição dada a partidos políticos e candidatos com o fim de alavancar suas candidaturas. Antes, esse custeio era realizado por meio de um sistema misto, ou seja, era admitida a concessão de recursos tanto públicos, como privados, porém, esse sistema fora alterado e, atualmente, vigoram novas regras para que se financie uma campanha eleitoral.

Após a decisão do STF, em 2015, na ADI nº 4.650, de iniciativa da OAB, o financiamento passou a ser por meio do fundo eleitoral chamado de FEFC (Fundo Especial de Financiamento de Campanha); doação de partidos políticos ou doação por pessoas físicas, com limite de 10% do que foi arrecadado no ano anterior ao pleito, conforme preceitua a Resolução nº 23.607/209 do TSE⁴. As doações por empresas

⁴Resolução nº 23.607/2019 do TST; disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 30 mar. 2021.

privadas passaram a ser proibidas, já que a ADI foi proposta com o fundamento de que as doações privadas corroboravam para a corrupção, pois facilitavam as trocas de favores.

De acordo com o que preleciona Corrêa (2020, p. 4):

(...) adquirir financiamento exclusivamente público nas campanhas eleitorais de candidatos e partidos políticos gera um sentimento de “favor”, portanto, algumas empresas ou pessoas ajudam a custear essas campanhas já com o objetivo de interferir em algo, ou até mesmo conseguir algum cargo no governo. É como se fosse uma troca de favores, por este motivo, muitos doutrinadores veem o financiamento privado como um mal em eleições políticas no Brasil.

Nesse contexto, mesmo com essa proibição, é possível perceber ilegalidade nas doações feitas a campanhas eleitorais. Entre tais ilegalidades referem-se ao crime de “caixa dois eleitoral”, tipo penal considerado uma espécie de falsidade ideológica para fins eleitorais. No tocante ao tema em estudo, evidencia-se o entendimento de Fischer (2019, p. 108): “é preciso reconhecer que o crime que mais pode ocorrer e ensejar possível conexão com os demais delitos de competência da justiça comum (federal ou estadual) é aquele previsto no art. 350 do Código Eleitoral”.

O art. 350 do Código Eleitoral diz que o crime ocorrerá quando alguém “omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais”. Logo, configura-se quando há o recebimento de valores, mas sem a devida contabilização ou declaração na prestação de contas à Justiça Eleitoral.

Diante disso, salienta-se o previsto no art. 30-A da Lei nº 9.504/97 que trata da captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais. Sobre o tipo penal, Gonçalves (2015, p. 124) ensina:

É importante lembrar que a prestação de contas pode municiar a representação prevista no art. 30-A da Lei Eleitoral, cuja consequência pode ser a cassação do registro ou do diploma do candidato. A falsidade, assim, tem potencialidade lesiva eleitoral. Sem falar na orientação do Tribunal Superior Eleitoral, oscilante, no sentido de que a rejeição de contas impede o registro da candidatura, nos termos do art. 11 da Lei 9.504/97.

Destarte, qualquer partido político ou coligação poderá representar à Justiça Eleitoral, relatando fatos, indicando provas e pedindo a abertura de investigação judicial para que se apure as condutas que estejam relacionadas à arrecadação e gastos de recursos em desconformidade com a lei. Caso seja comprovada a captação ou gastos ilícitos de recursos para fins eleitorais, será negado diploma ao candidato, ou cassado, se já houver sido homologado.

O crime de caixa dois normalmente acompanha outros crimes como de lavagem de dinheiro, sonegação fiscal e corrupção eleitoral. Sobre o crime de corrupção eleitoral, é considerado um crime de enorme gravidade e que pode comprometer a lisura e a legitimidade das eleições e faz com que candidatos inescrupulosos ocupem cargos públicos.

As condutas que lhes são relativas estão no art. 299 do Código Eleitoral, quais sejam as de “dar, oferecer, prometer, solicitar ou receber” dádiva, dinheiro ou outra vantagem, seja para si ou para outrem, com o intuito de obter voto e para prometer ou conseguir abstenção, mesmo que a oferta não seja aceita. Trata-se da captação ilícita de sufrágio.

Como bem jurídico tutelado, o Tribunal Superior aponta a liberdade de voto, porém, para Gonçalves (2015) o crime de corrupção eleitoral, além de atingir a lisura e a legitimidade do pleito, trata-se de um desvio de finalidade, uma burla ofensiva às regras eleitorais, ou seja, ofende a moralidade eleitoral, sendo esta, uma espécie da moralidade assegurada pela Constituição, no processo da escolha dos representantes. Neste caso, conclui-se que há a procura por vantagens pessoais e não por uma administração proba da coisa pública.

4 EFETIVIDADE PROCESSUAL

Devido aos conflitos de competência, a reunião de processos eleitorais e comuns para fins de julgamento conjunto pela Justiça Eleitoral fora objeto de diversas discussões doutrinárias e jurisprudenciais, motivo pelo qual o STF, no Inquérito nº 4.435, em 2019, reafirmou a competência da especializada para julgamento dos crimes comuns conexos aos eleitorais.

Com o fito de analisar a influência da Justiça Eleitoral no julgamento de crimes detentores de maior gravidade (como corrupção e lavagem de dinheiro), optou-se por debater sobre a sua estrutura e capacidade para julgá-los, bem como sobre as ponderações da citada decisão à luz do princípio da efetividade processual.

4.1 Efetividade do Processo Penal Eleitoral

É consabido que a efetividade processual, como um dos princípios basilares do ordenamento jurídico brasileiro, existe quando o Estado garante, no bojo dos

processos judiciais e administrativos, a tutela jurisdicional do direito material de forma oportuna, célere e em prazo razoável. Por isso, é necessário que, a Justiça especializada, por possuir normas especiais, deve cumprir suas demandas ainda com mais expertise do que a Justiça comum.

A justiça eleitoral, em sua competência criminal de processar e julgar as ações e os recursos eleitorais constitui o chamado processo penal eleitoral, no qual o Código Eleitoral prevê um procedimento especial. Por isso, é incontestável a sua capacidade e estrutura adequada para julgar os crimes puramente eleitorais. No entanto, o que se discute é sobre sua habilidade para julgamento de crimes mais complexos.

Devido às particularidades dos crimes eleitorais, assim como o Código de Processo Penal é aplicado ao ambiente eleitoral de forma subsidiária, a Lei nº 9.099/1995, Lei dos Juizados Especiais, também é aplicada para o julgamento de infrações de pequeno potencial ofensivo. Segundo Ponte (2016), em caso de conexão entre crime eleitoral de menor potencial ofensivo e crime comum, não há sentido se a Justiça Eleitoral transferir sua competência para o processo e o julgamento de ambas as infrações.

Nessa situação, ele defende que a melhor solução é a separação dos processos, encaminhando-se o delito comum à Justiça Comum e o delito de menor potencial ofensivo à Justiça Eleitoral, o que requer, neste último caso, o respeito aos princípios da oralidade, informalidade, celeridade e economia processual. Entende, ainda, que o juiz eleitoral seria o menos indicado como competente para processar e julgar a matéria de maior gravidade.

No entanto, os processos devem ser reunidos para que haja um julgamento unificado, tendo em vista que a Justiça Eleitoral é uma justiça especializada e, ainda, tendo em vista o que dispõe o art. 78, inciso IV, do Código de Processo Penal, já estudado. Tal dispositivo é enfático ao dizer que a jurisdição especial deve prevalecer a fim de alcançar os delitos de competência da Justiça comum. Além disso, é uníssono o entendimento da jurisprudência sobre a competência da Justiça Eleitoral, conforme o debate que se segue.

4.2 A atuação do Supremo Tribunal Federal no inquérito 4.435

O caso refere-se ao julgamento do quarto agravo regimental interposto contra a decisão do relator ministro Marco Aurélio, no Inquérito nº 4.435. Por ter entendido que os delitos investigados não teriam relação com o mandato de deputado federal, declinou de sua competência para a Justiça do Rio de Janeiro. Ato contínuo, a decisão monocrática foi remetida ao Plenário do STF.

O caso envolveu Eduardo Paes, ex-prefeito do Rio de Janeiro e Pedro Paulo, deputado federal também do Rio de Janeiro, investigados por fatos supostamente ocorridos nos anos de 2010, 2012 e 2014. Discutiu-se sobre a cisão de processos entre a Justiça Eleitoral e Justiça Federal, pois o caso envolvia crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de capitais, evasão de divisas e falsidade ideológica eleitoral.

Ao final, a conclusão da corrente majoritária foi a reafirmação da competência da Justiça Eleitoral para crimes comuns conexos aos crimes eleitorais. Já a segunda corrente, minoritária, votou pela separação dos processos entre a Justiça Federal e a Justiça Eleitoral. Assim sendo, para fins de análise do tema, traz-se ao debate os termos do acórdão e suas ponderações, abaixo:

EMENTA: DIREITO PROCESSUAL PENAL. QUARTO AGRAVO REGIMENTAL. FALSIDADE IDEOLÓGICA ELEITORAL. CORRUPÇÃO ATIVA E PASSIVA. EVASÃO DE DIVISAS E LAVAGEM DE DINHEIRO. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA DETERMINADOS FATOS. DECLÍNIO DE COMPETÊNCIA QUANTO A OUTROS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL, POR CONEXÃO, QUANTO A CRIMES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL OU IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA COMPETÊNCIA ELEITORAL, CONSIDERADA A COMPETÊNCIA FEDERAL QUE OSTENTA NATUREZA CONSTITUCIONAL E ABSOLUTA. AFETAÇÃO AO PLENO.

1. Na linha do que vem sendo decidido pelo Supremo Tribunal Federal, desde a solução da Questão de Ordem na AP 937, devem permanecer sob jurisdição do Tribunal os fatos supostamente praticados em 2014 pelo detentor de foro, uma vez que no exercício do cargo e em razão dele.

2. Quanto aos demais fatos, praticados em 2010 e 2012, não subsiste competência do Supremo Tribunal Federal para investigá-los, na medida em que praticados fora do exercício do cargo.

3. Quanto ao declínio de competência em relação aos fatos supostamente praticados em 2012 – crimes comuns de competência da Justiça Federal conexos a crimes eleitorais –, argui-se a necessidade de cisão da competência na origem para que se remetam à Justiça Eleitoral somente os crimes eleitorais, nada obstante a previsão legal (art. 35, II, do Código Eleitoral) de competência da Justiça Eleitoral para os crimes conexos, considerada a competência constitucional absoluta da Justiça

Federal. Entender de modo diverso seria autorizar que a lei modificasse a competência constitucionalmente estabelecida no art. 109 da CF.

4. Nesse ponto, sustenta-se também um argumento pragmático, para além do fundamento técnico: a extrema complexidade que ostenta boa parte dos crimes de competência da Justiça Federal dificulta, quando não verdadeiramente impede, a efetiva persecução penal ser realizada pela Justiça Eleitoral que não é aparelhada para esse fim, não contando com estrutura adequada, ou com profissionais especializados nesse tipo de persecução penal.

5. Considerado que a Segunda Turma, após o julgamento da Pet 6820, tem, sempre por maioria, reiteradamente decidido no sentido de que cabe à Justiça Eleitoral processar e julgar os crimes comuns federais conexos a crimes eleitorais, considero importante que Plenário estabeleça, após ampla discussão, uma orientação segura para a matéria.

6. Tema afetado ao Plenário para definir o alcance da competência criminal eleitoral.

(STF, Primeira Turma, Inq. 4435 AgR-quarto-QO, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 20/11/2018, Data de Publicação: DJe 01/08/2019)

No julgamento do recurso, ao proferir o seu voto, o ministro Luís Roberto Barroso alegou que reconhecer a falta de vocação da Justiça Eleitoral para julgar crimes não é desmerecê-la e sim identificar a sua especialização. Ou seja, é respeitar a competência para a qual foi criada e deixar que a exerça cumprindo bem a sua missão. Além disso, concluiu que as estatísticas de condenação criminal pela Justiça Eleitoral são “pífias”, ou seja, desprezíveis e insignificantes.

Por outro lado, o ministro Ricardo Lewandowski considerou a Justiça Eleitoral como uma Justiça “extremamente ágil e aperfeiçoada no cumprimento de seu mister” e que possui uma competência que se alarga cada vez mais, sobretudo no que diz respeito à matéria criminal e dos crimes conexos com a matéria de natureza eleitoral. Ou seja, diferente do argumento utilizado por Barroso, sobre a estrutura e preparo da especializada, a corrente majoritária da Suprema Corte reconheceu a plena capacidade jurisdicional eleitoral, inclusive para crimes considerados mais complexos.

No acórdão, também se ponderou acerca da composição e organização da Justiça Eleitoral, com a alegação de que no âmbito do primeiro grau, há uma divisão em zonas eleitorais e estas, em sua maioria seria lotada somente com um técnico judiciário e um analista judiciário. A crítica foi que não se deveria transferir a competência de enfrentamento da criminalidade no Brasil a uma estrutura considerada quase inexistente.

Quanto à estrutura, Velloso e Agra (2020) explicam que a Justiça Eleitoral possui três instâncias (Juntas e Juízes Eleitorais, Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunal Superior Eleitoral) e uma composição híbrida, pois seus quadros são integrados por juízes de outras searas da Justiça, até mesmo por pessoas sem formação jurídica, como membros das Juntas Eleitorais. Por esse motivo, sua composição é objeto de diversas críticas.

Para Freitas (2020), não se trata de juízes menos capazes, mas de juízes de diversas varas, seja cível, criminal ou da Fazenda Pública, designados para, transitoriamente trabalhar na Justiça Eleitoral sem se afastar da vara de origem. Com isso, ressalta as dificuldades que possuem os juízes eleitorais para adaptar-se ao processo de julgamento de diferentes crimes e “intrincados processos”, no caso de conexão de crimes eleitorais que envolvam, por exemplo, caixa dois, corrupção e lavagem de capital.

No entanto, há quem reconheça o contrário. Freitas (2017, p.11) considera que “a Justiça Eleitoral é uma justiça ‘emprestada’” e que não possui seus próprios juízes, mas que, “na verdade, são magistrados da Justiça Comum exercendo, ao mesmo tempo, as funções de juiz eleitoral”. Além do mais, Velloso e Agra (2020) enfatizam a autonomia da Justiça Eleitoral para realizar todos os procedimentos necessários à lisura das eleições. Diante dessa percepção, é possível reconhecer a capacidade da Justiça Eleitoral em proporcionar um julgamento eficaz de crimes, sejam eles comuns ou propriamente eleitorais.

Ademais, põe-se em destaque a criação Resolução nº 23.618, em 07 de maio de 2020, pelo Tribunal Superior Eleitoral. Sua criação foi para implantar a decisão do STF no Inquérito 4.435, que, conforme citado, reafirmou a competência da Justiça Eleitoral. Dentre os termos da Resolução (art. 2º, parágrafo único), está a possibilidade de Tribunais Regionais Eleitorais verificarem a necessidade de criação de uma vara exclusiva para tal feito. Trata-se da designação de zonas eleitorais específicas para o processo e o julgamento de infrações penais.

Pensando na quantidade de processos que seriam destinados à Justiça Eleitoral, também foi determinado, no art. 3º, §3º, da predita Resolução, que as decisões e medidas adotadas nos processos que já foram julgados ou tiveram a instrução encerrada, permanecerão válidas. Ante a complexidade e o grande número de causas

(com exceção apenas dos processos que tramitem nas zonas eleitorais que não possuem o sistema judicial eletrônico – PJE) determinou-se a tramitação pelo sistema eletrônico, mecanismo que muito contribui para a celeridade e efetividade processual.

Com efeito, após ser confirmada a competência por meio da decisão da Suprema Corte, no Inquérito nº 4.435, notou-se a nítida preocupação por parte do Tribunal Superior Eleitoral para que a respectiva justiça pudesse se adequar à nova realidade, sem prejuízo das operações e investigações já em andamento, pois foram determinadas as medidas e orientações adequadas a fim de evitar o abarrotamento e sobrecarga das zonas eleitorais.

Assim, tendo em vista a estrutura, organização e composição da Justiça Eleitoral, pelo que regulamenta a própria Lei eleitoral e a legislação esparsa e, principalmente, pela confirmação pelo judiciário sobre sua competência criminal em caso de conexão, não há, pois, que se falar em falta de aparelhamento da Justiça Eleitoral para examinar os casos criminais, ainda que mais complexos, mais volumosos, com número maior de réus.

À face do exposto, percebe-se que não se faz necessário um Poder Judiciário perfeitamente estruturado para a promoção da efetividade processual, desde que, solucione controvérsias de forma tempestiva e adequada, e dessa forma, garanta a tutela dos direitos das partes. No caso em estudo, além da Justiça Eleitoral cumprir bem com seu intento de resolver, de forma efetiva, os processos de crimes puramente eleitorais, compreende-se que há uma influência positiva, também em caso de crimes que não lhe são habituais.

5 CONCLUSÃO

De acordo com o previsto na Constituição Federal e com o amparo da legislação esparsa, percebe-se que a Justiça Eleitoral, ao resolver suas respectivas demandas, exerce a jurisdição nos limites de sua competência, apesar de existir conflitos em razão de conexão, quando é recomendada a reunião de processos para julgamento único, por existir um nexo entre dois ou mais crimes, ou continência, na qual a reunião se justifica quando um fato criminoso, por ser mais amplo, contém outros.

Assim, com o objetivo de responder sobre como a Justiça Eleitoral influencia no julgamento de crimes comuns conexos aos eleitorais, procurou-se alcançar os objetivos de tecer noções gerais sobre o tema e discorrer sobre as regras de fixação de competência. Para melhor entendimento, também foi importante se discutir sobre a violação do processo eleitoral através de ilícitos penais, por isso apontou-se os crimes eleitorais previstos na legislação brasileira, classificados em específicos e acidentais.

Devido ao surgimento de conflitos de competência entre a Justiça Eleitoral e a Justiça Comum, também surgiram discussões doutrinárias e jurisprudenciais. Por isso, o STF, no inquérito nº 4.435, reafirmou a competência da especializada para julgamento dos crimes comuns conexos aos eleitorais, com o argumento de que a Justiça Eleitoral é ágil e aperfeiçoada no cumprimento de suas funções e que sua competência se alarga cada vez mais, sobretudo quanto à matéria criminal.

Então, não é necessária a estrutura perfeita do Poder Judiciário para que se resolva controvérsias de forma efetiva, tempestiva e adequada. Em vista disso, foi possível constatar que a Justiça Eleitoral, além de cumprir com seu intento de resolver os processos de crimes puramente eleitorais, também possui capacidade para promover a efetividade no julgamento de processos de crimes que não lhe são habituais.

Portanto, após o estudo da legislação eleitoral, penal e processual penal, que disciplinam a estrutura, organização, e composição da Justiça Eleitoral; crimes eleitorais; regras de competência; e após a análise das ponderações da citada decisão à luz do princípio da efetividade processual, acredita-se na influência positiva da Justiça Eleitoral no impulso e julgamento eficaz de tais processos e sua plena capacidade para julgá-los. Pela pesquisa, não há, pois, que se falar em falta de aparelhamento da Justiça Eleitoral para examinar os casos criminais, ainda que mais complexos e mais volumosos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

_____. **Decreto- Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ: República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 23 mar. 2021.

_____. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ: República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. **Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965**. Código Eleitoral. Brasília, DF: República Federativa do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm. Acesso em: 19 mar. 2021.

_____. **Lei nº 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9504.htm. Acesso em: 20 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal (1 Turma). **Inq 4.435 AgR-quarto-QO/DF**. Relator(a): Ministro Marco Aurélio. Redator(a) do acórdão: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur407540/false>. Acesso em: 13 abr. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI nº 4.650/ DF**. Relator: Ministro Luiz Fux. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur339864/false>. Acesso em: 28 mar. 2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.607, de 17 de dezembro de 2019**. Dispõe sobre a arrecadação e os gastos de recursos por partidos políticos e candidatos e sobre a prestação de contas nas eleições. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília- DF, 17 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2019/resolucao-no-23-607-de-17-de-dezembro-de-2019>. Acesso em: 30 mar. 2021.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. **Resolução nº 23.618, de 7 de maio de 2020**. Dispõe sobre a designação de zona(s) eleitoral(is) específica(s) para processamento e julgamento das infrações penais comuns contidas na decisão do Supremo Tribunal Federal nos autos do INQ nº 4435/DF, quando conexas a crimes eleitorais e dá outras providências. Relator: Ministro Luís Roberto Barroso. Brasília- DF, 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2020/resolucao-no-23-618-de-7-de-maio-de-2020>. Acesso em: 12 abr. 2021.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. **Direito Eleitoral**. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:645422>. Acesso em: 19 mar. 2021.

CORRÊA, Igson Barroso. Financiamento de campanhas eleitorais e as ilegalidades das doações. **Conteúdo Jurídico**, p. 4, 2020. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/54818/financiamento-de-campanhas-eleitorais-e-as-ilegalidades-das-does>. Acesso em: 28 mar. 2021.

FERNANDES, Leonardo de Medeiros. Crimes Eleitorais. **Ministério Público do Estado do Amazonas**, 2008. Disponível em:

https://www.mpam.mp.br/attachments/article/3181/Crimes_Eleitorais_Por_Leonardo_Fernandes.pdf. Acesso em 19 mar. 2021.

FISCHER, Douglas. Crimes eleitorais em tese conexos com outros crimes: uma proposta de solução de questões processuais segundo a doutrina e a jurisprudência dos tribunais. **Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v. 1, n. 85, p. 101-131, 30 jun. 2019. Disponível em: <https://revistadomprs.org.br/index.php/amprs/article/view/138/6>. Acesso em: 20 mar. 2021.

FREITAS, Francisco Igor Cavalcante. A Justiça Eleitoral e os Conflitos na Fixação de Competência nas Hipóteses de Conexão e Contingência com os Crimes Eleitorais. **Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará**, v. 9, n. 15/16, p. 3-11, jan./dez. 2017. Disponível em: <https://suffragium.emnuvens.com.br/suffragium/article/view/31/21>. Acesso em: 08 abr. 2021.

FREITAS, Vladmir Passos de. Caixa dois, corrupção, lavagem de dinheiro e Justiça eleitoral. **Revista Consultor Jurídico**, 30 jun. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-09/segunda-leitura-caixa-dois-corrupcao-lavagem-dinheiro-justica-eleitoral?imprimir=1>. Acesso em: 08 abr. 2020.

GONÇALVES, Luiz Carlos dos Santos. **Crimes eleitorais e processo penal eleitoral**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 32-124, 2015. Disponível em: https://www.academia.edu/28073475/LUIZ_CARLOS_DOS_SANTOS_GON%C3%87ALVES_CRIMES_ELEITORAIS_E_PROCESSO_PENAL_ELEITORAL. Acesso em 26 mar. 2021.

LOPES, Alessandro dos Santos. Competência Criminal da Justiça Eleitoral: Análise sobre crimes comuns conexos aos crimes eleitorais frente ao entendimento do Supremo Tribunal Federal. **Revista Eletrônica Eleições & Cidadania do TRE-PI**, v. 1, n. 1, 2020. Disponível em: <https://revista.tre-pi.jus.br/index.php/revista/article/view/31/65>. Acesso em: 20 mar. 2021.

MARCÃO, Renato. **Código de Processo Penal comentado**. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:580288>. Acesso em: 22 mar. 2021.

PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande. Ações eleitorais. Atualidades sobre conexão, continência, litispendência e coisa julgada. **Revista Ballot**, v.1, n. 2, p. 251-279, set./dez., 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/ballot/article/view/22138/16003>. Acesso em: 23 mar. 2021.



PONTE, Antônio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:604642>. Acesso em 26 mar. 2021.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva; AGRA, Walber de Moura. **Elementos de Direito Eleitoral**. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Disponível em: <https://app.saraivadigital.com.br/leitor/ebook:735795>. Acesso em: 19 mar. 2021.

DIREITO À IGUALDADE E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA DIANTE DA TERAPIA DE REORIENTAÇÃO SEXUAL.

FRANCIELE ABREU SILVA:

Bacharela do curso de Direito na Faculdade UNIRG.

KÁRITA BARROS LUSTOSA

(orientadora)

Resumo: O direito à igualdade e dignidade da pessoa humana diante da terapia de reorientação sexual encontra-se perdida. Desse modo, o estudo em desenvolvimento visa tratar da liminar concedida pelo juiz federal da 14ª Vara do Distrito Federal, Waldemar Cláudio de Carvalho na ação popular nº 1011189-79.2017.4.01.3400, abrindo a brecha para que psicólogos possam oferecer terapias de reorientação sexual. O principal objetivo desse trabalho é demonstrar que essa liminar abre brechas para tratamentos que possam causar danos psicológicos aos pacientes que são submetidos a então chamada "cura gay". O grupo LGBT têm o direito de ser tratado com igualdade e não ter sua dignidade ferida sob a alegação de terem doença, quando eles apenas têm uma opção sexual diferente dos considerados héteros sexuais. Serão utilizadas: letras de lei, jurisprudências, normas relacionadas, artigos e entendimento de tribunais e juízes.

Palavras-chave: Igualdade. Dignidade. Reorientação Sexual. Homossexualidade.

Abstract: The right to equality and dignity of the human person in the face of sexual reorientation therapy is lost. Thus, the study under development aims to address the injunction granted by the Federal Judge of the 14th Federal District Court, Waldemar Cláudio de Carvalho in the popular action # 1011189-79.2017.4.01.3400, opening the gap so that psychologists can offer therapies of sexual reorientation. The main objective of this work is to demonstrate that this injunction opens up loopholes for treatments that can cause psychological damage to the patients who undergo the so-called "gay cure". The LGBT group have the right to be treated equally and not have their dignity hurt under the claim of having illness when they only have a sexual option other than those considered sexually heterosexual. Will be used: bills of law, jurisprudence, related rules, articles and understanding of courts and judges.

Keywords: Equality. Dignity. Sexual Reorientation. Homosexuality.

Sumário: *Introdução. 1. Evolução histórica da homossexualidade. 1.1. Homossexualidade e classificação patológica. 1.2. Homossexualidade e direitos. 2. Princípios básicos relacionados ao grupo LGBTQ. 2.1. Princípio da dignidade da pessoa humana. 2.2. Princípio da isonomia. 2.3. Direito internacional dos direitos humanos e a*

orientação sexual. 3. Resolução 001/1999 do CFP x ação popular n° 1011189-79.2017.4.01.3400. 4. Variações jurisprudenciais acerca da terapia de reorientação sexual. 5. Implicações mercadológicas na ideia da reorientação sexual. Considerações finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Entre os temas mais debatidos nos tempos atuais, estão os relacionados à orientação sexual humana, notadamente quanto aos homossexuais, registrando-se que um complicador, ao se tratar do assunto, é que, assumir a opção sexual ainda é algo relativamente complexo, por motivos vários, como aceitação da própria pessoa, de familiares e amigos, bem como do meio social.

Diante disso, passou a ser cada vez mais comum pessoas recorrerem a profissionais de áreas específicas, como psicólogos, em busca de respostas e principalmente de autoafirmação, ou mesmo buscando retirar esse desejo por pessoas do mesmo sexo. Assim, os psicólogos que fornecem esse tipo de tratamento propõem uma terapia capaz de suprir esse mal-estar por meio da conversão da orientação sexual do paciente (BOLWERK, 2018; ALMEIDA, 2018).

Diversas já foram as tentativas de conversão sexual ao longo da História: assimilaram com distúrbio no metabolismo, ofereceram como “cura” a castração dos órgãos sexuais dos pacientes, injeção de substâncias químicas na veia, hipnose, retirada de parte do cérebro e, por incrível que pareça, em países mais radicais, a ablação dos testículos como meio de punição também já foi uma opção (PEREIRA, 2017).

Engana-se quem pensa que ficaram no passado todas essas terapias nefastas de tentativas para a “cura do mal”. Em pleno século XXI, ainda existem pessoas que ainda acreditam que a homossexualidade seja uma doença, uma desordem psicológica.

Cita-se, em apoio ao afirmado, o caso envolvendo Rozangela Alves Justino, que obteve na justiça, uma medida liminar, no ano de 2017, na cidade de Brasília/DF, concedida pela 14ª Vara Federal do Distrito Federal, cujos aspectos serão abordados no decorrer do presente estudo, determinando a suspensão dos efeitos da Resolução n° 001/1999, a qual estabeleceu normas de atuação para os psicólogos em relação às questões relacionadas à Orientação Sexual.

O mencionado caso foi objeto da Ação Popular n° 1011189-79.2017.4.01.3400, na qual se alegou que a citada Resolução impede os psicólogos de desenvolverem estudos, atendimentos e pesquisas científicas acerca dos comportamentos ou práticas homoafetivas, constituindo-se, assim, em um ato lesivo ao patrimônio cultural e

científico do País, na medida em que restringe a liberdade de pesquisa científica assegurado a todos os psicólogos pela Constituição, em seu artigo 5º, IX.

No entanto, conforme João Claudio Todorov, "Psicologia é a ciência que trata dos estados e processos mentais, do comportamento do ser humano e de sua interação com o ambiente físico e social, assim, não se pode dizer que essa ciência consiga tratar da reorientação sexual" (TODOROV, 2007, p.01).

A Constituição Federal de 1988 trouxe grandes avanços no que diz respeito aos direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana foi alcançada à condição de fundamento da República Federativa do Brasil, onde, nenhuma legislação infraconstitucional pode se afastar.

Historicamente, a comunidade LGBT tem sido alvo de diversos tipos de preconceitos, discriminação e aumentado, gradativamente a morte desse segmento por ano, no Brasil, conforme dados do relatório do Grupo Gay da Bahia do ano de 2018, mesmo possuindo o mesmo direito de ser assegurados pelo princípio constitucional (GGB, 2018).

No caso, por exemplo, da liminar concedida na ação retro mencionada, os preceitos fundamentais estabelecidos pela Constituição são claramente ultrajados, a sexualidade deve ser recebida como direito que decorre da própria condição humana, que tem como supedâneo a liberdade do indivíduo de se expressar e se relacionar sexualmente da maneira que quiser, sem interferência por parte do Estado.

Por ser um tema bastante atual e que ainda merece atenção, o presente estudo busca discorrer a respeito da legislação brasileira frente à violabilidade de tais princípios quando se fala no grupo LGBT.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA HOMOSSEXUALIDADE

Antes de conceituar a homossexualidade, é importante fazer uma breve análise histórica de como a relação entre pessoas do mesmo sexo era vista e tratada, ao longo dos tempos. O estudo do tratamento da sociedade dispensado às pessoas homossexuais ajudaria a entender os reais motivos do início da perseguição e da violência contra homossexuais (VECCHIATTI, 2012).

Várias são as culturas onde se pode encontrar o homossexualismo, existem vários registros arqueológicos sobre o assunto, "possivelmente o mais antigo encontra-se no Egito antigo, nas "Máximas de Ptah-hotep", por máximas considera-se um gênero literário cuja finalidade era transmitir normas de conduta moral" (JUNIOR, 2011, p. 05).

A mais discutida fonte no Egito antigo, é a tumba de feita para dois homens e suas famílias, Niankhhknum e Khnumhotep, sendo sua grande originalidade, a posse considerada a mais íntima possível entre casais.

Em algumas sociedades antigas, como a ateniense, a prática do homossexualismo era socialmente aceita entre dois homens. O mais velho considerado ativo e o mais novo era considerado passivo. Geralmente era praticado antes do casamento e aceito como uma parte da formação social do mais jovem (JUNIOR, 2011).

Na Grécia não se sabe ao certo quando o homossexualismo começou, porém, no início do século VI a/C, ela já era praticada. Em Roma, os homens casados poderiam ter relações sexuais com seus escravos, e a pederastia, termo atribuído para o relacionamento erótico entre o homem e um menino, era mais aceita que o adultério para os romanos, o ativo não era considerado homossexual, mas o passivo era chamado de afeminado (JUNIOR, 2011).

No Estado de Esparta, o amor entre dois homens não era considerado uma aberração, pelo contrário, era estimulado pelas forças militares, pois acreditavam que o soldado homossexual, ao ir para a guerra, lutaria com muito mais bravura que um soldado heterossexual. Tendo em vista que lutaria não só por seu povo, mas também por seu amado (DIETER, 2011).

Sobre o relacionamento entre duas mulheres, pouco há de se falar, visto que, na antiguidade, não se poderia falar em relacionamento sexual sem a presença de um homem, além do fato de existirem poucas referências históricas relativas ao assunto. Desse modo, tudo que ocorria “entre quatro paredes” entre duas mulheres, era ignorado, o que ensejou poucas escritas desses relacionamentos (VECCHIATTI, 2012).

Alguns séculos antes de Cristo, história e religião começaram a se juntar, alongando-se até final do século XIX, devido à influência da religião na vida humana. Judeus que se consideravam o povo escolhido por Deus, acreditavam que deveriam lutar por seus usos e costumes e pela repulsa daqueles outros povos (VECCHIATTI, 2012).

Assim, era abominável o relacionamento sexual ou qualquer ato fora do casamento, mesmo sem intuito da procriação. Sendo o ato praticado entre pessoas do mesmo sexo ou não. Com essa ideia, os judeus acreditavam que a relação entre pessoas homossexuais não eram contra a vontade de Deus. (VECCHIATTI, 2012).

A pregação incessante dos cristãos, no sentido de que Jesus voltaria e que somente os bons de coração seriam salvos, fez com que os homofóbicos ganhassem aliados temerosos de que não alcançariam o reino do céu, quais seriam, os reis e

imperadores, fazendo com que vários monarcas passassem a editar leis contrárias às práticas homoafetivas (VECCHIATTI, 2012).

A legislação que criminalizava a Homoafetividade sofreu um aumento significativo com o passar do tempo, nas palavras de Paulo Roberto Iotti:

Houve um significativo aumento da legislação que criminalizava a homoafetividade, mas, como dito, a condenação inicial (mesmo legislativa) não incomodou efetivamente àqueles que amavam pessoas do mesmo sexo. Contudo, embora não tenham conseguido impedir a existência de homossexuais (afinal, sexualidade independe de “opção”, conforme explicitado no próximo capítulo), com o passar do tempo, as leis contrárias à homossexualidade levaram os homossexuais à clandestinidade, no sentido de que a intimidade homoafetiva passou a ser mascarada (para se evitar a punição estatal), embora fosse continuamente praticada⁸⁴⁻⁸⁵. Contudo, em decorrência da legislação homofóbica, houve um aumento da violência dos Estados Cristãos contra a homossexualidade. Nesse sentido, é esclarecedora a história de dois bispos que foram condenados à morte pelo Imperador Romano Constantino no ano de 521 d.C (VECCHIATTI, 2012, p. 52).

O primeiro texto de lei proibindo a homossexualidade foi promulgado por volta de 533 D/C, pelo imperador cristão Justiniano. Ele vinculou todas as relações homossexuais ao adultério, para o qual se previa pena de morte. Mais tarde, em 538 e 544 outras leis obrigavam os homossexuais a arrepender-se de seus pecados e a fazer penitência (HISTÓRIA DA HUMANIDADE, 2009).

Muitas foram as penas bárbaras atribuídas aos homossexuais que eram bastantes condenados, isso devido à baixa perspectiva de vida da Europa ocidental, que atribuíam as milhares de mortes às práticas homoafetivas, assimilado com a peste negra que matou cerca de um terço da população europeia da época. Motivo predominante pela edição de leis contra homossexuais realizadas por parte do Justianismo (VECCHIATTI, 2012).

1.1 HOMOSSEUALIDADE E CLASSIFICAÇÃO PATOLÓGICA

Com o passar do tempo, a homossexualidade foi deixada, gradativamente, de ser acreditada por dogmas religiosos e passou a ser explicada cientificamente. Passou-se a buscar explicações lógicas, racionais para essa questão da vida humana (VECCHIATTI, 2012).

A posição de que a homossexualidade era um pecado contra Deus foi ficando de lado e a partir do século XIX, passou-se a ser vista como uma doença a ser tratada. Assim, pouco a pouco, a classe média desenvolveu teorias para tentar enquadrar a homossexualidade como uma patologia, e as pessoas, simplesmente passaram a aceitar essa visão, visto que a heterossexualidade era uma expressão sexual mais comum nas sociedades humanas (VECCHIATTI, 2012). Todavia:

É interessante notar que nunca houve uma comprovação acerca do que enquadraria a homossexualidade como uma “doença” ou algo do gênero – nunca se provou que uma pessoa teria sua saúde prejudicada pelo simples fato de ser homossexual. Muito embora tenham existido (e ainda existam) aqueles que defendiam que as pessoas homossexuais seriam mais retraídas, propensas à depressão e inibidas do que as heterossexuais (o que não pode ser generalizado, visto existirem muitos homossexuais que não se enquadram nisso), essas características não são inerentes à homossexualidade. Afinal, muitos heterossexuais também são retraídos, depressivos e inibidos, e ninguém atribui tais sintomas à sua heterossexualidade. Em verdade, o que ocorre é que o alto grau de preconceito homofóbico faz que os homossexuais, em geral, sintam a necessidade de se retrair (ainda que não durante toda a sua vida), de esconder sua verdadeira sexualidade para não sofrerem agressões físicas e psicológicas que o machismo heterossexista, vigente no mundo atual, impõe cotidianamente ao cidadão homossexual. Isso acaba levando à depressão e à inibição, pois ditas pessoas têm que esconder sua verdadeira identidade por meio da criação de um “personagem” heterossexual, para que este viva a vida em seu lugar (VECCHIATTI, 2012. p. 52).

Muitas foram as teorias para explicar a homossexualidade. Atribuíram-se à ordem de nascimento fraternal, onde se acreditava que quanto mais irmãos mais velhos se têm, maior seria a chance de que o último menino a nascer possuía orientação homossexual. Acreditavam-se na hereditariedade epigenética, onde um estudo norte-americano mostrou ligação entre a constituição genética da mãe e a orientação homossexual dos filhos. Além do estudo de Dean Hamer, que ficou conhecido como a descoberta do gene gay, em suma, os resultados do estudo indicaram que a maior parte dos homossexuais se concentrava no lado materno das famílias, o que sugeria uma herança ligada ao cromossomo x (ALVES; TSUNETO, 2013).

O homossexualismo passou a existir na Classificação Internacional de Doenças (CID) a partir da 6ª Revisão, em 1948, "na categoria de "Personalidade Patológica", manteve-se assim a 7ª e 8ª Revisão, o homossexualismo saiu da categoria "Personalidade Patológica" e ficou como "Desvio e Transtornos Sexuais"" (LAURENTI, 1984, p. 344)

Em 1973 a homossexualidade deixou de ser classificada como um transtorno, quando foi excluída do Manual Diagnóstico Estatístico de Transtornos Mentais da Associação Americana de Psiquiatria. Em 1975 a Associação Americana de Psicologia adotou o mesmo procedimento (GARCIA, 2011)

No Brasil, no ano de 1984, a Associação Brasileira de Psiquiatria posicionou contra a discriminação e considerou a homossexualidade algo que não prejudica a sociedade. Em 1995 a APP foi seguida pelo conselho federal de psicologia, que deixou de considerar a homossexualidade um desvio sexual e em 1999 estabeleceu regras para atuação dos psicólogos em relação às questões de reorientação sexual, declarando que a homossexualidade não constitui doença, nem distúrbio, nem perversão e que os psicólogos não colaborem com tais serviços que propõem tratamento para homossexualidade.

No dia 17 de maio de 1990 a OMS retirou a homossexualidade da sua lista de doenças mentais, a classificação internacional da doença, sendo que a data passou a ser celebrada como o dia internacional contra a homofobia. Por fim, em 1991 a anistia internacional passou a considerar a descriminalização contra os homossexuais uma violência contra os direitos humanos.

1.2 HOMOSSEXUALIDADE E DIREITOS

Historicamente os homossexuais tem sido alvo de diversos tipos de preconceitos e discriminação, "[...] essa luta é vivenciada há muito tempo, entretanto, foi após a separação da igreja Católica e Estado que ocorre uma revolução dos valores anteriormente estabelecidos como padrão [...]" (GARCIA, 2011, p. 31).

Em nosso país, existe a ABGLT, que tem por objetivo, missão de "promover ações que garantam a cidadania e os direitos humanos de LGBT's, contribuindo para a construção de uma sociedade democrática, na qual nenhuma pessoa seja submetida a quaisquer formas de discriminação, coerção e violência, em razão de suas orientações sexuais e identidades de gênero" (ABGLT, 2006).

A ABGLT luta por direitos dos homossexuais, tendo como anseio as seguintes questões:

O fomento à criação de novos grupos e fortalecimento dos já existentes, sobretudo aos de lésbicas e travestis, pois

entendemos que estes são alvo de uma discriminação ainda mais contundente;

Promoção do intercâmbio e solidariedade entre todos os grupos e indivíduos que lutam pela livre orientação sexual;

Conscientização dos homossexuais da sua importância enquanto seres humanos e de seu papel na sociedade em geral;

Pressão pela criação de leis que se posicionem claramente contra a discriminação e garantam a plena igualdade de oportunidades;

Ação visando à interferência na elaboração de políticas públicas de saúde e afins;

Luta pela liberação de gays, lésbicas e travestis da discriminação legal, social, cultural e econômica (ABGLT, 2006).

Para que os direitos da comunidade LGBTTIS sejam convalidados e concedidos, é necessário que haja muita luta, não sendo diferente dos demais direitos do ser humano.

A Constituição brasileira nos permite invocar a proteção dos direitos dos homossexuais, pois na inexistência de norma específica, é preciso utilizar-se da norma geral e de hierarquia suprema.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV - promover o bem de todos, **sem preconceitos de origem, raça, sexo**, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

I - independência nacional;

II - Prevalência dos direitos humanos;(BRASIL, 1988).

Apesar de não existir uma regulamentação legal específica que diz respeito da terapia de reorientação sexual, constata-se que os Tribunais pátrios, mesmo que de forma introdutória, vêm reconhecendo progressivamente direitos aos homossexuais, em suas decisões, decretos, jurisprudências, a fim de conferir-lhes também a promessa de garantia dos seus direitos, estabelecidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana e da isonomia que estão estabelecidos na Constituição Federal.

2 PRINCÍPIOS BÁSICOS RELACIONADOS AO GRUPO LGBTQ

É notório encontrar no preâmbulo da Constituição Federal de 1988 diretrizes que direcionaram o poder constituinte originário para a idealização e formalização da lei maior que servirão de base para as normas que a seguem. Considerando o momento histórico pelo qual o país passava de luta pelos direitos e igualdade entre os povos brasileiros, o legislador apontou à direção que deve ser seguida por toda nação.

A Carta Magna ampliou o controle normativo do Poder Judiciário, introduzindo o Estado Democrático de Direito assegurando os direitos e princípios fundamentais, tais como à liberdade, à igualdade, à dignidade da pessoa humana, o problema aqui é a dificuldade da concretização desses direitos (DIETER, 2011). “A dignidade da pessoa humana, foi alcançada como fundamento da Constituição, orientando e limitando assim, toda a legislação infraconstitucional, de que tal preceito não pode dispersar” (MATTOS, 2015, p. 01).

Entretanto, o preâmbulo não pode servir como respaldo, mas somente como um guia, uma vez que contem justificativas, origem, objetivos, valores e os princípios da Constituição.

Desse modo:

O preâmbulo [...] não se situa no âmbito do Direito, mas no domínio da política, refletindo posição ideológica do constituinte [...] Não contém o preâmbulo, portanto, relevância jurídica. O preâmbulo não constitui norma central da Constituição, de reprodução obrigatória na Constituição do Estado-membro. O que acontece é que o preâmbulo contém, de regra, proclamação ou exortação no sentido dos princípios inscritos na Carta [...], Esses princípios sim, inscritos na Constituição, constituem normas centrais de reprodução obrigatória, ou que não pode a Constituição do Estado membro dispor de forma contrária, dado que, reproduzidos, ou não, na Constituição estadual, incidirão na ordem local [...] (LENZA, 2011, p. 160).

Conforme exposto, analisar-se-ão os princípios extraídos do preâmbulo da Constituição Federal e que se alastra por todo corpo da Lei Maior, como também em códigos, legislações, para melhor análise de sua aplicação para com o tema apresentado.

2.1 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Especificado no artigo 1º da Constituição Federal, em seu inciso III, a dignidade da pessoa humana é considerado um dos princípios mais importantes do ordenamento jurídico brasileiro por tratar da real concretização do Estado Democrático de Direito e

dos direitos fundamentais, que, independente da orientação sexual, pertence a todas as pessoas.

Destarte, cabe sustentar que o princípio em destaque está ligado diretamente à orientação sexual do cidadão, de modo que, o Estado que carrega como princípio maior a dignidade humana, assegura uma vasta lista relacionada à liberdade do cidadão, independentemente da sua orientação sexual. Pode-se dizer que, a partir do momento que se trata algum cidadão de forma desigual por sua condição sexual, discriminando-o, está atingindo, diretamente a dignidade humana. Portanto, se o Estado deixa que psicólogos tratem como doença algo que não é considerado como tal, está, de certo modo, distinguindo-o por sua opção sexual.

Utilizado para explicar à objeção face às relações homoafetivas, a homofobia pode ocorrer sob vários aspectos de discriminação e preconceito, a tentativa de impor a heterossexualidade como superior ou mesmo forçando para a sociedade como um modelo único de viver a sexualidade - objetivo central das Terapias de Reorientação Sexual - é uma violação dos direitos humanos, tal como o racismo, sexismo e devem ser enfrentadas com igual determinação (BOLWERK, 2018, ALMEIDA, 2018).

Para assimilar a dignidade humana, pode-se dizer que o princípio é o oposto de tudo que é desumano, isto é, tudo aquilo que limita a pessoa a condição de objeto. Qualquer tratamento desigual em virtude da orientação sexual do indivíduo acarreta violação direta do princípio da dignidade humana, uma vez que viola seus preceitos fundamentais, os quais são: a igualdade, liberdade, integridade moral e a solidariedade, gerando assim, sofrimento à pessoa atingida.

No bojo do ordenamento jurídico encontra-se a pessoa humana, que retém liberdade sobre si mesma, não significa que pode desrespeitar-se a si própria, ou portar-se de tal modo que ofereça consequências negativas para a sociedade. Assim, a liberdade está associada ao direito de respeito à autonomia de cada pessoa, sendo facultada a essa, viver como achar melhor, desde que não prejudique terceiros (VECCHIATTI, 2008).

Desse modo, transpassando esse respeito à liberdade individual para o tema da Homoafetividade, se faz analisar que sentir atraído pela pessoa do mesmo sexo não trará ao cidadão prejuízo algum. Portanto, a sociedade não precisa essencialmente aceitar ou concordar a orientação sexual de alguém, basta somente respeitar, tolerar.

Assim sendo, prezar pela dignidade da pessoa humana é respeitar o direito do próximo de se autoestabelecer, de administrar sua vida da forma que melhor achar adequado. Isso porque o indivíduo deve ser visto como um fim em si mesmo e não como meio para a proteção dos interesses de outrem.

2.2 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

Interpretado pela máxima que diz: “tratar os iguais na medida de sua igualdade e os desiguais na medida de sua desigualdade”, o princípio da isonomia deve-se ser traduzido dessa maneira por operadores do direito e doutrinadores. Observar-se-á que o legislador examinará o princípio da igualdade ao criar uma norma, fundamentando o motivo da distinção para que ocorra a desigualdade. Algumas diferenciações estão positivadas no ordenamento jurídico, como a diferença dada à gestante, sua licença maternidade em contraponto à licença paternidade (GARCIA, 2011).

Analisando o tema sob o ponto de vista constitucional, pode-se perceber que alguns legisladores fogem do princípio elencado ao tratar de questões como a reorientação sexual. Alguns políticos propõem projetos de leis contra homossexuais, projetos esses que devem ser analisados com precaução, vez que suas finalidades devem ser claras e não podem deixar dúvidas quanto à questão abordada na proposta e a discriminação ocorrida.

O Supremo Tribunal Federal, em um julgado, ao tratar do princípio da isonomia declarou:

A lei pode, sem violação do princípio da igualdade, distinguir situações, a fim de conferir a um tratamento diverso do que atribui a outra. Para que possa fazê-lo, contudo, sem que tal violação se manifeste, é necessário que a discriminação guarde compatibilidade com o conteúdo do princípio. A Constituição do Brasil exclui quaisquer exigências de qualificação técnica e econômica que não sejam indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. A discriminação, no julgamento da concorrência, que exceda essa limitação é inadmissível (BRASIL, 2012).

Em vista disso, é inaceitável que as pessoas sejam tratadas de forma diferente, em se tratando de um Estado Democrático, por causa de sua orientação sexual ou forma diferente de pensar, e a lei ao criar diferenças de tratamento, deve ser justa, fundamentando o porquê de tal discriminação.

2.3 DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS E A ORIENTAÇÃO SEXUAL

A Carta das Nações Unidas, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e nos tratados internacionais de direitos humanos, trazem como princípios fundamentais consagrados, o direito à igualdade e não discriminação ao grupo LGBTQI. Em seu artigo 1º e 2º, a Declaração traz, expressamente:

Artigo 1.º: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade.

Artigo 2.º: Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou outra origem nacional ou social, fortuna, nascimento ou outro estatuto.

Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Tal garantia assegurada pelo direito internacional dos direitos humanos é inerente a todas as pessoas, sem questionar sua orientação sexual ou qualquer outra questão discriminatória. Os tratados dos direitos humanos são bem claros, sem artigos ambíguos ou letras miúdas que autorizam um Estado garantir direitos para uns e negá-los a outros com base na orientação sexual do indivíduo. Além de tudo, os organismos da ONU confirmam que é proibida a discriminação devida à orientação sexual ou à identidade de gênero, confirmada repetidamente nas decisões e orientações gerais emitidas por vários órgãos de tratados, como o Comitê sobre os Direitos Humanos das Nações Unidas, o Comitê sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Comitê sobre os Direitos da Criança, o Comitê contra a Tortura e o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

Algumas das formas mais comuns de violações de direitos humanos que afetam as pessoas LGBTQI, conforme documentou o escritório de direitos humanos da ONU, são:

Ataques violentos, que vão desde abuso verbal agressivo e intimidação psicológica até agressão física, espancamentos, tortura, sequestro e assassinatos seletivos.

Leis discriminatórias, muitas vezes usadas para assediar e punir as pessoas LGBT, incluindo leis que criminalizam relações consensuais de pessoas do mesmo sexo, que violam os direitos à privacidade e à não discriminação.

Cerceamento à liberdade de expressão, restrições ao exercício dos direitos de liberdade de associação e reunião, incluindo as leis que proíbem a divulgação de informações sobre a sexualidade

entre pessoas do mesmo sexo, sob o pretexto de restringir a propagação da chamada “propaganda” LGBT.

Tratamento discriminatório, que pode ocorrer de diversas formas diariamente, incluindo locais de trabalho, escolas, lares e hospitais. Sem leis nacionais que proíbam a discriminação por terceiros com base na orientação sexual e na identidade de gênero, estes tratamentos discriminatórios continuam sem controle, deixando poucos recursos para as pessoas afetadas. Nesse contexto, a falta de reconhecimento legal das relações de pessoas do mesmo sexo ou da identidade de gênero de uma pessoa também pode ter um impacto discriminatório em muitas pessoas LGBT (ASSEMBLEIA GERAL DA ONU, 1948).

3 RESOLUÇÃO 001/1999 DO CFP X AÇÃO POPULAR Nº 101189-79.2017.4.01.3400

Considerando que o psicólogo é um profissional da saúde, que em sua profissão, independentemente da área em que atue é constantemente questionado por questões relacionadas à sexualidade, a Resolução do Conselho Federal de Psicologia nº001/99 de 22 de março de 1999, estabelece as normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual (RESOLUÇÃO 001/99, 1999).

Assim, a maneira como cada ser humano vive sua sexualidade diz respeito à identidade do indivíduo, a homossexualidade, conforme já exposto, não constitui doença, perversão, nem distúrbio. Existe na sociedade, um frenesi quanto às práticas sexuais que diferem daquela comum na sociedade, qual seja, a heteronormativa. Considerando que a Psicologia pode e deve contribuir com seu conhecimento para as relações homoafetivas, tentando contornar os preconceitos e discriminações, resolveu-se criar a presente Resolução:

Art. 1º - Os psicólogos atuarão segundo os princípios éticos da profissão notadamente aqueles que disciplinam a não discriminação e a promoção e bem-estar das pessoas e da humanidade.

Art. 2º - Os psicólogos deverão contribuir, com seu conhecimento, para uma reflexão sobre o preconceito e o desaparecimento de discriminações e estigmatizações contra aqueles que apresentam comportamentos ou práticas homoeróticas.

Art. 3º - os psicólogos não exercerão qualquer ação que favoreça a patologização de comportamentos ou práticas homoeróticas,

nem adotarão ação coercitiva tendente a orientar homossexuais para tratamentos não solicitados. Parágrafo único - Os psicólogos não colaborarão com eventos e serviços que proponham tratamento e cura das homossexualidades. Art. 4º - Os psicólogos não se pronunciarão, nem participarão de pronunciamentos públicos, nos meios de comunicação de massa, de modo a reforçar os preconceitos sociais existentes em relação aos homossexuais como portadores de qualquer desordem psíquica. Art. 5º - Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação. Art. 6º - Revogam-se todas as disposições em contrário (RESOLUÇÃO 001/99, 1999).

Em contraponto, Rosangela Alves Justino e outros psicólogos propuseram a Ação Popular, com pedido liminar, fundamentada pelo artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal tencionando afastar os efeitos da Resolução, a qual vedava aos psicólogos o direito de realizar atendimentos, estudos científicos e/ou pronunciamentos públicos relacionados às práticas homoafetivas, sob o preceito que existiria um reforço aos preconceitos sociais existentes em tais relações.

Em síntese, alegam que a presente Resolução atua como genuíno ato de censura, instituindo-se assim, em ato lesivo ao patrimônio cultural e científico do País, na medida em que restringe a liberdade de pesquisa científica assegurada a todos os psicólogos pela Carta Magna.

A 14º Vara do Distrito Federal expôs que a Resolução do CFP não ofende os preceitos fundamentais da Constituição, apenas alguns de seus dispositivos, quando mal interpretada, podem levar ao julgamento errado no sentido de considerar proibido ao psicólogo realizar qualquer estudo ou atendimento relacionados à orientação sexual. Em sua análise, o Juiz sustentou que a Constituição assegura a liberdade científica bem como a plena realização da dignidade da pessoa humana, entendendo que a Resolução desrespeita tais valores.

Em sua decisão, foi deferida em parte a liminar, isso porque não foi suspensos os efeitos do ato normativo em questão, foi determinado ao Conselho Federal de Psicologia que não interpretem a norma de forma a impedir os psicólogos de realizarem estudos ou atendimento profissional, de forma reservada, assuntos relacionados à orientação sexual.

A parte autora esclareceu que sua intenção não seria a de divulgar ou propor terapias para reorientação sexual, visto que constitui dever do psicólogo apenas auxiliar as pessoas e não tomar decisões em seu lugar, disse, ainda, que apenas após a liminar concedida que alguns profissionais dessa área deixaram de se sentirem

perseguidos por promoverem tais atendimentos, visto seus registros cassados ou ameaçados pelo CFP. O Conselho Federal de Psicologia interpôs recurso a fim de suspender tal decisão, alegando, resumidamente, a evidente relação direta existente entre a Resolução com o mapa da violência aos grupos LGBTQI no Brasil, enfatizando que a edição do ato normativo decorreria de sua competência institucional na regulação daquela profissão. Recurso indeferido e autos arquivados.

Ademais, a liminar concedia, abrirá precedentes que reforçariam o preconceito e discriminação dos homossexuais. Essa decisão do judiciário vai de contramão aos preceitos fundamentais estabelecidos na Constituição Federal, conforme já citado no presente estudo.

4 VARIAÇÕES JURISPRUDENCIAIS ACERCA DA TERAPIA DE REORIENTAÇÃO SEXUAL

Admitir ações cuja finalidade remete à orientação sexual do indivíduo é facilitar a consagração de injustiças e o enriquecimento sem causa. Não cabe ao juiz julgar a vida íntima das partes, pois deve se limitar a apreciar o caso em si, as questões que lhe são apresentadas, concentrando-se especificamente na apuração dos fatos e descobrir uma solução não distante do resultado justo (DIAS, 2000).

A ausência de regulamentação jurídica não desobriga a Justiça de sua função na garantia dos direitos, muito menos, serve de fundamento para negá-los. Pelo contrário, exemplos de matérias ainda não regularizadas por lei a respeito dos homossexuais mostram, que mesmo assim, não deixaram de ser solucionadas de forma exemplar no que diz respeito às garantia dos direitos LGBTQ. "São essas jurisprudências que de certo modo podem fortalecer ou estimular o poder Legislativo a normatizar tais realidades sociais por meio da edição de leis" (ANIS, 2007, p. 18).

Várias são as decisões tomadas diante do presente tema, é possível encontrar, cerca de 90 jurisprudências acerca da homossexualidade, segundo site Jus Brasil, isso, somente dos Tribunais do STF e STJ.

Casos de agressões de pais para com os filhos que se assumem homossexuais tornam-se repetitivas nas pesquisas realizadas:

HABEAS CORPUS Nº 468.855 - RJ (2018/0236307-5) [...] Réu condenado pela prática de tortura por diversas vezes contra seu filho, por não se conformar com sua suposta homossexualidade. Magistrado de piso que, apesar de o ora paciente ter respondido o processo em liberdade, justificou a decretação da constrição cautelar na necessidade de aplicação da lei penal e na garantia da ordem pública, tendo em vista o quantum de

pena aplicada e a gravidade do delito cometido, levando em conta, ainda, a garantia da segurança da própria vítima e da sua família, salientando que a escancarada homofobia do condenado coloca em risco uma minoria perseguida e discriminada. Presentes, portanto, o *fumus commissi delicti* e o *periculum libertatis*. Não há o que se falar de ofensa ao princípio da presunção de inocência e do duplo grau de jurisdição a vedação do direito de recorrer em liberdade, se presentes os pressupostos legalmente exigidos para a manutenção da custódia cautelar. [...] No que diz respeito aos fundamentos da prisão preventiva, a decisão ora impugnada fundamentou a necessidade da imposição da medida na necessidade de proteção da ordem pública e na gravidade concreta do delito (o paciente teria torturado seu filho, por diversas vezes, por não aceitar sua suposta homossexualidade), bem como na necessidade de proteção da vítima, de sua família e de toda a minoria perseguida e discriminada, diante da escancarada homofobia demonstrada pelo paciente (e-STJ fl. 10). Nesse contexto, segundo a orientação desta Corte e do colendo STF, o *modus operandi* do delito justifica o decreto cautelar de prisão, quando revela a especial periculosidade dos envolvidos [...] Ante o exposto, indefiro a liminar [...] (STJ - HC: 468855 RJ 2018/0236307-5, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 14/09/2018).

Existem casos em que o indivíduo fica claramente desestabilizado psicologicamente, ao ponto de pensar e até mesmo tentar um suicídio, “considerado a 4ª principal causa de morte entre jovens de 15 a 29 anos no Brasil, segundo recente pesquisa do Ministério da Saúde” (RELATORIO GGB, 2018, p. 13). A revista científica *Pediatrics*, informa que o grupo LGBTQ, devido à homofobia, têm 6 vezes mais chance de tirar a própria vida, em relação a heterossexuais, com risco 20% maior de suicídio quando convivendo em ambientes hostis à sua orientação sexual ou identidade de gênero (MICHELS; MOTT, 2018).

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. HOMICÍDIO POR OMISSÃO IMPRÓPRIA QUALIFICADO TENTADO. SUBMETER ADOLESCENTE SOB SUA AUTORIDADE À SITUAÇÃO VEXATÓRIA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DA AGENTE.

MODUS OPERANDI. RISCO AO MEIO SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. [...] Na hipótese dos autos, presentes elementos concretos a justificar a imposição da segregação antecipada. As instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, entenderam que restou demonstrada a maior periculosidade da paciente que, juntamente com a corré, submeteu a vítima - sua filha adolescente, com 13 anos de idade - à situação vexatória, obrigando-a a se despir e se submeter, na frente de outros familiares, a exame vaginal a fim de constatar sua virgindade, ante a desconfiança da sua suposta homossexualidade. Tais atitudes levaram a ofendida à tentativa de suicídio, ingerindo grande quantidade de medicamentos, sendo que a paciente, mesmo percebendo que a menor necessitava de socorro, não o fez, deixando-a à própria sorte, tendo o óbito sido evitado em razão de o Conselho Tutelar, após denúncia anônima, ter se dirigido para o local e, encontrando a adolescente desacordada, levou-a ao hospital, onde foi socorrida. Tais circunstâncias demonstram risco ao meio social, uma vez que a paciente, além de ter submetido sua filha a situação tão vexatória a ponto de levá-la à tentativa de suicídio, tinha, como genitora, o dever legal de agir e evitar o resultado morte. [...] Habeas corpus não conhecido (STJ - HC: 443740 SP 2018/0075801-2, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 02/08/2018, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/08/2018).

Vários são os posicionamentos jurisprudenciais acerca da homossexualidade, dentre os já mencionados, o mais recente foi da decisão monocrática da ministra Cármen Lúcia, do Supremo Tribunal Federal (STF), que determinou a suspensão do trâmite de ação popular na Justiça Federal do Distrito Federal que busca sustar os efeitos da Resolução 1/1999 do Conselho Federal de Psicologia (CFP), que estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão de orientação sexual e veda a chamada "cura gay". Determinou, também, a suspensão dos efeitos de decisão de primeira instância que autorizou psicólogos realizar atendimentos voluntários para "transtornos psicológicos e comportamentos associados à orientação sexual" (BRASIL, 2019).

Pelo exposto, sem prejuízo da reapreciação da matéria no julgamento do mérito, defiro a medida liminar requerida para suspender a tramitação da Ação Popular n. 1011189-

79.2017.4.01.3400 e todos os efeitos de atos judiciais nela praticados, mantendo-se íntegra e eficaz a Resolução n. 1 do Conselho Federal de Psicologia (RCL 31818 MC / DF, 2019, p. 09).

Não restam dúvidas quanto às variações jurisprudenciais, que se tornaram constantes nos últimos anos. Porém, o fato de não ter uma legislação específica para os indivíduos não significa que não existem direitos pertencentes a esse grupo.

5 IMPLICAÇÕES MERCADOLÓGICAS NA IDÉIA DA REORIENTAÇÃO SEXUAL

Há anos o grupo LGBTQ enfrenta uma luta diária no Brasil para provar que a homossexualidade não é uma doença, para Willian De Lucca, jornalista e ativista LGBTQ, a questão da “cura gay” parece ser bem mais uma questão financeira do que religiosa. Segundo ele, existe um mercado por trás da cura gay, existem centros religiosos, casas que oferecem esse tipo de tratamento, esse é um mercado que dá muito dinheiro para muitos (NEGRÃO, 2017).

Vários países, que tenham ou não legislação acerca da homoafetividade, realizam inúmeros tratamentos para curar a homossexualidade. Pode-se confirmar, diante de tantas notícias que existe, de fato, uma questão financeira envolvida nos mencionados tratamentos, visto que, se existe alguém que precisa da cura, necessariamente precisará de alguém para o tratamento.

O exemplo disso, no Reino Unido, apesar de várias instituições terem assinado um acordo descrevendo o tratamento como potencialmente prejudicial e antiético, a terapia de reorientação é legalizada. Segundo a revista eletrônica BBC, uma pesquisa apontou, em 2009, que cerca de 200 (duzentos) especialistas de saúde mental ofereceram tratamentos voltados a conversão de homossexuais, sendo 40% deles tratados dentro do próprio hospital (LOUREIRO, 2017).

Similar ao Brasil, a Rússia retirou a homossexualidade da lista de doenças psiquiátricas em 1999, porém, apesar de não ser oficialmente considerada como tal, existem ainda, profissionais da saúde que oferecem a “cura gay”, Yan Goland, por exemplo, diz ter curado 78 (setenta e oito) homossexuais e 8 (oito) transexuais, utilizando o método desenvolvido na União Soviética, por seu mentor, Nikolai Ivanov. Yan Goland respondeu à BBC que o tratamento dura cerca de 8 a 18 meses, disse que:

No primeiro estágio, ele “destrói” a atração da pessoa por indivíduos do mesmo sexo através de hipnose, cuja sessão pode durar até 8 horas. No segundo estágio, ele força atração a pessoas de sexo oposto. “Eu digo a eles: ‘quando você sair da sessão, caminhe pela rua e olhe todas as mulheres jovens que

passarem por você, mostre interesse em seus corpos e selecione as melhores". O terceiro passo é o ato sexual com pessoas do sexo oposto (LOUREIRO, 2017).

O profissional, aos seus 80 anos, afirma que continua com as terapias de reorientação sexual.

Na China, a homossexualidade não é considerada crime, muito menos doença. Mesmo julgamentos favoráveis à proibição da cura gay tenham acontecido no país, ainda assim, clínicas e até mesmo hospitais públicos continuam oferecendo tratamentos para a conversão sexual. Esse pseudotratamento, que abrange múltiplas técnicas, de hipnose, fármacos, passando até mesmo por eletrochoques, fazem com que pais e familiares paguem altas somas de dinheiro (LIY, 2017).

Na Malásia, o governo lançou um concurso de vídeos sobre "práticas de vida saudável", com prêmio de até mil dólares para quem explicar, com melhor criatividade como "evitar a homossexualidade". No site do Ministério da Saúde do país, trazem como explicação para tais vídeos, a ajuda para prevenir a homossexualidade, controlá-la e obter ajuda, além de explicar os problemas e consequências de tais práticas, denominado pelo concurso de confusão de gêneros (EMPORIO, 2017).

No equador, 123 centros de reabilitação de dependentes químicos foram autorizados pelo governo para atuar no tratamento, acontece que, em média, 80 clínicas agiam de forma ilegal, forçando a internação de pessoas homossexuais, consequentemente lucrando com tal prática. De acordo com o vice-ministro da Saúde, Miguel Malo, os casos não são poucos, indicando a existência de uma verdadeira máfia atuando em clínicas clandestinas. Duas pessoas faleceram por consequência desses tratamentos, segundo denúncias (REVISTA FÓRUM, 2013).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É perceptível que ao longo da história várias foram as tentativas de curar a homossexualidade, todas, conforme relatadas no presente estudo, incapaz de curar alguém. Com a autorização de praticar terapias para reorientar a sexualidade de um indivíduo abre precedentes horríveis para uma questão bem pior, o suicídio.

As pessoas do grupo LGBTQ já passam por uma violência constante pelo simples fato de ser homossexuais, muitas vezes são expulsos de casa, mortos na rua e até mesmo agredidos pelos próprios pais. Fazer com que elas desenvolvam sentimento de culpa por algo que não têm nenhuma responsabilidade, sendo que essa responsabilidade é na verdade da sociedade, que os recriminam, é muito cruel. E o Estado, como detentor do ordenamento jurídico tem como dever, resguardar os

direitos dos cidadãos, garantir que qualquer um, independente de sua orientação sexual seja o que quiser ser.

Quando um juiz opta pela autorização desses tipos de tratamentos, na verdade, ele está munindo profissionais, pais, familiares preconceituosos, com argumentos, para prejudicar ainda mais o psicológico dessas pessoas, forçando seus filhos para fazer tratamentos que eles não querem, levando-os a pensar que não possuem ninguém para defendê-los, já que a própria justiça não anda fazendo esse papel.

Não existir legislação específica acerca do tema abordado não quer dizer que inexistente direito a serem defendidos, nem impossibilita a extração de efeitos jurídicos para determinada situação fática. A falta de previsão legal não pode servir de justificativa para deixar de reconhecer a existência de direito. Na omissão legal, deve o juiz aplicar a analogia, costumes e princípios gerais de direito.

Como bem mostrado no artigo, o tema sofre constantes mudanças, inclusive na Corte Suprema, sendo um tema de densidade profunda que exigirá, ainda, reflexões de várias áreas, não só a jurídica.

Assim, conclui-se o estudo reafirmando que as terapias de reorientação sexual podem ser consideradas como um mercado de charlatanice que vai contra a ciência, fere os princípios fundamentais da Constituição, traumatiza pessoas para o resto de suas vidas e servem para justificar a homofobia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, Everton Fernando. TSUNETO, Luiza Tamie. **A orientação homossexual e as investigações acerca da existência de componentes biológicos e genéticos determinantes.** Scire Salutis: revista científica, v. 3, n. 1, 2013.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE GAYS, LÉSBICAS E TRANSGÊNEROS. **Carta de Princípios da Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Travestis.** Disponível em: <https://www.abglt.org/>. Acesso em: 22 de março de 2019.

BOLWERK, Aloísio Alencar. ALMEIDA, Lucas Andrade. **Considerações jurídicas sobre a terapia de reorientação sexual: uma análise à luz do princípio da dignidade humana.** Vertentes do Direito: revista científica, v. 5, n. 1, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 15 de março de 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. **Reclamação Constitucional – DF (31.818)**. Relatora: Ministra Cármen Lúcia, Dj: 09/04/2019. **STF**, 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339987537&ext=.pdf>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 443740 – SP (2018/0075801-2)**. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Dj: 02/08/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/617608613/habeas-corpus-hc-443740-sp-2018-0075801-2>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 468.855 – RJ (2018/0236307-5)**. Decisão Monocrática. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Dj: 14/09/2018. **JusBrasil**, 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/625689401/habeas-corpus-hc-468855-rj-2018-0236307-5/decisao-monocratica-625689428?ref=serp>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

COSTA, Wellington Soares da. **Uniões Homossexuais e possibilidades de analogia com Uniões Estáveis**. Revista Crítica de Ciências Sociais y Jurídicas, v. 24, n. 2, 2009.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **O Direito Internacional dos Direitos Humanos e a Orientação Sexual e Identidade de Gênero**. Disponível em: https://unfe.org/system/unfe-39-sm_direito_internacional.pdf. Acesso em: 09 de maio de 2019.

DIAS, Maria Berenice. **Homoafetividade e o direito à diferença**. Disponível em: <http://www.direitohomoafetivo.com.br/pesquisaartigo.php?pesq=Homoafetividade+e+o+direito+%C3%A0+diferen%C3%A7a>. Acesso em: 09 de maio de 2019.

DIETER, Cristina Ternes. **As raízes históricas da homossexualidade, os avanços no campo jurídico e o prisma constitucional**. Disponível em: http://www.ibdfam.org.br/_img/artigos/As%20ra%C3%ADzes%20hist%C3%B3ricas%2012_04_2012.pdf. Acesso em 20 de março de 2019.

GARCIA, Flávia Mendes. **Adoção por casais homoafetivos e sua recepção na Constituição Federal de 1988**. Trabalho de Graduação (Graduação em Direito)-Universidade Presidente Antônio Carlos, UNIPAC, Barbacena, 2011.

GOVERNO da Malásia oferece dinheiro por cura gay. **Empório do Direito**, 2017. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/governo-da-malasia-oferece-dinheiro-por-cura-gay>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

HISTÓRIA DA HOMOSSEXUALIDADE. Disponível em: <https://maniadehistoria.com/historia-da-homossexualidade/>. Acesso em: 20 de março de 2019.

JUNIOR, Antonio Brancaglione. **Homossexualismo no Egito Antigo**. MÉTIS: história & cultura: revista científica, v.10, n. 20, 2011.

LAURENTI, Ruy. **Homossexualismo e a Classificação Internacional de Doenças**. Scielo: revista científica, v. 18, n. 5, 1984.

LIY, Macarena Vidal. 'Cura gay' na China usa de hipnose e eletrochoques. **Brasil El Pais**, 2017. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2017/11/14/internacional/1510671978_657826.html. Acesso em: 10 de maio de 2019.

LOUREIRO, Gabriela. Na Europa, só uma nação proíbe: como diferentes países veem a terapia de reversão sexual. **BBC**, 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-41354769>. Acesso em: 09 de maio de 2019.

MATTOS, Fernando da Silva. **Direito à Igualdade e à Dignidade dos homossexuais no Brasil: Uma análise panorâmica da Jurisprudência**. Trabalho de Mestrado (Mestrado em Direito)- Universidade Federal de Santa Catarina, UFSC, 2014.

MICHELS, Eduardo. MOTT, Luiz. **População LGBT Morta no Brasil- Relatório GGB 2018**. Grupo Gay da Bahia, 2018.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Danos à Pessoa Humana: uma leitura civil-constitucional dos danos morais**. Renovar, Rio de Janeiro, 2003.

NEGRÃO, Cecília. Para ativista, existe interesse econômico com a cura gay. **Spbancarios**, 2017. Disponível em: <http://spbancarios.com.br/10/2017/para-ativista-existe-interesse-economico-com-cura-gay>. Acesso em: 09 de maio de 2019.

OS horrores do tratamento da cura gay no Equador. **Revista Fórum**, 2013. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/os-horrores-do-tratamento-da-cura-gay-no-equador/>. Acesso em: 10 de maio de 2019.

PEREIRA, Sérgio Henrique da Silva. **Tratamento psicológico para a reorientação sexual é aberração Constitucional**. 2017. Disponível em: <https://sergiohenriquepereira.jusbrasil.com.br/artigos/500568788/tratamento-psicologico-para-a-reorientacao-sexual-e-aberracao-constitucional>. Acesso em: 15 de março de 2019.

RESOLUÇÃO CFP N° 001/99, DE 22 DE MARÇO DE 1999. **Estabelece normas de atuação para os psicólogos em relação à questão da Orientação Sexual.** Brasília, DF: Conselho Federal de Psicologia.

TODOROV, João Claudio. **A Psicologia como o Estudo de Interações.** Psicologia: Teoria e Pesquisa: revista científica, v. 23, n. especial, 2007.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. **Manual da homoafetividade: da possibilidade jurídica do casamento civil, da união estável e da adoção por casais homoafetivos.** Editora Método, São Paulo, 2012.

APOSENTADORIA ESPECIAL POR ADICIONAIS DE RISCOS- DIVERGÊNCIA DE CRITÉRIOS TRABALHISTAS E PREVIDENCIÁRIOS APÓS REFORMA PREVIDENCIÁRIA

JOÃO MANOEL GROTT: Engenheiro de Segurança do Trabalho. Advogado, Mestre em Direito Socio Econômico. Professor Universidade Estadual de Ponta Grossa

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo pontuar algumas contradições que a norma regulatória da Reforma Previdenciária impôs perante a legislação trabalhista na questão da proteção à saúde do trabalhador em seu ambiente laboral. Para tanto foram pesquisados em documentos oficiais os quesitos necessários para a concessão da aposentadoria especial, na modalidade da insalubridade e periculosidade. Sob os fundamentos da Lei 8.213/1001 artigos 57 e 58, realizou-se uma síntese da evolução legislativa da aposentadoria especial, verificando quais os requisitos exigidos aos segurados que exercem atividade em ambiente de trabalho expostos a agentes nocivos prejudiciais à saúde e à integridade física. Também foi verificado como ocorre a sua concessão antes e após Reforma Previdenciária, detectando as controvérsias em razão da violação de alguns pontos que a Reforma Previdenciária possibilitou na legislação trabalhista. Sendo assim, mediante uma pesquisa bibliográfica e documental expõe-se neste estudo os aspectos legais, as dificuldades encontradas por contribuintes no que diz respeito à concessão do benefício e o entendimento dos Tribunais diante do posicionamento da Previdência Social. Verificou-se grandes controvérsia e muita dificuldade para a concessão da aposentadoria especial após a Reforma Previdenciária, entendendo-se que está sendo um caminho propenso à extinção deste benefício tão necessário para proteção da saúde dos trabalhadores.

Palavras-chave: Aposentadoria Especial. Insalubridade e Periculosidade. Reforma Previdenciária.

ABSTRACT: The present work aims to point out some contradictions that the Social Security Reform regulatory norm imposed before the labor legislation on the issue of protection of workers' health in their work environment. For this purpose, the documents necessary for the granting of special retirement, in the modality of unhealthy and dangerous conditions, were searched in official documents. Under the grounds of Law 8,213 / 1001 articles 57 and 58, a synthesis of the legislative evolution of special retirement was carried out, verifying what are the requirements for policyholders who work in the workplace exposed to harmful agents harmful to health and physical integrity . It was also verified how its concession occurs before and after the Social Security Reform, detecting the controversies due to the violation of some

points that the Social Security Reform made possible in the labor legislation. Therefore, through a bibliographic and documentary research, this study exposes the legal aspects, the difficulties encountered by taxpayers regarding the granting of the benefit and the understanding of the Courts regarding the Social Security position. There was great controversy and great difficulty in granting special retirement after the Social Security Reform, understanding that it is being a path prone to the extinction of this much-needed benefit for the protection of workers' health.

Keywords: Special Retirement. Unhealthy and Dangerous. Social Security Reform

1 INTRODUÇÃO

A insalubridade no ambiente do labor é objeto do Direito do Trabalho, encontrando-se com proeminência na seara jurídica na questão do trabalho que traz risco à saúde do trabalhador; avaliada pela análise descritiva das normas regulamentadoras promulgadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), principalmente as que fornecem argumentos para a legitimação do adicional de insalubridade e periculosidade, e os quesitos para a aposentadoria especial, concedida sob os preâmbulos do Direito Previdenciário.

Por sua vez, o Direito Previdenciário trata como objeto essencial o trabalho insalubre, em vista da necessidade de tratamento jurídico diferenciado para aqueles segurados que, no seu ambiente de trabalho, estão expostos a agentes agressivos à sua saúde.

Como resultado da industrialização a insalubridade e periculosidade ganharam destaque na sociedade, devido aos acidentes, adoecimentos e até morte em razão de determinadas funções exercidas no ambiente de trabalho; muitos dos processos produtivos expõem o trabalhador a agentes agressivos, tal como a necessidade de trabalho em ambientes fechados, sujeitos a calor, frio, ruído intenso e outros agentes de risco. Ao passar do tempo foi paulatinamente ganhando destaque a atividade trabalho insalubre e perigoso em diversos segmentos da seara jurídica.

Desde meados do século XX este tema passou por diferentes e intensos estudos, culminando com a insalubridade e periculosidade ser disciplinada tanto pelo Direito do Trabalho quanto pelo Direito Previdenciário, dois diplomas legais próprios que analisam o tema de forma estanque, por isso haver certas discrepâncias na análise de proteção ao trabalhador.

Para que essa exposição seja diminuída ou mesmo cessada, é importante que o empregador promova ações dentro da empresa que resultem em uma maior segurança ao trabalhador seja na adoção de novas tecnologias capazes de cessar de vez o risco ou ao menos atenuá-las, seja na adoção de equipamentos de proteção

coletiva e individual ou por meios de adoção de treinamentos aos trabalhadores com o objetivo de se alcançar um ambiente laboral mais seguro e saudável para todos.

Justifica-se o presente estudo considerando que o trabalho insalubre traz em seu bojo uma exposição do trabalhador ao risco a saúde, seu bem-estar e sua integridade física e psíquica. É a exposição dos trabalhadores aos agentes nocivos à saúde que faz com que os mesmos estejam sujeitos a doenças em decorrência da sua atividade laboral. Já a periculosidade é caracterizada pelo risco eminente de morte enquanto o trabalhador realiza a atividade laboral. Em resumo, “enquanto que, na insalubridade, o agente agressor mina incessantemente a saúde do trabalhador, na periculosidade há exposição a um risco que, eventualmente, pode ocasionar em grave sinistro”

Como sociedade democrática no Brasil deve prevalecer nas políticas públicas para a proteção e integridade física do trabalhador, sendo de especial relevância a concessão da aposentadoria especial, ou seja, um instrumento de proteção ao trabalhador que exerce suas funções em ambiente prejudicial à sua saúde. A verificação dos limites aceitáveis ou não para a saúde do trabalhador confronta os dispositivos do Direito do Trabalho com os do Direito Previdenciário por ocasião da concessão do benefício da aposentadoria, essencialmente após as normas regulatórias trazidas pela Reforma Previdenciária

Destaque-se que tanto o Direito do Trabalho como o Direito Previdenciário interferem sobremaneira no tratamento regulatório do trabalho insalubre e perigoso, porém devido à falta de coerência técnica e transparência na definição dos índices de agressão à saúde do trabalhador, surgem discrepâncias na interpretação do processo regulatório. Tem ocorrido com frequência nos tribunais pátrios discussões trabalhistas e previdenciárias sobre regras para a concessão e reconhecimento de proteção ao trabalhador, principalmente ao que se refere a concessão da aposentadoria especial.

Para nortear a pesquisa sobre este confronto, o presente artigo buscou apontar as causas mais frequentes dessa discussão, questionando quais as incongruências trazidas pelas alterações que Reforma Previdenciária trouxe para a aposentadoria especial, no tocante à insalubridade e periculosidade? A resposta a este questionamento estabeleceu como objetivo pontuar algumas contradições que a norma regulatória da Reforma Previdenciária impôs perante a legislação trabalhista na questão da proteção à saúde do trabalhador em seu ambiente laboral. Para tanto foram pesquisados em documentos oficiais os quesitos necessários para a concessão da aposentadoria especial, na modalidade da insalubridade e periculosidade. E como confirmação buscou-se respaldo em jurisprudências.

Seguiu-se um caminho metodológico que se pautou na pesquisa bibliográfica e documental para a realização uma metodologia comparativa ilustrada no estudo do Direito do Trabalho e do Direito Previdenciário em pesquisa sobre a proteção e segurança à saúde do trabalhador. Seguindo este caminho foi realizado um estudo bibliográfico, de método dedutivo e exploratório, através da pesquisa qualitativa. Trata-se também de uma pesquisa documental, que analisou, além de, livros e artigos, legislações e normas.

2 A INSALUBRIDADE E A PERICULOSIDADE COMO QUESITO DE PROTEÇÃO À SAÚDE DO TRABALHADOR

Saliba e Correa (2017) explicam que o termo *inslaubris* vem do latim significando aquilo que não é saudável, dando origem ao termo insalubridade que se consagrou no meio trabalhista como um conceito da higiene ocupacional que identifica atividades nocivas à saúde do trabalhador

Sob este contexto, no Brasil, a insalubridade tornou-se um termo utilizado no meio jurídico para determinar situações que se referem àquelas atividades laborais que obrigam os trabalhadores ficarem expostos agentes prejudiciais à saúde em quantidade acima do que são permitidas por lei, sejam pela natureza destes agentes, seja pela intensidade de nocividade, seja pelo tempo de exposição a estes agentes. A Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) dispõe que,

Art. 189 - Serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos (BRASIL, 1943).

Na interpretação este artigo observa-se que a insalubridade advém de condições ou métodos de trabalho, manifestada no contexto de uma atividade laboral. Assim, no artigo 189 da CLT determina que a insalubridade surge primeiramente das condições de trabalho. Nestes pressupostos, a legislação trabalhista trata da insalubridade para trabalhadores que laboram em ambientes sujeitos à ação nociva de agentes físicos, químicos ou biológicos (ou a conjunção entre eles).

Quando o artigo 189 menciona “métodos de trabalho” interpreta-se que a insalubridade também pode advir de trabalhos realizados por uma sequência de tarefas (trabalho prescrito) ou atividades (trabalho realizado) que determinam o trabalhador realizar o trabalho até alcançar uma finalidade, que em alguns casos, pode proporcionar ao trabalhador consequências danosas a sua saúde (exemplo de trabalho em câmaras frias, com máquinas ruidosas, e outras)

Sob o teor legislativo trabalhista, Sherique (2004, p. 64) define insalubridade como,

[...] as atividades desenvolvidas pelos empregados no exercício de todas as suas funções e/ou atividades, determinando se os mesmos estiveram expostos a agentes nocivos, com potencialidade de causar prejuízos à saúde, ou a sua integridade física, em conformidade com os parâmetros estabelecidos na legislação vigente.

A essência desta legislação é a de evitar que os agentes agressivos não possam minar e eliminar a resistência do organismo humano. Neste sentido, Grott (2003, p. 131) considera que a insalubridade se define como “aquilo que não é saudável, que tem potencial de gerar doenças ao trabalhador [relacionando-se] a ações ou atividades que oferecem risco à saúde das pessoas que as realizam”

Tal qual a insalubridade, a periculosidade também entra no rol da segurança à saúde do trabalhador pela CLT trocando o termo “exposição a agentes nocivos” por “risco acentuado” conforme exposição do seu artigo 193 *in verbis*.

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador [...] (BRASIL, 1943)

Periculosidade vem do latim *periculum* e significando àquilo que se relaciona situação (ação ou condição) que possa causar dano a uma pessoa. Diferencia-se da insalubridade pelo fato de esta trazer risco à saúde do trabalhador por meio de doenças profissionais ocorridas por exposição a agente nocivos.

De acordo com o ENIT (2020), entre a insalubridade e a periculosidade existem similaridades e diferenças marcantes, contudo são similares ao que se refere em causar danos irreparáveis ao trabalhador, pois ambas expõem o trabalhador a condições de risco. Sússekind (2009, p 32) reforça esta citação nos termos “enquanto que, na insalubridade, o agente agressor mina incessantemente a saúde do trabalhador, na periculosidade há exposição a um risco que, eventualmente, pode ocasionar em grave sinistro.” Ou seja, entende-se nas palavras do eminente jurista que a insalubridade vai afetando a saúde do trabalhador com o passar dos anos em que ele vai exercendo aquela atividade laboral enquanto que a periculosidade expõe o trabalhador a um risco eminente que pode afetar a saúde do trabalhador de forma repentina ou mesmo ceifar a sua vida.

Enquanto a periculosidade ocorre pela permanência em ambiente laboral que oferece risco pelo contato direto com algo que pode oferecer risco de vida, ocorrendo acidentes do trabalho, Conforme Grott (2003, p. 133),

No tangente a periculosidade, a principal diferença entre esta e a insalubridade, está na forma de atuação de agente agressivo. Enquanto o agente insalubre atua a longo prazo, minando lentamente a saúde do trabalhador, os agentes perigosos atuam de forma instantânea, com efeitos e danos imediatos, levando o trabalhador à morte ou a incapacitação súbita.

Pela interpretação do artigo 193, da CLT, a periculosidade significa uma fonte de risco, indicando que em ambiente laboral, sempre que observada uma potencialidade para causar danos à saúde do trabalhador, ou de proporcionar um dano a uma pessoa ou coisa. No caso específico do trabalho. Observa-se na redação deste artigo a ênfase em denominar periculosidade aquilo que se observa no método de trabalho sob risco acentuado enquanto permanece no seu ambiente de trabalho.

Apesar de não haver na legislação, definição exata de "risco acentuado", a doutrina, citando como exemplo Cozer (2013), adotam esta terminologia como para caracterizar a potencialidade de um dano que possa ocorrer sempre que um trabalhador fique exposto às suas consequências. Observa-se na redação do artigo 193 da CLT, que o risco acentuado requer que haja exposição com permanência suficiente para que o dano ocorra.

As diretrizes elencadas nos artigos da CLT sobre insalubridade e periculosidade foram regulamentadas pelas Normas Regulamentadoras.

2.1 NORMAS REGULAMENTADORAS – NR-15 E NR-16

Após intenso debate da política regulamentária das leis trabalhistas, essencialmente na questão da segurança à saúde do trabalhador foram editadas as Normas Regulamentadoras (NRs) publicadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), tendo como objetivo regulamentar diversos artigos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), constantes no Capítulo V (Da Segurança e da Medicina do Trabalho). As NRs foram editadas com a finalidade de esclarecer aspectos da CLT que precisavam ser explicitamente interpretados para a aplicação prática.

São normas técnicas de caráter preventivo, indicadoras dos padrões mínimos a serem seguidos pelos empregadores para adequar o meio laboral às condições de sanidade e equilíbrio ambiental. De acordo com Grott (2003, p. 117), "apesar do conceito teórico estar bastante longe da realidade fática brasileira, as normas criam e objetivam uma maior adequação entre o "dever ser" e o "ser" vivido pelos trabalhadores brasileiros".

São 28 normas regulamentadoras para o trabalhador urbano e 5 para o trabalhador rural, especificando em cada uma delas como devem ser conduzidos os parâmetros para um adequado ambiente laboral na questão de assegurar a saúde do trabalhador.

A Norma Regulamentadora n. 15 dividida em 13 anexos trata das atividades ou operações insalubres que se desenvolvem parâmetros: acima dos limites de tolerância previstos para os ruídos contínuo ou intermitente e ruído de impacto; para a exposição ao calor e para as radiações ionizantes; para o trabalho sob condições hiperbáricas; para agentes químico e para poeiras minerais. Também trata das atividades realizadas em trabalho sob condições hiperbáricas, trabalho com agentes químicos e biológicos e que retenha poeira mineral (BRASIL, 1978).

A NR n. 15 tem como diretrizes para as atividades insalubres comprovação por laudo de inspeção do local de trabalho. Os anexos da NR-15 tratam da exposição dos trabalhadores a ruído, calor ambiente, radiações ionizantes, trabalho sob condições hiperbáricas, radiações não ionizantes, vibrações, frio, umidade, agentes químicos (incluindo benzeno), poeiras minerais (incluindo sílica, asbesto e manganês), além dos agentes biológicos. radiações não ionizantes; com vibrações; com frio e com umidade (BRASIL, 1978).

Os limites de tolerância considerados pela NR 15 dependem da concentração ou Intensidade máxima ou mínima, relacionada com a natureza e o tempo de exposição ao agente, que não causará danos à saúde do trabalhador, durante a sua vida laboral (BRASIL, 1978).

O texto da NR-15 sofreu diversas alterações pontuais ao longo de mais de 40 anos de vigência, como se segue:

- Portaria SSMT nº 12, de 12 de novembro de 1979, publicada no DOU de 23/11/79 (alterações no Anexo nº 14 - Agentes Biológicos);
- Portaria SSMT nº 01, de 17 de abril de 1980, publicada no DOU de 25/04/80 (inclusão de trabalho sob vibrações em conveses de navios como atividade insalubre);
- Portaria SSMT nº 05, de 09 de fevereiro de 1983, publicada no DOU de 17/02/83 (detalhamento de trabalhos sob ar comprimido e dos trabalhos submersos);

- Portaria SSMT nº 12, de 06 de junho de 1983, publicada no DOU de 14/06/83 (revogada pela Portaria SEPRT nº 1.067, de 23 de setembro de 2019 (DOU de 24/09/19));
- Portaria SSMT nº 24, de 14 de setembro de 1983, publicada no DOU de 15/09/83 (aborda "Trabalho Sob Condições Hiperbáricas");
- Portaria MTE nº 3.751, de 23 de novembro de 1990, publicada no DOU de 26/11/90 (introdução de alterações na NR-17, especialmente, no caso da NR-15, sobre iluminação no trabalho);
- Portaria DSST nº 01, de 28 de maio de 1991, publicada no DOU de 29/05/91 (altera o Anexo nº 12 da NR-15, que institui os "limites de tolerância para poeiras minerais" – asbestos);
- Portaria DNSST nº 08, de 05 de outubro de 1992, publicada no DOU de 08/10/92 (inclui no Anexo nº 2 da NR-15 as operações com manganês e seus compostos e revigora o item sílica livre cristalizada);
- Portaria DNSST nº 09, de 05 de outubro de 1992, publicada no DOU de 14/10/92 (inclui no Anexo nº 11 da NR-15 o agente químico Negro de Fumo, no quadro nº 1 - Tabela de Limites de Tolerância);
- Portaria SSST nº 04, de 11 de abril de 1994, publicada no DOU de 14/04/94 (altera o Anexo nº 5 sobre radiações ionizantes);
- Portaria SSST nº 22, de 26 de dezembro de 1994, publicada no DOU de 27/12/94 (altera a redação do item 12.1 do Anexo nº 12 - Limites de Tolerância para Poeiras Minerais – Asbestos);
- Portaria SSST nº 14, de 20 de dezembro de 1995, publicada no DOU de 22/12/95 (altera o item "Substâncias Cancerígenas" do Anexo nº 13 e inclui o Anexo nº 13-A – Benzeno);
- Portaria SIT nº 99, de 19 de outubro de 2004, publicada no DOU de 21/10/04 (inclui no Anexo nº 12 da NR-15 a proibição do processo de trabalho de jateamento que utilize areia seca ou úmida);

- Portaria SIT nº 43, de 11 de março de 2008, republicada no DOU de 13/03/08 (inclui no Anexo nº 12 da NR-15 previsão de que nos processos de corte e acabamento de rochas ornamentais devem ser adotados sistemas de umidificação);
- Portaria SIT nº 203, de 28 de janeiro de 2011, publicada no DOU de 01/02/11 (altera os itens 3, 4 e 5 do Anexo nº 13-A - Benzeno);
- Portaria SIT nº 291, de 08 de dezembro de 2011, publicada no DOU de 09/12/11 (altera o Anexo nº 13-A - Benzeno);
- Portaria MTE nº 1.297, de 13 de agosto de 2014, publicada no DOU de 14/08/14 (altera o Anexo nº 8 – Vibração);
- Portaria MTb nº 1.084, de 18 de dezembro de 2018, publicada no DOU de 19/12/18 (altera o Anexo nº 5 - Radiações Ionizantes);
- Portaria SEPRT nº 1.359, de 09 de dezembro de 2019, publicada no DOU de 11/12/19 (altera o Anexo nº 3 - Limites de Tolerância para Exposição ao Calor) (ENIT, 2020).

A NR 16 especifica as atividades que podem ser consideradas perigosas, sendo composta por uma parte geral, contendo definições e procedimentos para pagamento do adicional de periculosidade, e a outra parte de anexos que tratam especificamente das atividades perigosas. A parte geral especifica:

- que as atividades e operações perigosas estão elencadas na parte 2 - Anexos da NR. 16.2;
- o exercício de trabalho em condições de periculosidade assegura ao trabalhador o adicional sobre o salário;
- o trabalhador pode optar pelo adicional de insalubridade que porventura lhe seja devido;
- responsabilidade do empregador sobre a caracterização ou a descaracterização da periculosidade, mediante laudo técnico elaborado por Médico do Trabalho ou Engenheiro de Segurança do Trabalho, seguindo os dispositivos do artigo 195 da CLT;
- ação fiscalizadora do MTE e a realização ex-officio da perícia;

- atividades ou operações perigosas como as executadas com explosivos sujeitos a:

a) degradação química ou autocatalítica;

b) ação de agentes exteriores, tais como, calor, umidade, faíscas, fogo, fenômenos sísmicos, choque e atritos; que são perigosas as operações de transporte de inflamáveis líquidos ou gasosos liquefeitos, em quaisquer vasilhames e a granel, com exceção do transporte em pequenas quantidades, até o limite de 200 litros para os inflamáveis líquidos e 135 quilos para os inflamáveis gasosos liquefeitos (BRASIL, 1978).

Pela Portaria do Secretário de Segurança e Saúde no Trabalho (SSST) n. 25 de 29 de dezembro de 1994, foi inserido o item 16.8 que delimita as áreas de risco. E a Portaria da Secretaria de Inspeção do Trabalho (SIT), n. 312, de 23 de março de 2012 foi harmonizada a definição de líquido combustível com a constante da Norma Regulamentadora n. 20 (NR-20) – Segurança e Saúde no Trabalho com Inflamáveis e Combustíveis.

Das alterações dos Anexos da Nr-16, constam no Anexo I – Atividades e Operações Perigosas com Explosivos alteração do pela Portaria do Secretário de Segurança e Medicina do Trabalho (SSMT), n. 02, de 02 de fevereiro de 1979. O Anexo II foi alterado pela Portaria do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) n. 545, de 10 de julho de 2000. O Anexo III - Atividades e Operações Perigosas com Exposição a Roubos ou Outras Espécies de Violência Física nas Atividades Profissionais de Segurança Pessoal ou Patrimonial foi inserido pela Portaria MTE n. 1.885, de 02 de dezembro de 2013, o artigo 193 da CLT pela Lei nº 12.740, de 08 de dezembro de 2012. O texto do anexo foi objeto de discussão em Grupo de Trabalho Tripartite (GTT), especificamente criado para esse fim, tendo sido, posteriormente, aprovado por consenso na 75ª Reunião Ordinária da CTPP, realizada em 26 e 27 de novembro de 2013 (ENIT, 2020).

O Anexo IV – Atividades e Operações Perigosas com Energia Elétrica foi inserido pela Portaria MTE nº 1078, de 16 de julho de 2014, em decorrência da inserção da atividade no rol do artigo 193 da CLT, pela Lei nº 12.740/2012. Antes desta alteração, a periculosidade para essa atividade era tratada pela Lei nº 7.369, de 20 de setembro de 1985. O Anexo V – Atividades Perigosas em Motocicleta foi inserido pela Portaria MTE n. 1.565, de 13 de outubro de 2014, em decorrência da inserção da atividade no artigo 193 da CLT pela Lei n. 12.997, de 18 de junho de 2014.

Importante destacar que a NR-16 elenca na periculosidade diversas atividades, tais como:

- atividades e operações perigosas com explosivos,
- atividades e operações perigosas com inflamáveis;
- atividades e operações perigosas com exposição a roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial;
- atividades e operações perigosas com energia elétrica;
- atividades perigosas em motocicleta,
- atividades e operações perigosas com radiações ionizantes ou substâncias radioativas (ENIT, 2020).

Contudo, segundo crítica da ENIT (2020), embora as NRs 15 e 16 estabelecerem uma lista taxativa de atividades perigosas, muitos trabalhadores que exercem profissões que não constam desta lista, mas que são igualmente perigosas são deixados à margem da proteção da lei por não serem considerada a atividade laboral perigosa em consonância com os parâmetros determinados pelas normas regulatórias. Citando como exemplo as funções de cobrador e motorista de ônibus urbano que na atualidade passa pelo perigo dos constantes assaltos que têm ocorrido, muitos deles com ladrões armados que podem tirar a vida destes trabalhadores.

As alterações constantes nas NRs atingem expressivamente os critérios para a concessão da aposentadoria especial pelo Previdência Social, destacando-se que todas as NRs relativas à Segurança e Medicina do Trabalho formam um processo regulatório de observância obrigatória, tanto pelas empresas privadas como as públicas de administração direta e indireta, além dos órgãos dos poderes legislativos e judiciários que possuam empregados regidos pela CLT. Destaca-se ainda, que o conteúdo das NRs é aplicado naquilo que convir aos trabalhadores avulsos, às entidades ou empresas contratantes e aos sindicatos que representam as categorias profissionais.

Também se destaca que as NRs não são normas regulatórias absolutas no tocante à saúde e segurança do trabalhador, existindo outras disposições contidas em códigos de obras ou regulamentos sanitários dos Estados ou de Municípios, e ainda as que forem acordadas em convenções e acordos coletivos de trabalho.

3 LEGISLAÇÃO TRABALHISTA EM RELAÇÃO À INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE

No Brasil, as relações de trabalho foram inexistentes por muito tempo, mesmo que deste seu descobrimento houvesse patrões e empregados, os trabalhadores brasileiros viviam em um regime escravocrata que não dava voz para a classe trabalhadora, mandavam os patrões no sistema de trabalho conforme sua vontade.

Eram insípidas as relações de trabalho livre, não sendo de relevância para uma sociedade escravista (DELGADO, 2012).

Com a proclamação oficial da abolição da escravatura (Lei Áurea) iniciou-se a história do direito do trabalho no Brasil. De acordo com Delgado (2012) foi a partir deste evento que se passou a definir pressupostos materiais de trabalho subordinado e conseqüentemente nas relações trabalhistas.

Houve, a partir de então, tímidos movimentos para regularização do trabalho entre patrões e empregados. Delgado (2012) pontua que entre 1888 (promulgação da Lei Áurea) até o ano de 1930 (conhecido como a Era Vargas) houveram “manifestações dispersas ou irrelevantes, uma vez que as relações empregatícias se concentravam basicamente na agricultura cafeeiro e na emergente industrialização (DELGADO, 2012, p.32).

Nascimento (2011) explica esta morosidade para a dispersão notória de leis trabalhistas devido ao fato que os empregados, na maioria, eram da área rural empregados nos cafezais, vivendo de servidão, geralmente morando nas terras dos fazendeiros e assim mantendo-se alheio às possibilidades de seu direito de trabalhador.

A vinda de imigrantes europeus que tinham maior compreensão em relação à formação de organização operária que pudesse pressionar a classe empresarial e o Estado, trouxe as primeiras iniciativas para que o trabalho passasse a ser regido por leis que garantissem a proteção do trabalhador (NASCIMENTO, 2011).

Estas leis deram abertura para maior conscientização dos trabalhadores sobre seus direitos de manifestarem descontentamento com as condições de trabalho. Surgem as greves, os protestos, os movimentos contra o Estado que não lhes garantia melhoria nos locais de trabalho e na segurança do trabalhador. As manifestações tornavam-se cada vez mais maiores e recorrentes trabalhistas. (NASCIMENTO, 2011)

Na década de 1900 as greves e manifestações foram se tornando cada vez mais frequentes e com maior adesão de trabalhadores, fazendo com que, em 1930 no governo de Getúlio Vargas o governo iniciasse uma legislação que interferia nas relações trabalhista, instituindo-se o Direito do Trabalho, direcionando a uma intervenção efetiva e proativa do Estado nas relações trabalhistas, o que segundo Delgado (2012), contribui para que ocorresse expansão do direito trabalhista, institucionalizando-se leis trabalhistas.

Nascimento (2011) afirma que passou a haver no Brasil, uma estruturação da ordem jurídica trabalhista. O governo Getúlio Vargas criou pelo Decreto-lei n. 5.452-de 26 de novembro de 1930 o Ministério da Indústria e Comércio e, em por meio do Decreto-lei 19.433 de 26 de novembro de 1930 (BRASIL, 1930) e mais tarde, pelo Decreto-lei n. 5.452 de 1º de maio de 1943 instituiu a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT)

A CLT que perdura até hoje como diploma legal que garante o direito dos trabalhadores, pois especifica as regras da relação de contrato entre empresa e empregado. De início, sob regime militar direcionou-se, mais especificamente para

controle do setor econômico, como por exemplo, priorizar as metas dos seus dispositivos para conter a inflação, mediante um processo chamado de política salarial do governo, como exemplo o aumento de salário era discutido nas negociações coletivas e na Justiça do Trabalho e depois repassada para o governo (NASCIMENTO, 2011).

Contudo, não foi deixado à mercê a questão de proteção ao trabalhador, surgiram pelas diretrizes da CLT que permitiram criar mecanismos jurídicos que protegiam o trabalhador. Como exemplo, pode-se citar o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) instituído pela Lei n. 5.107 de 13 de setembro de 1966. Também foi alterado a CLT no Capítulo V do Título II que trata da Segurança e Medicina do Trabalho, da CLT estabelecendo competência das Delegacias Regionais do Trabalho, das empresas e dos empregados no que se refere a sua responsabilidade em termos de Saúde e Segurança do Trabalho bem como os atos normativos específicos a diversas atividades laborais. Para o cumprimento desta alteração foram criadas as Normas Regulamentadoras (NR) pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MET) (NASCIMENTO, 2011)

Finda a Era Vargas e destituição do regime militar, a sociedade vai em busca de um regime democrático que culminou na edição da Carta Democrática representada pela nova Constituição Federal de 1988. Com a edição desta constituição o legislador constitucionalista buscou criar mecanismos jurídicos que garantissem a inclusão de dispositivos voltados para o direito de o trabalhador ter condições de exercer sua plena cidadania (NASCIMENTO, 2011).

Na Constituição Federal de 1988 foram introduzidas modificações no seu Capítulo II - Dos Direitos Sociais, verificando-se mais especificidade o artigo 7º que trata Dos direitos Sociais dos trabalhadores. À medida que se estendia a legislação sobre os direitos humanos, a Constituição Federal de 1988, como Carta Cidadã e Democrática ia passando por modificações seja por Emendas Constitucionais (EC) ou seja, por qualquer outro instrumento legal, para acompanhar devidamente a proteção aos direitos dos homens.

Assim, ao longo dos anos a Constituição Federal de 1988 passou por várias alterações possibilitando cada vez mais que os direitos dos trabalhadores em terem uma vida digna através do seu labor. A última delas ocorreu pela EC n; 72 de 2013, alterou diversos dos 34 incisos elencados neste artigo, deixando a redação expressa conforme anexo5:

5 Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

I - relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos;

II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;

III - fundo de garantia do tempo de serviço;

IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

V - piso salarial proporcional à extensão e à complexidade do trabalho;

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável;

VIII - décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;

IX - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;

X - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;

XI - participação nos lucros, ou resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei;

XII - salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei;

XIII - duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho,

XIV - jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva;

XV - repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;

XVI - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em cinquenta por cento à do normal;

XVII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;

XVIII - licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;

XIX - licença-paternidade, nos termos fixados em lei;

XX - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;

XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;

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

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

XXIV - aposentadoria;

Por outro lado, em seu artigo 196, a Carta Constitucional prevê a saúde como um direito de todos e impõe ao Estado garanti-la mediante políticas sociais e econômicas, assim exposto: “Art. 196 - a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.”

Como o tema do presente trabalho é a segurança da saúde do trabalhador destacam-se a redação dos incisos XXII; XXIII e XXIV. No inciso XXII consta a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre para menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos. O legislador assegurou a integridade física e psíquica do trabalhador não permitindo que seu

XXV - assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho;

XXVII - proteção em face da automação, na forma da lei;

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;

XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho,

XXX - proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil;

XXXI - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador portador de deficiência;

XXXII - proibição de distinção entre trabalho manual, técnico e intelectual ou entre os profissionais respectivos;

XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos

XXXIV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso.

Parágrafo único. São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social (BRASIL, 1988).

desenvolvimento fosse prejudicado por adentrar precocemente em trabalho que exigiria muito de maturidade.

O inciso XXIII expõe sobre o adicional de remuneração para atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei. São mencionadas a insalubridade ou periculosidade como quesitos que carecem de leis específicas para remuneração compensatória. O inciso XXIV trata da aposentadoria, garantindo que haja aposentadoria específica ou não para todo trabalhador, concedida sob normas regulatórias.

No discurso sobre as relações de trabalho realizado pela Confederação Nacional da Indústria (CNI, 2016, p. 7) consta que,

A legislação trabalhista brasileira estabelece que é direito do trabalhador a redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança e que compete às empresas cumprir as normas de segurança e saúde no trabalho. É o que se extrai, por exemplo, dos artigos 7º, inciso XXII, da Constituição, 157 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e até da Convenção n. 119 da Organização Internacional do Trabalho – OIT de 1963.

Observa-se o consenso de que a legislação trabalhista brasileira buscou amparo à saúde e proteção do trabalho em diferentes diplomas legais, tendo como ideia central é a prevenção advinda da redução ou eliminação dos riscos.

As primeiras tentativas de legislação sobre esta prevenção ocorrem inicialmente entre as décadas de 1950 e 1970. O aperfeiçoamento das leis partiu em um segundo momento para “

[...] o reconhecimento da necessidade de as empresas se responsabilizarem pela prevenção dos riscos e pela mudança do ambiente de trabalho de uma perspectiva multidisciplinar que conjugou conhecimentos de medicina, de engenharia, e do que mais se mostrasse pertinente para limitar a exposição do trabalhador aos riscos (CNI, 2016, p. 3).

Como consequência, no ano de 1978 foi criado instituto do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho pela Portaria n. 3.214 de 8 de junho de 1978 que aprova as Normas Regulamentadoras - NR - do Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho.

Convenção sobre Segurança e Saúde dos Trabalhadores. As tendências destes dispositivos ocorriam em direção à política democrática que foi fundamentada com o

advento da Constituição Federal de 1988, que sobretudo revelou obediência às disposições da Convenção da Organização Internacional do Trabalho (OIT) n. 155 que trata da Segurança e Saúde dos Trabalhadores ocorrida em Genebra no ano de 1981 e aprovada em plano internacional em 11 de agosto de 1983.

A Constituição Federal de 1988 também se fundamentou na Convenção n.161 de 7 de junho de 1985 ocorrida em Genebra, que dispôs sobre proteção dos trabalhadores contra as doenças, seja ou não profissionais, e contra os acidentes do trabalho.

Também sob os auspícios das determinações destas duas Convenções foi criada a Lei n. 8.213/1991 – Lei de Benefícios Previdência Social, que tem por função assegurar a manutenção dos benefícios concedidos pela Previdência Social ao segurado e de seus dependentes sempre que acontecer: incapacidade para o trabalho; desemprego involuntário; idade avançada; tempo de serviço; encargos familiares; prisão e morte. Esta lei Instituiu o Plano de Benefícios do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), dedicando disposições específicas para os benefícios concedidos pela Previdência Social.

Por esta lei há a determinação que o tempo de serviço exercido alternadamente em atividade comum e em atividade profissional sob condições especiais serem considerado prejudiciais à saúde ou à integridade física, que seria somado, após a respectiva conversão, segundo critérios de equivalência estabelecidos pelo então Ministério do Trabalho e da Previdência Social, para efeito de qualquer benefício. Determina também que o período em que o trabalhador integrante de categoria profissional enquadrada como atividade profissional sob condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, permaneça afastado para exercer cargo de administração ou de representação sindical, ou seja, que este tempo seria contado para fins de aposentadoria especial. Menciona que o rol de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seja objeto de lei específica. A carência de 60 contribuições à Previdência Social Para os segurados que já se encontravam inscritos na Previdência Social na data da lei ficou assegurada uma tabela de transitoriedade contribuições mensais para a nova que prevê 180 contribuições.

Ao longo do tempo desde sua edição até o momento foram realizadas algumas alterações, como segue, o Decreto n. 611, de 21 de julho de 1992 aprovou o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social (RBPS) alterando o rol das atividades prejudiciais à saúde e à integridade física que dá ensejo à concessão da aposentadoria especial, instituído pela Lei n. 8.213/1991. Esta alteração foi observada pelos Anexos I e II do RBP. Foi alterado também, que as dúvidas sobre o enquadramento das atividades, seriam resolvidas pela Secretaria de Segurança e Saúde no Trabalho (SSST), do Ministério do Trabalho e Emprego (MET).

Outra alteração ocorreu pela Lei n. 9.032, de 28 de abril de 1995 que dispôs sobre a concessão da aposentadoria especial desde que o segurado: cumprisse a carência de 180 contribuições mensais e tivesse trabalhado sujeito a condições insalubre ou perigosas durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme dispusesse a lei; que comprovasse o tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudicassem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado; que comprovasse a exposição aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física, pelo período equivalente ao exigido para a concessão do benefício, vedando-se a concessão por categoria profissional ou por exercício de atividades penosas ou perigosas.

Nas alterações da Lei n. 9.032/1995 também ficou proibida a conversão de tempo de serviço comum em especial, mas manteve a conversão do tempo de trabalho exercido sob condições especiais em comum. Pela alteração deste critério ficou vedado ao segurado que foi beneficiado com a aposentadoria especial continuar ou retornar ao exercício de 33 atividade ou operações que o sujeitem aos agentes nocivos químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes que geraram o seu benefício.

A Lei n. 9.528 de 10 de dezembro de 1997 alterou o artigo 58 da Lei n. 8.213;1991 que dispunha que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seria objeto de lei específica, estabelecendo que: a relação dos agentes nocivos considerados para fins de concessão da aposentadoria especial seria definida pelo Poder Executivo; que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos seria feita mediante formulário emitido pela empresa, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho; o laudo técnico deveria constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva capaz de diminuir a intensidade do agente agressivo e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo; a empresa que não mantivesse laudo técnico atualizado ou que emitisse documento de comprovação de efetiva exposição aos agentes nocivos em desacordo com o respectivo laudo estaria sujeita à penalidade; a empresa deveria elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e, quando da rescisão do contrato, fornecer a ele cópia autêntica deste documento.

Houve alteração também pelo Decreto XVI - Decreto n, 2.172, de 5 de março de 1997, que aprovou novo Regulamento do RBPS estabelecendo a relação dos agentes nocivos considerados para fins de concessão da aposentadoria especial.

A Medida Provisória n. 1.663-0, de 28 de maio de 1998 revogou o § 5º do artigo 57 da Lei n. 8.213/1991, que permitia a conversão do tempo de trabalho exercido sob condições especiais em tempo de trabalho exercido em atividade comum. Com o

reforço da 13ª reedição desta Medida Provisória que ocorreu em 26 de agosto de 1998, foi estabelecida a regra de transição, possibilitando a conversão somente até a data da Medida Provisória (28 de maio de 1998). Essa Medida Provisória foi convertida na Lei n. 9.711, de 20 de novembro de 1998.

O Decreto n. 2.782 de 14 de setembro de 1998 regulamentou o percentual de 20% do tempo necessário à obtenção de aposentadoria especial para fins de conversão do tempo de trabalho exercido até 28 de maio de 1998.

A Lei n. 9.732, de 11 de dezembro de 1998 alterou a redação dos artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991, estabelecendo que: financiamento específico para os benefícios de aposentadoria especial; que o segurado terá sua aposentadoria especial cancelado caso permaneça ou retorne à mesma atividade que a gerou; necessidade de comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos por meio de formulário preenchido pela empresa com base em laudo técnico de condições do ambiente de trabalho (LTCAT) assinado por médico ou engenheiro do trabalho, elaborado nos termos da legislação trabalhista; e que o LTCAT deve conter informação sobre a utilização de tecnologia de proteção individual que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância.

A EC n. 20, de 15 de dezembro de 1998 vedou a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos beneficiários do regime geral de previdência social, ressalvando, contudo, os casos de atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física, cuja definição deve ser feita por lei complementar (§1º do artigo 201 da Constituição Federal de 1988). Dispôs, ainda no seu artigo 15, que, enquanto não for editada lei complementar sobre o assunto, permanecem em vigor os artigos 57 e 58 da Lei n. 8.213/1991, na redação vigente na data de sua publicação, ou seja, em 16 de dezembro de 1998.

O Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999 aprovou o Regulamento da Previdência Social (RPS), consolidou toda matéria previdenciária em um único diploma legal. A aposentadoria especial foi tratada no artigo 64 e seguintes e a classificação dos agentes nocivos constou no Anexo IV. O RPS delegou competência ao médico perito do INSS para inspecionar o local de trabalho do segurado para confirmar as informações contidas nos formulário e laudo técnico apresentados pelo requerente da aposentadoria especial.

O Decreto n. 4.729, de 9 de junho de 2003 alterou a redação do artigo 68 do RPS para dispor que a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário denominado perfil profissiográfico previdenciário (PPS), documento com o histórico-laboral do trabalhador que, entre

outras informações, deve conter registros ambientais, resultados de monitoração biológica e dados administrativos.

O Decreto n. 4.827 de 3 de setembro de 2003 alterou a redação do artigo 70 do RPS para dispor que a conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum aplica-se ao trabalho prestado em qualquer período, obedecendo a legislação vigente na época da prestação de serviço.

O presente artigo interessa a aposentadoria especial para quem a Lei 8.213/1991 estabeleceu, que a relação de atividades profissionais prejudiciais à saúde ou à integridade física seria objeto de lei específica, dispondo nos artigos n. 57º e n. 58º as regras para a concessão da aposentadoria especial,

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei.

§ 1º A aposentadoria especial, observado o disposto no art. 33 desta Lei, consistirá numa renda mensal equivalente a 100% (cem por cento) do salário-de-benefício, **§ 2º** A data de início do benefício será fixada da mesma forma que a da aposentadoria por idade, conforme o disposto no art. 49.

§ 3º A concessão da aposentadoria especial dependerá de comprovação pelo segurado, perante o Instituto Nacional do Seguro Social–INSS, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado. **§ 4º** O período em que o trabalhador integrante de categoria profissional enquadrada neste artigo permanecer licenciado do emprego, para exercer cargo de administração ou de representação sindical, será contado para aposentadoria especial. **§ 5º** O tempo de trabalho exercido sob condições especiais que sejam ou venham a ser consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física será somado, após a respectiva conversão ao tempo de trabalho exercido em atividade comum, segundo critérios estabelecidos pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, para efeito de concessão de qualquer benefício. (Incluído pela Lei nº 9.032, de 1995)

§ 6º O benefício previsto neste artigo será financiado com os recursos provenientes da contribuição de que trata o inciso II do art. 22 da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991, cujas alíquotas serão acrescidas de doze, nove ou seis pontos percentuais, conforme a atividade exercida pelo segurado a serviço da empresa permita a concessão de aposentadoria especial após quinze, vinte ou vinte e cinco anos de contribuição, respectivamente. § 7º O acréscimo de que trata o parágrafo anterior incide exclusivamente sobre a remuneração do segurado sujeito às condições especiais referidas no caput. (Incluído pela Lei n.º 9.732, de 11.12.98)

§ 8º Aplica-se o disposto no art. 46 ao segurado aposentado nos termos deste artigo que continuar no exercício de atividade ou operação que o sujeite aos agentes nocivos constantes da relação referida no art. 58 desta Lei.

Art. 58. A relação dos agentes nocivos químicos, físicos e biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física considerados para fins de concessão da aposentadoria especial de que trata o artigo anterior será definida pelo Poder Executivo. (Redação dada pela Lei n.º 9.528, de 1997): § 1º A comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos será feita mediante formulário, na forma estabelecida pelo Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho nos termos da legislação trabalhista. § 2º Do laudo técnico referido no parágrafo anterior deverão constar informação sobre a existência de tecnologia de proteção coletiva que diminua a intensidade do agente agressivo a limites de tolerância e recomendação sobre a sua adoção pelo estabelecimento respectivo. § 3º A empresa que não mantiver laudo técnico atualizado com referência aos agentes nocivos existentes no ambiente de trabalho de seus trabalhadores ou que emitir documento de comprovação de efetiva exposição em desacordo com o respectivo laudo estará sujeita à penalidade prevista no art. 133 desta Lei. § 4º A empresa deverá elaborar e manter atualizado perfil profissiográfico abrangendo as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecer a este, quando da

rescisão do contrato de trabalho, cópia autêntica desse documento. (BRASIL, 1991)

Sob fundamentação nestes artigos a Reforma Previdenciária – EC 103 que ocorreu em 12 de novembro de 2019, pode-se apontar discrepâncias quando da concessão da aposentadoria especial em razão das interpretações contraditórias ensejadas pela interpretação da fórmula de concessão com os dispositivos da Lei 8.213/1991 e aquilo que os dispositivos da Reforma da Previdência podem modificar.

Importante destacar que a Reforma da Previdência trouxe várias alterações na concessão dos benefícios, no tempo de contribuição, no período básico de cálculo (PBC), na pensão por morte, nas alíquotas de contribuição, na idade mínima (mesmo para quem adquire o direito à aposentadoria por tempo de contribuição), essencialmente sobre a aposentadoria especial,

4 APOSENTADORIA ESPECIAL

O benefício da Previdência Social denominado Aposentadoria Especial foi introduzida na legislação trabalhista na edição da Lei n. 3.807, de 5 de setembro de 1960, definida como uma aposentadoria por tempo de contribuição, com a diferença que pode ser reduzido o tempo de contribuição com grande diferença em relação à aposentadoria comum. Foi alterada pela Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973 e pela Lei n. 5.440-A, de 23 de maio de 1968 e mais tarde disciplinada pelos artigos n. 57 e n. 58 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, que traz o rol de benefícios oferecidos pelo Regime Geral de Previdência Social (RGPS), que garante a alguns segurados significativos redução do tempo de contribuição necessária para obtenção da aposentadoria.

Para a aposentadoria por tempo de contribuição são necessárias 30 ou 35 anos de contribuição (mulher ou homem), e pela Lei 8.213/1991 para aposentadoria especial em 15, 20 ou 25 anos de atividade em ambiente insalubre ou de periculosidade. Castro e Lazzari (2010, p. 637), definem a aposentadoria especial como,

[...] uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física. Ou seja, é um benefício de natureza previdenciária que se presta a reparar financeiramente o trabalhador sujeito a condições de trabalho inadequadas.

O requisito básico para ter direito à aposentadoria especial o segurado tem de trabalhar habitualmente permanentemente sujeito a ações ou presença de agentes nocivos à integridade física e psíquica, ou seja, à saúde do ser humano, cumprida a

carência de tempo de contribuição (15, 20 ou 25 anos). De acordo com Weintraub (2005) não têm direito à aposentadoria especial os segurados facultativos, como é o caso do empregado doméstico.

Requisito constante no Regulamento da Previdência Social para ter direito à aposentadoria especial é que o segurado seja empregado, trabalhador avulso e contribuinte individual, este somente quando cooperado filiado à cooperativa de trabalho ou de produção, que tenha trabalhado durante quinze, vinte ou vinte e cinco anos, conforme o caso, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (CASTRO e LAZZARO, 2010).

Martinez (2010) qualifica como segurado empregado quando o contribuinte comprova trabalhar em empresa que o sujeita à exposição a agentes nocivos. Esta comprovação segue as regras da Lei n. 8.213/1991, no inciso I do artigo 11 e do Decreto n. 3.048/2000, no inciso I do artigo 9, que incluem também as pessoas físicas equiparadas ao empregado. O artigo 57 da Lei 8.213/1991 fornece as diretrizes do enquadramento do segurado empregado

O trabalhador avulso, conforme qualifica Sette (2004, p.168), "é a pessoa física que presta serviços de natureza urbana ou rural para a empresa tomadora de serviços, através da intermediação de um sindicato ou órgão gestor de mão-de-obra, sem vínculo de emprego".

No Decreto n. 3.048/1999, inciso VI do artigo 9º - São segurados obrigatórios da Previdência Social as seguintes pessoas físicas:

VI - como trabalhador avulso - aquele que, sindicalizado ou não, presta serviço de natureza urbana ou rural, a diversas empresas, sem vínculo empregatício, com a intermediação obrigatória do órgão gestor de mão-de-obra, nos termos da Lei nº 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, ou do sindicato da categoria, assim considerados:

- a) o trabalhador que exerce atividade portuária de capatazia, estiva, conferência e conserto de carga, vigilância de embarcação e bloco;
- b) o trabalhador de estiva de mercadorias de qualquer natureza, inclusive carvão e minério;
- c) o trabalhador em alvarenga (embarcação para carga e descarga de navios
- d) o amarrador de embarcação

- e) o ensacador de café, cacau, sal e similares;
- f) o trabalhador na indústria de extração de sal;
- g) o carregador de bagagem em porto
- h) o prático de barra em porto
- i) o guindasteiro
- j) o classificador, o movimentador e o empacotador de mercadorias em portos (BRASIL, 1999).

Destaca-se que os trabalhadores avulsos têm igualdade de direitos com o trabalhador com vínculo empregatício permanente, conforme disposto no artigo 7º, inciso XXXIV da Constituição Federal de 1988) e fará jus ao benefício, desde que, cumpridos os requisitos legais.

Martinez (2005, p. 45) informa que o trabalhador individual exerce sua profissão sem vínculo empregatício, trabalha "por conta própria", como é o caso do odontólogo, do médico, dos engenheiros, entre outros, que se expõem aos agentes físicos, químicos e biológico. A Lei n. 8.213/1991 elenca no inciso V do artigo 11 quem são os contribuintes individuais, que também são elencados no Decreto nº 3.048/1999.

Pela Lei n. 8.213/1991, obtém-se os requisitos para o pedido da aposentadoria especial. Por exemplo no seu artigo observa-se que são admitidas duas formas para considerar o tempo de serviço como especial:

- 1) enquadramento por categoria profissional: conforme atividade desempenhada pelo segurado, presumida a lei a sujeição a condições insalubres, penosas ou perigosas;
- 2) enquadramento por agente nocivo: independentemente da atividade ou profissão exercida, o caráter especial do trabalho decorria da exposição a agentes arrolados na legislação de regência (BRASIL, 1991).

Castro e Lazzari (2010) pontuam que a Lei n. 9.32/1995 impôs a necessidade de comprovação, pelo segurado, da exposição aos agentes agressivos, exigindo ainda que essa exposição fosse habitual e permanente. Ou seja, o fator determinante para o reconhecimento do tempo especial passou, então deve ser a comprovação do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante o período mínimo fixado (quinze, vinte ou vinte e cinco anos de trabalho). Salienta-se que não pode o INSS exigir a

comprovação de exposição habitual e permanente no período antecedente ao da Lei 9.032/1995, releva-se que o tempo de serviço é disciplinado pela lei vigente ao tempo em que é prestado. Ao surgir uma lei nova que normatiza uma restrição à contagem do tempo de serviço de um trabalhador, ela não pode ser aplicada retroativamente.

Sob este contexto entende-se que o tempo de serviço não pode ser aplicado retroativamente, em razão da intangibilidade do direito adquirido, devendo então ser disciplinado pela lei vigente na época em que efetivamente foi prestado o serviço, passando a integrar, como direito autônomo, o patrimônio jurídico do trabalhador. Tal situação é acatada veementemente pelos tribunais pátrios (CASTRO e LAZZARI, 2010).

Em relação à comprovação que o segurado labora em ambiente nocivo é necessária a emissão do documento exigido pela legislação do período pleiteado, que comumente têm sido enunciado pela legislação trabalhista e previdenciária, sendo eles: a) Programa de Prevenção de Riscos ambientais (PPRA); b) Programa de Gerenciamento de Riscos (PGR); c) Programa de Condições e Meio Ambiente de Trabalho na Indústria da Construção (PCMAT); d) Programa de Controle Médico Ocupacional (PCMSO); e) Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT); f) Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP); g) Comunicação de Acidente de Trabalho (CAT).

O ônus da prova da autenticidade destes documentos cabe ao segurado., apesar de ser da empresa a obrigação de providenciar o preenchimento. Duarte (2008, p.250), lembra que a exigência do PPP teve alteração no §4º no artigo 58 da 8.213/1991 que abrangeu as atividades desenvolvidas pelo trabalhador e fornecido pela empresa quando da rescisão do contrato de trabalho. Mas, enquanto não estabelecido modelo próprio, bastavam as informações do DIRBEN 8030.

Castro e Lazzari (2010) consideram o PPP o documento histórico-laboral do trabalhador, segundo o modelo instituído pelo INSS que, entre outras informações, deve conter registros ambientais resultados de monitoração biológica e dados administrativos. Logo o PPP, substituiu o "Formulário de Informações sobre Atividades com Exposição a Agentes Agressivos", chamado de DIRBEN 8030. Para Martinez (2003, p. 23), o PPP tem por objetivo

[...] propiciar à perícia médica do INSS informações pormenorizadas sobre o ambiente operacional e as condições de trabalho, controle do exercício laboral, troca de informações sobre as doenças ocupacionais, supervisão da aplicação das normas regulamentadoras da saúde, medicina e segurança do trabalho. O trabalhador tem o direito de obter da empresa cópia autenticada do PPP em caso de demissão. Esse documento é

suficiente para fazer prova de tempo especial, não se podendo exigir do segurado o LTCAT.

Esta situação tem encontrado veemente aprovação pelos tribunais pátrios que exalta o seguinte: I

- a) Lei nova que venha a estabelecer restrição ao cômputo do tempo de serviço não pode ser aplicada retroativamente;
- b) a exigência de comprovação de efetiva exposição aos agentes estabelecida no § 4º, do art. 57 e §§ 1º e 2º do art. 58 da Lei n. 8.213/91 (com redação da Lei n. 9.732/1998, só pode aplicar-se ao tempo de serviço prestado durante a sua vigência, e não retroativamente, porque se trata de condição restritiva ao reconhecimento do direito. Se a legislação anterior exigia a comprovação da exposição aos agentes nocivos, mas não limitava os meios de prova, a lei posterior, que passou a exigir laudo técnico, tem inegável caráter restritivo ao exercício do direito, não podendo ser aplicada a situações pretéritas.
- c) até o advento da Lei 9.032 de 24 de abril de 1995, era possível o reconhecimento do tempo de serviço especial, com base na categoria profissional do trabalhador. A partir desta norma, a comprovação da atividade especial é feita por intermédio dos formulários SB-40 e DSS-8030, até a edição do Decreto 2.172 de 5 de março de 1997, que regulamentou a Medida Provisória n. 523/96 (convertida para a Lei n. 9.528/1997), que passou a exigir o laudo técnico;
- d) o § 5º, do artigo 57 da Lei n. 8.213/1991, passou a ter a redação do artigo 28 da Lei n. 9.711/1998, tornando-se proibida a conversão do tempo de serviço especial e comum, exceto para a atividade especial exercida até a edição da Medida Provisória n. 1.663-10, de 28 de maio de 1998, quando o referido dispositivo ainda era aplicável, na redação original dada pela Lei 9.032/95;
- e) tal qual para o agente físico ruído, havia a necessidade de apresentação de laudo técnico antes mesmo da edição da Medida Provisória n. 1.523, de 11 de outubro de 1996, vale também para outros agentes nocivos (CASTRO e LAZZRI, 2010).

Há ainda a discussão sobre o uso dos Equipamentos de Proteção Individual (EPI) que no entendimento da legislação não destituiria os requisitos para a concessão aposentadoria especial, conforme Enunciado 21 do Conselho de Recursos da Previdência Social (CRPS): “o simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente

de trabalho” (BRASIL, 1999). O Enunciado n.289 do Tribunal Superior do Trabalho: adota esta determinação assim se posicionando:

[...] o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade. Cabe-lhe tomar as medidas que conduzam à diminuição ou eliminação da nocividade, entre as quais as relativas ao uso efetivo do equipamento pelo empregado. A empresa é responsável pela adoção e uso de medidas coletivas e individuais de proteção à segurança e saúde do trabalhador sujeito aos riscos ocupacionais por ela gerados. Inclusive, os médicos peritos da previdência social terão acesso aos ambientes de trabalho e a outros locais onde se encontrem os documentos referentes ao controle médico de saúde ocupacional, e aqueles que digam respeito ao programa de prevenção de riscos ocupacionais, para verificar a eficácia das medidas adotadas pela empresa para a prevenção e controle das doenças ocupacionais (art. 338 e §2º do Decreto nº 3.048/99). Portanto a empresa deve estar cercada de cuidados, havendo a necessidade de treinar o trabalhador; a eficiência dos equipamentos também depende de sua correta utilização (MARTINEZ 2008, p. 108).

Importante destacar que mesmo não estando específico em lei é dever da empresa oferecer treinamento para o trabalhador fazer uso correto do EPI, para o correto uso de EPI, para que efetivamente seja protegida sua saúde.

5 INCONGRUENCIAS NOS CRITÉRIOS PREVIDENCIÁRIOS E CRITÉRIOS TRABALHISTAS NA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL APÓS REFORMA DA PREVIDÊNCIA

A aposentadoria especial é um benefício da Previdência bastante complexo para atender os requisitos para sua concessão, e com a Reforma da Previdência, estes critérios estão sendo absorvidos de maneira contraditória em reação às leis trabalhistas vigentes que regulam os direitos sociais dos trabalhadores. Para efeito de discussão sobre estes critérios é interessante um quadro comparativo de antes e de após a Reforma da Previdência em relação às regras para sua concessão.

Faz-se aqui um parêntese para um breve resumo sobre as alterações da Reforma Previdenciária que passaram ou vigorar na data de publicação da EC n. 103 no Diário Oficial da União, em 13 de novembro de 2019. Valendo para todos os segurados do RGPS, entre outras medidas, modificou a aposentadoria especial,

iniciando pela nova redação do § 1º do artigo 201 da Constituição Federal que passou a ter a seguinte redação, ao que concerne a aposentadoria especial:

Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma do Regime Geral de Previdência Social, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, na forma da lei, a: § 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados que comprovem I – com deficiência, previamente submetidos a avaliação biopsicossocial realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar; II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. Aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos: a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição; b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição dos segurados: II – cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação. O artigo 19 § 1º da Emenda Constitucional, trouxe a principal alteração nos requisitos para a concessão estipula idade mínima para a concessão da aposentadoria especial, pois prevê idade mínima, nos seguintes termos: I – aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco)

anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos: a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição; b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição (BRASIL 1988)

Antes da Reforma da Previdência o critério para concessão era de 25 anos de atividade especial de risco baixo que envolvia quase todos os casos.

Esta regra vale apenas para quem começou a trabalhar depois da Reforma. É preciso cumprir uma idade mínima, além do tempo de atividade especial, para se aposentar, é preciso ter:

- 55 anos de idade + 15 anos de atividade especial, para as atividades de alto risco;
- 58 anos de idade + 20 anos de atividade especial, para as atividades de médio risco;
- 60 anos de idade + 25 anos de atividade especial, para as atividades de baixo risco.

Como as regras antes da reforma Previdenciária era possível se aposentar com 48 anos de idade, após 25 anos de atividade especial. Após a Reforma precisa ter 60 anos de idade para se aposentar, significando trabalhar por mais 12 anos, um total de 37 anos de atividade especial.

Após a reforma não é mais possível converter o tempo de atividade especial (exercido após a Reforma da Previdência) para tempo de contribuição porque a Reforma acabou com essa possibilidade.

O Quadro 1 expõe a comparação das alterações em relação ao período para a concessão:

Quadro 1 – Critério do tempo para a concessão da aposentadoria especial

ANTES DA REFORMA	DEPOIS DA REFORMA
Não existe idade mínima para a concessão	

25, 20 e 15 anos de contribuição variando com o grau de agressão do agente nocivo	Existe uma idade mínima como requisito que depende do tempo para cada contribuição
	60 anos de idade + 25 de atividade especial 58 anos de idade + 20 de atividade especial 55 anos de idade + 15 anos de atividade especial

Fonte: Elaboração própria

Em relação ao salário mudou totalmente a regra de cálculo da Aposentadoria Especial com a Reforma da Previdência. Após a reforma o valor do benefício dependerá dos seguintes critérios:

- será feita a média de todos os seus salários, a partir de julho de 1994 ou de quando o segurado começou a contribuir;
- desta média o valor será de 60% + 2% ao ano acima de 20 anos de atividade especial para os homens e acima de 15 anos de atividade especial para as mulheres;
- para quem trabalha em minas subterrâneas (atividades de alto risco), o acréscimo de 2% ao ano de atividade especial será acima de 15 anos de atividade especial para os homens e mulheres.

Antes da Reforma Previdenciária conta a média era de 80% dos maiores salários.

Em relação à conversão de atividade especial para atividade comum com o advento da Reforma Previdenciária foi cancelada, não é mais possível fazer esta conversão, só ficou valendo para o período de atividade especial antes da vigência da Reforma Previdenciária, assim este período pode ser convertido normalmente, sob fundamento do direito adquirido.

O direito adquirido pode ainda garantir aposentadoria especial com a regra anterior se foi cumprido o tempo de atividade especial necessário para se aposentar (25, 20 ou 15 anos)

Observa-se que, após a Reforma Previdenciária não será devida a concessão da aposentadoria especial somente pela contagem do tempo de atividade em ambiente insalubre ou perigoso, pois agora é exigido a somatória com a idade do trabalhador, somatória esta que só poderá ocorrer com a idade de 60, 58 ou 55 anos.

Destaca-se que esta exigência deve ser preenchida para aqueles que se inscreverem ao RGPS após a entrada em vigor da Reforma Previdenciária.

Relembrando o conceito de aposentadoria especial que se consagrou na legislação trabalhista como “um benefício de incapacidade presumida, concedida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física (LEMES, 2016, p. 129); e ainda como “uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou a integridade física (CASTRO e LAZZARI, 2011, p.637).

Estes entendimentos, entre outros semelhantes, em relação à aposentadoria especial, fundamentam o objetivo do legislador em garantir proteção ao trabalhador, em relação à sua incapacitação para o trabalho até perda total da integridade física e mental, devido à atividade acima dos limites de tolerância permitidos pelo organismo humano. A imposição de normas regulatórias para a concessão da aposentadoria especial restringindo tempo de carência para que ocorra a concessão da aposentadoria especial, desde que o trabalhador tenha sido exposto durante 15, 20 ou 25, a condições especiais em atividades nocivas à saúde, sujeito a agentes físicos, químicos, biológicos e psíquicos é uma prevenção garantista dos direitos à dignidade humano do segurado.

Destaque-se que a aposentadoria especial passou por inúmeras mudanças desde que foi instituída. Até 28 de abril de 1995 era aplicado o enquadramento por categoria profissional do segurado, por meio dos Decretos n. 53.831, de 25 de março de 1964 e do Decreto n. 83.080, de 24 de janeiro de 1979 em que bastava provar o desempenho da atividade para que fossem reconhecidas as atividades laborais como especiais. Mesmo que após 29 de abril de 1995 não mais se admitia a presunção da exposição do segurado aos agentes nocivos devido a sua profissão, foi compensado pela exigência de comprovação da efetiva exposição por meio de critérios técnicos para o reconhecimento da especialidade da atividade.

Após esse período, o limite de idade deixou de ser exigido pela Lei n. 5.440-A, de 23 de maio de 1968, e a carência mínima reduzida de 180 contribuições para apenas 60 meses por meio da Lei n. 5.890, de 8 de junho de 1973. Além do tempo de exposição de 15, 20 e 25 anos a atividade insalubre e perigosas, é exigido hoje para a percepção da aposentadoria em questão a carência de 180 contribuições, a mesma aplicada às demais aposentadorias, com exceção da por invalidez.

A legislação visa a aposentadoria especial como um benefício que garanta ao segurado do RGPS uma compensação pelo desgaste resultante do tempo de serviço

prestado em condições prejudiciais, por isto a determinação de carência diferenciada das demais aposentadorias (RIBEIRO, 2009, p.24).

Considerando que requisito carência está disciplinado por meio do artigo 24 da Lei n. 8.213/1991, interpreta-se como número mínimo de contribuições mensais imprescindíveis para que se faça jus a este benefício, *in verbis*: “Art. 24. Período de carência é o número mínimo de contribuições mensais indispensáveis para que o segurado faça jus ao benefício, consideradas a partir do transcurso do primeiro dia dos meses de suas competências” (BRASIL, 1991).

Destaca-se ainda que a natureza jurídica da aposentadoria especial é recepcionada como um benefício de caráter preventivo, tendo como objetivo, afastar os segurados expostos a agentes nocivos a sua saúde e integridade física, antes mesmo que se consolidem os danos relativos a exposição de forma permanente que podem trazer doenças e males irreversíveis ao trabalhador (CASTRO e LAZZARI, 2011).

Sob estes fundamentos legislativos a regra previdenciária determinante para o período de carência se de 25 anos agride frontalmente ao propósito das normas regulatórias da legislação trabalhista em relação à preservação e integridade da saúde do trabalhador, ferindo assim sua dignidade humana.

Resumindo, com a Reforma Previdenciária a idade é regra essencial, destituindo o previsto até sua edição a previsão trabalhista de que os requisitos da aposentadoria especial eram de 15, 20, ou 25 anos de tempo de contribuição com exposição a agentes nocivos; ou seja a regra geral seria a concessão da aposentadoria especial aos 25 anos de tempo de contribuição, porém havia a possibilidade 20 ou 15 anos em casos de exposição a determinados agentes nocivos como exposto no Anexo IV do Decreto 3.048/99, que foi alterado com nova redação pelo Decreto n. 10.410 de 30 de junho de 2020. A idade em nada interferia na contagem de carência para a aposentadoria especial, por exemplo na regra mais usual (25 anos) um segurado que começou a trabalhar exposto a agentes nocivos aos 20 anos de idade poderia se aposentar aos 45 anos.

Em relação à conversão de atividade especial para atividade comum com o advento da Reforma Previdenciária foi cancelada, não é mais possível fazer esta conversão, só ficou valendo para o período de atividade especial antes da vigência desta reforma, porque não houve como destituir a garantia do direito adquirido, ou seja este pode garantir aposentadoria especial com a regra anterior se foi cumprido o tempo de atividade especial necessário para se aposentar (25, 20 ou 15 anos) antes da edição das regras previdenciárias em vigor.

Pela norma da Reforma Previdenciária para a concessão do benefício de aposentadoria na modalidade especial, é necessário a comprovação de que laborou de forma permanente e ininterrupta a algum tipo de agente nocivo a sua saúde e integridade física, sem atentar que nem sempre o trabalhador atinge o tempo necessário para se aposentar nessa modalidade.

Está prevista no artigo 70 do Decreto 3.048/1999 o direito de conversão do tempo especial em tempo comum, dando ensejo para interpretar a não destituição da conversão do tempo especial em tempo comum.

O Decreto n. 4.827/2003 também dispõe em seus parágrafos § 1 e § 2:

§ 1º A caracterização e a comprovação do tempo de atividade sob condições especiais obedecerão ao disposto na legislação em vigor na época da prestação do serviço:

§ 2º As regras de conversão de tempo de atividade sob condições especiais em tempo de atividade comum constantes deste artigo aplicam-se ao trabalho prestado em qualquer período (BRASIL, 2003).

O Poder Executivo independente da época da prestação do serviço, reconhece o direito a conversão do tempo comum em especial e por isso não é possível negar tal pretensão. Exemplo de decisão jurisprudencial:

PREVIDENCIÁRIO. FATOR DE CONVERSÃO DO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. REGRA DO DECRETO N.3.048/1999, ART. 70. APLICAÇÃO PARA O TRABALHO DESEMPENHADO EM QUALQUER ÉPOCA (PRECEDENTES). 1. Conforme precedentes do Superior Tribunal de Justiça, para fins de conversão do tempo de serviço especial em comum, deve ser aplicada a tabela contida no art. 70 do Decreto n. 3.048/1999 para o trabalho desempenhado em qualquer época. 2. Agravo regimental improvido. (STJ. AgRg no Ag 1358845/PR, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 04/10/2011, DJe 09/11/2011) (JUSBRASIL, 2020).

Reforça este entendimento a doutrina de Ribeiro (2019, p. 247) quando afirma,

A jurisprudência oriunda dos Tribunais Regionais Federais da 3ª e 4ª Região, em diversos acórdãos, abona este ponto de vista, no sentido da possibilidade de conversão de todo tempo trabalhado pelo segurado em condições especiais, inclusive após a Lei n.

9.711/98, Lei de conversão da Medida Provisória 1.663, o qual poderá ser somado ao restante do tempo sujeito à contagem comum.

Assim, percebe-se que entre as decisões baseadas na legislação trabalhista confrontam-se com a aplicação das regras previdenciárias após a Reforma Previdenciária.

Há também sério confronto entre a legislação trabalhista e a Reforma Previdenciária em relação ao definitivo afastamento da possibilidade de concessão da aposentadoria especial se constar o uso de EPI.

O EPI é definido pela NT – 6 do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) como sendo: “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho” (BRASIL, 1978).

Tais equipamentos são responsáveis pela proteção e integridade do indivíduo com o intuito também de minimizar os riscos ambientais do ambiente de trabalho e promover a saúde, bem-estar e evitar os acidentes e doenças ocupacionais. Pelo artigo 166 da CLT,

Art. 166- A empresa é obrigada a fornecer aos empregados, gratuitamente, equipamento de proteção individual adequado ao risco e em perfeito estado de conservação e funcionamento, sempre que as medidas de ordem geral não ofereçam completa proteção contra os riscos de acidentes e danos à saúde dos empregados. (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977) (BRASIL, 1943),

A NR 6 introduzida pela portaria 3.214/1978, conceitua EPI, como “todo dispositivo ou produto, de uso individual utilizado pelo trabalhador, destinado à proteção de riscos suscetíveis de ameaçar a segurança e a saúde no trabalho” (BRASIL, 1978).

Pela doutrina aponta-se Martinez (2001, p.45) definindo o EPI como as “construções erigidas pela empresa visando a defender o trabalhador de acidente de trabalho, doenças profissionais ou do trabalho e sobretudo em razão da exposição aos riscos”.

Esta interpretação advém até mesmo do próprio INSS quando reconhece que a simples utilização do EPI não afasta o risco do trabalhador, como consta suas Instruções Normativas n, 42/2001 e 78/2002, conforme a redação:

Instrução Normativa INSS no 42/2001:

Art. 19. A utilização de equipamento de proteção não descaracteriza o enquadramento da atividade.

Instrução Normativa INSS/DC No 78/2002:

Art. 159. A simples informação da existência de EPI ou de EPC, por si só, não descaracteriza o enquadramento da atividade. No caso de indicação de uso de EPI, deve ser analisada também a efetiva utilização dos mesmos durante toda a jornada de trabalho, bem como, analisadas as condições de conservação, higienização periódica e substituições a tempos regulares, na dependência da vida útil dos mesmos, cabendo a empresa explicitar essas informações no LTCAT/PPP (BRASIL, 2001 e BRASIL, 2002).

Até o advento da Reforma Previdenciária havia discussão nos tribunais pátrios se o uso do EPI pelas empresas afastaria absolutamente a aposentadoria especial, a corrente que não aprovava este discernimento era enfática, que somente o uso do EPI não era suficiente para a proteção do trabalhador em muitos casos de exposição a insalubridade e/ou periculosidade.

A partir da vigência da Reforma Previdenciária a regra é de que a empresa que faz uso de EPI independentemente de qualquer ressalva sobre os efeitos da insalubridade e da periculosidade. Contudo, tal posicionamento, os tribunais pátrios têm contestado tal situação, entendendo que a utilização do EPI, por si só, não afasta a especialidade do período em que o trabalhador labora sob riscos à sua saúde.

E o entendimento do STJ, no Enunciado n. 21, do Conselho de Recursos da Previdência Social ao enuncia que "o simples fornecimento de equipamento de proteção individual de trabalho pelo empregador não exclui a hipótese de exposição do trabalhador aos agentes nocivos à saúde, devendo ser considerado todo o ambiente de trabalho". Da mesma forma o Parecer/CONJUR/MPS 616/2010, aprovado pelo Ministro da Previdência Social em 23 de dezembro de 2010 aduz os segurados devem proteger-se contra agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho, sem que com isso fique automaticamente descaracterizado o seu direito a aposentadoria especial, independentemente da eficácia dos EPIs. Ao segurado cabe comprovar, que os agentes nocivos estavam efetivamente presentes no ambiente de trabalho, durante toda sua jornada, comprovado por laudo técnico informando sobre o grau de eficiência dos EPIs utilizados. Se a prova for incontestável de que os EPIs eliminaram o risco de exposição ao agente nocivo, reduzindo-lhe a intensidade a limites de

tolerância, o tempo de contribuição será contado como comum, por força do atendimento aos § 3º e 4º do artigo. 57 da Lei nº 8.213, de 1991.

O Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE 664.335) exemplifica este posicionamento, o caso da exposição a ruído que não descaracteriza o tempo de serviço especial prestado, considerando a matéria em Repercussão geral.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO CONSTITUCIONAL PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. ART. 201, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REQUISITOS DE CARACTERIZAÇÃO. TEMPO DE SERVIÇO PRESTADO SOB CONDIÇÕES NOCIVAS. FORNECIMENTO DE EQUIPAMENTO DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL - EPI. TEMA COM REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO PLENÁRIO VIRTUAL. EFETIVA EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS À SAÚDE. NEUTRALIZAÇÃO DA RELAÇÃO NOCIVA ENTRE O AGENTE INSALUBRE E O TRABALHADOR. COMPROVAÇÃO NO PERFIL PROFISSIONOGRÁFICO PREVIDENCIÁRIO PPP OU SIMILAR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DOS PRESSUPOSTOS HÁBEIS À CONCESSÃO DE APOSENTADORIA ESPECIAL. CASO CONCRETO. AGENTE NOCIVO RUÍDO. UTILIZAÇÃO DE EPI. EFICÁCIA. REDUÇÃO DA NOCIDADE. CENÁRIO ATUAL. IMPOSSIBILIDADE DE NEUTRALIZAÇÃO. NÃO DESCARACTERIZAÇÃO DAS CONDIÇÕES PREJUDICIAIS. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO DEVIDO. AGRAVO CONHECIDO PARA NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EXTRAORDINÁRIO (JUSBRASIL, 2020).

Esse também é o entendimento do TRF1, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE JUIZ DE FORA:

PROCESSO CIVIL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. ART. 1.030, I E II, CPC/15. EPI. ARE 664.335. ARE 906.569. ACÓRDÃO MANTIDO. 1. O voto condutor do acórdão traça a seguinte diretriz em relação ao tema 555, relativo ao uso de EPI: "o efeito ligado à utilização de EPI é, ordinariamente, o de amenizar os danos causados pelos agentes nocivos, não os afastando por completo. Assim, pode ser constatada a exposição a determinado agente nocivo por parte do segurado em níveis acima do limite regulamentar ainda que seja efetivamente utilizado por este equipamento de proteção". 2. Tal posicionamento se coaduna com a tese fixada pelo Supremo Tribunal Federal, em repercussão geral, ao apreciar o Recurso Extraordinário nº 664335/SC: "apesar do uso de

Equipamento de Proteção Individual (protetor auricular) reduzir a agressividade do ruído a um nível tolerável, até no mesmo patamar da normalidade, a potência do som em tais ambientes causa danos ao organismo que vão muito além daqueles relacionados à perda das funções auditivas... na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para a aposentadoria". 3. Sobre a avaliação de critérios para configuração de atividade especial, tema 852, o STF apresentou o seguinte entendimento, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 906.569: "A avaliação judicial de critérios para a caracterização da especialidade do labor, para fins de reconhecimento de aposentadoria especial ou de conversão de tempo de serviço, conforme previsão dos artigos 57 e 58 da Lei 8.213/91, é controvérsia que não apresenta repercussão geral, o que inviabiliza o processamento do recurso extraordinário, nos termos do art. 543-A, § 5º, do Código de Processo Civil." 4. Diante da consonância entre o acórdão e o posicionamento do Superior Tribunal Federal acerca do Tema 555, cujo recurso paradigma é o ARE 664.335, somada à impossibilidade de análise judicial da especialidade pela via extraordinária (Tema 852, ARE 906.569), não há que se falar em retificação do acórdão desta Corte Regional Federal, fls. 241/248. 5. Juízo de retratação não realizado. Ratificado o acórdão de fls. 241/248.

TRF-1 - AC: 00015465920094013800, Relator: JUIZ FEDERAL UBIRAJARA TEIXEIRA, 1ª CÂMARA REGIONAL PREVIDENCIÁRIA DE JUIZ DE FORA (JUSBRASIL, 2020).

Baseadas nestas fundamentações, em relação ao uso de EPI para afastar outros danos que não seja ruído, outras jurisprudências apresentam os mesmos argumentos.

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO/SERVIÇO. REQUISITOS. ATIVIDADE ESPECIAL. HIDROCARBONETOS AROMÁTICOS. BENZENO. AGENTE RECONHECIDAMENTE CANCERÍGENO. UTILIZAÇÃO DE EPI. INEFICÁCIA RECONHECIDA. TUTELA ESPECÍFICA. 1. O reconhecimento da especialidade da atividade exercida sob condições nocivas é disciplinado pela lei em vigor à época em

que efetivamente exercido, passando a integrar, como direito adquirido, o patrimônio jurídico do trabalhador (STJ, Recurso Especial Repetitivo n. 1.310.034). 2. Considerando que o § 5.º do art. 57 da Lei n. 8.213/91 não foi revogado pela Lei n. 9.711/98, e que, por disposição constitucional (art. 15 da Emenda Constitucional n. 20, de 15-12-1998), permanecem em vigor os arts. 57 e 58 da Lei de Benefícios até que a lei complementar a que se refere o art. 201, § 1.º, da Constituição Federal, seja publicada, é possível a conversão de tempo de serviço especial em comum inclusive após 28-05-1998 (STJ, Recurso Especial Repetitivo n. 1.151.363). 3. Até 28-04-1995 é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído, calor e frio); a partir de 29-04-1995 não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05-03-1997; a partir de então, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica; e, a partir de 01-01-2004, passou a ser necessária a apresentação do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), que substituiu os formulários SB-40, DSS 8030 e DIRBEN 8030, sendo este suficiente para a comprovação da especialidade desde que devidamente preenchido com base em laudo técnico e contendo a indicação dos responsáveis técnicos legalmente habilitados, por período, pelos registros ambientais e resultados de monitoração biológica, eximindo a parte da apresentação do laudo técnico em juízo. 4. A exposição a hidrocarbonetos aromáticos enseja o reconhecimento do tempo de serviço como especial. 5. Os hidrocarbonetos aromáticos são compostos de anéis benzênicos, ou seja, apresentam benzeno na sua composição, agente químico este que integra o Grupo 1 (agentes confirmados como cancerígenos para humanos) do Anexo da Portaria Interministerial MPS/MTE/MS nº 09-2014, encontrando-se registrado no Chemical Abstracts Service (CAS) sob o nº 71-43-2 e com previsão no código 1.0.3 do Decreto nº 3.048/99, sendo passível de aposentadoria especial aos 25 anos. 6. Verificado que o benzeno é agente nocivo cancerígeno para humanos, a simples exposição ao agente (qualitativa) dá ensejo ao reconhecimento da atividade especial qualquer que seja o nível de concentração no ambiente de trabalho do segurado, e independentemente de existência de EPC e/ou EPI eficaz. 7. Considerando a eficácia mandamental dos provimentos

fundados no art. 497, caput, do CPC/2015, e tendo em vista que a presente decisão não está sujeita, em princípio, a recurso com efeito suspensivo, determina-se o cumprimento imediato do acórdão no tocante à averbação dos períodos especiais reconhecidos, a ser efetivada em 45 dias. (TRF-4 - AC: 50038005020164047207 SC 5003800-50.2016.4.04.7207, Relator: CELSO KIPPER, Data de Julgamento: 30/06/2020, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DE SC) (JUSBRASIL, 2020)

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTES NOCIVOS. RECONHECIMENTO. CONVERSÃO. RÚIDO. PERÍODOS E NÍVEIS DE EXPOSIÇÃO. PROVA. USO DE EQUIPAMENTOS DE PROTEÇÃO INDIVIDUAL (EPI). EFICÁCIA. DESCONSIDERAÇÃO. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGENTES QUÍMICOS. ATIVIDADE RURAL. AUSÊNCIA DE REQUISITO ETÁRIO PARA APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO CONCEDIDA ANTERIORMENTE À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019. A lei em vigor quando da prestação dos serviços define a configuração do tempo como especial ou comum, o qual passa a integrar o patrimônio jurídico do trabalhador, como direito adquirido. Até 28.4.1995 é admissível o reconhecimento da especialidade do trabalho por categoria profissional; a partir de 29.4.1995 é necessária a demonstração da efetiva exposição, de forma não ocasional nem intermitente, a agentes prejudiciais à saúde, por qualquer meio de prova; a contar de 06.5.1997 a comprovação deve ser feita por formulário-padrão embasado em laudo técnico ou por perícia técnica. Considera-se como especial a atividade em que o segurado esteve exposto a ruídos superiores a 80 decibéis até a data de 5.3.1997, por conta do enquadramento previsto nos Decretos 53.831/64 e 83.080/79. Com a edição do Decreto 2.172/97, o limite passou a ser 90 decibéis, sendo reduzido para 85 decibéis, a contar de 19.11.2003, consoante previsto no Decreto 4.882/2003. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do ARE 664.335, fixou o entendimento de que: 1) o direito à aposentadoria especial pressupõe a efetiva exposição do trabalhador a agente nocivo à sua saúde, de modo que, se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial; 2) na hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a

declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI), não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria. A exposição habitual e permanente a agentes químicos nocivos à saúde permite o reconhecimento da atividade especial. Para tanto, basta a análise qualitativa (exposição aos agentes nocivos presentes no ambiente de trabalho), independentemente de análise quantitativa (concentração, intensidade, etc.). Nos termos do artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/91, o cômputo de tempo de serviço de segurado trabalhador rural, anterior à data de início de sua vigência, é admitido para concessão de benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, independentemente do recolhimento das contribuições, exceto para efeito de carência. Para o período ulterior à Lei de Benefícios (competência de novembro de 1991, conforme disposto no artigo 192 do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social aprovado pelo Decreto nº 357/91), o aproveitamento condiciona-se ao recolhimento das contribuições previdenciárias correspondentes, de acordo com o artigo 39, inciso II, da Lei nº 8.213/91 e Súmula 272 do Superior Tribunal de Justiça. Para a comprovação do tempo de atividade rural é preciso existir início de prova material, não sendo admitida, em regra, prova exclusivamente testemunhal. Demonstrado o preenchimento dos requisitos, o segurado tem direito à concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, mediante a conversão dos períodos de atividade especial, a partir da data do requerimento administrativo, respeitada eventual prescrição quinquenal. (TRF-4 - AC: 50002326920164047031 PR 5000232-69.2016.4.04.7031, Relator: MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA, Data de Julgamento: 09/03/2021, TURMA REGIONAL SUPLEMENTAR DO PR) (JUSBRASIL, 2020);

E M E N T A PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO AO AGENTE QUÍMICO CAULIM. IMPLEMENTO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À APOSENTAÇÃO. - A aposentadoria especial, prevista no art. 57 da Lei n.º 8.213/91, é modalidade de aposentadoria a que faz jus o segurado que esteve exposto a agentes penosos, insalubres ou perigosos, no desempenho da sua atividade laborativa - O benefício é devido uma vez comprovadas as condições especiais do trabalho desenvolvido ao longo de 15, 20 ou 25 anos, conforme estabelecido nos decretos regulamentadores - A Emenda Constitucional n.º

103/2019 alterou profundamente os critérios para a concessão do benefício, reintroduzindo a exigência do requisito etário e modificando a sua forma de cálculo. Estabeleceu, ainda, regra de transição a ser observada pelos segurados que tenham se filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a sua data de entrada em vigor (art. 21) - Para o trabalho exercido até o advento da Lei n.º 9.032/95, bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia ao trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos n.º 53.831/64 e n.º 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa - Com a promulgação da Lei n.º 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei - Somente a partir da publicação do Decreto n.º 2.172/97 tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB-40 ou DSS-8030. - Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias - A partir de 1/1/2004, o PPP constitui-se no único documento exigido para fins de comprovação da exposição a agentes nocivos, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial. - O PPP que contemple períodos laborados até 31/12/2003 mostra-se idôneo à comprovação da atividade insalubre, dispensando-se a apresentação dos documentos outrora exigidos - A deficiência nas informações constantes do PPP, no tocante à habitualidade e permanência da exposição a agentes nocivos e à eficácia do EPI, não faz prova, por si só, em desfavor do segurado - Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no art. 28 da Lei n.º 9.711/98, mas observado o limite de 12/11/2019, véspera da data de entrada em vigor da EC n.º 103/2019 - Viabilidade da conversão do tempo de serviço comum em especial, prestado até 28/4/1995, quando o benefício for requerido anteriormente ao advento da Lei n.º 9.032/95 (Tema 546 do STJ) - É garantido ao segurado que exerce suas atividades em condições especiais o cômputo do período em gozo de auxílio-doença como tempo de serviço especial - O agente químico caulim, prejudicial à saúde, caracteriza a especialidade da atividade, nos termos dos itens XIII e XXVII do

Anexo II e dos itens 1.0.3, 1.0.7, 1.0.17 e 1.0.19 do Anexo IV do Decreto n.º 3.048/99. (TRF-3 - ApCiv: 50070428120184036105 SP, Relator: Desembargador Federal AUDREY GASPARINI, Data de Julgamento: 08/12/2020, 8ª Turma, Data de Publicação: e - DJF3 Judicial 1 DATA: 10/12/2020) (JUSBRASIL< 2020).

E M E N T A PREVIDENCIÁRIO. REVISÃO DE BENEFÍCIO. CONVERSÃO DE APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO EM APOSENTADORIA ESPECIAL. EXPOSIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. AGENTES BIOLÓGICOS. CONVERSÃO DE TEMPO ESPECIAL EM COMUM E VICE-VERSA. AUXÍLIO-DOENÇA. CÔMPUTO COMO TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS À REVISÃO DO BENEFÍCIO. TERMO INICIAL. REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. - A aposentadoria especial, prevista no art. 57 da Lei n.º 8.213/91, é modalidade de aposentadoria a que faz jus o segurado que esteve exposto a agentes penosos, insalubres ou perigosos, no desempenho da sua atividade laborativa - O benefício é devido uma vez comprovadas as condições especiais do trabalho desenvolvido ao longo de 15, 20 ou 25 anos, conforme estabelecido nos decretos regulamentadores - A Emenda Constitucional n.º 103/2019 alterou profundamente os critérios para a concessão do benefício, reintroduzindo a exigência do requisito etário e modificando a sua forma de cálculo. Estabeleceu, ainda, regra de transição a ser observada pelos segurados que tenham se filiado ao Regime Geral de Previdência Social até a sua data de entrada em vigor (art. 21) - Frente à significativa alteração que a EC n.º 20/98 promoveu no ordenamento jurídico, foram definidas normas de transição entre o regramento constitucional anterior e o atual no tocante aos requisitos necessários à obtenção da aposentadoria por tempo de serviço - A regra de transição para a aposentadoria integral restou ineficaz, na medida em que para concessão de tal benefício não se exige idade ou "pedágio" - Cumpridos os requisitos previstos no artigo 201, § 7.º, inciso I, da CF, quais sejam, trinta e cinco anos de trabalho, se homem, ou trinta anos, se mulher, além da carência prevista no artigo 142, da Lei n.º 8.213/91, antes ou depois da EC n.º 20/98 e, independentemente da idade com que conte à época, fará jus à percepção da aposentadoria por tempo de contribuição, atual denominação da aposentadoria por tempo de serviço. - A EC n.º 103/2019 alterou a redação do § 7.º do art. 201 da Constituição Federal e

estabeleceu, relativamente à aposentadoria por tempo de contribuição, quatro regras de transição para os segurados que, na data de sua entrada em vigor, já se encontravam filiados ao RGPS - É assegurada a aposentadoria por tempo de contribuição, nos moldes estabelecidos pela EC n.º 20/98, ao segurado que, até a data da entrada em vigor do novo regramento, tiver vertido 35 anos de contribuição, se homem, ou 30 anos de contribuição, se mulher - Para o trabalho exercido até o advento da Lei n.º 9.032/95, bastava o enquadramento da atividade especial de acordo com a categoria profissional a que pertencia ao trabalhador, segundo os agentes nocivos constantes nos róis dos Decretos n.º 53.831/64 e n.º 83.080/79, cuja relação é considerada como meramente exemplificativa - Com a promulgação da Lei n.º 9.032/95 passou-se a exigir a efetiva exposição aos agentes nocivos, para fins de reconhecimento da agressividade da função, através de formulário específico, nos termos da lei - Somente a partir da publicação do Decreto n.º 2.172/97 tornou-se legitimamente exigível a apresentação de laudo técnico a corroborar as informações constantes nos formulários SB-40 ou DSS-8030. - Legislação aplicável à época em que foram prestadas as atividades, e não a do momento em que requerida a aposentadoria ou implementadas as condições legais necessárias - A partir de 1/1/2004, o PPP constitui-se no único documento exigido para fins de comprovação da exposição a agentes nocivos, em substituição ao formulário e ao laudo técnico pericial. - O PPP que contemple períodos laborados até 31/12/2003 mostra-se idôneo à comprovação da atividade insalubre, dispensando-se a apresentação dos documentos outrora exigidos - A deficiência nas informações constantes do PPP, no tocante à habitualidade e permanência da exposição a agentes nocivos e à eficácia do EPI, não faz prova, por si só, em desfavor do segurado - A exposição aos agentes biológicos previstos nos Decretos n.º 53.381/64, n.º 83.080/79, n.º 2.172/97e n.º 3.048/99 é considerada nociva à saúde, devendo sua aferição observar o critério qualitativo e não quantitativo - Possibilidade da conversão do tempo especial em comum, sem a limitação temporal prevista no art. 28 da Lei n.º 9.711/98, mas observado o limite de 12/11/2019, véspera da data de entrada em vigor da EC n.º 103/2019 - Viabilidade da conversão do tempo de serviço comum em especial, prestado até 28/4/1995, quando o benefício for requerido anteriormente ao

advento da Lei n.º 9.032/95 (Tema 546 do STJ) - Descabido falar-se em impossibilidade de concessão da aposentadoria especial, em virtude da ausência de prévia fonte de custeio (STF, ARE 664.335/SC, com repercussão geral) - É garantido ao segurado que exerce suas atividades em condições especiais o cômputo do período em gozo de auxílio-doença como tempo de serviço especial (Tema 998 do STJ) - Somando mais de 25 anos de tempo de serviço até a data da DER, devida a conversão da aposentadoria por tempo de contribuição em aposentadoria especial, nos termos do art. 57 da Lei n.º 8.213/91 - As diferenças oriundas da revisão são devidas desde a data do requerimento administrativo, independentemente do fato de a comprovação que permitiu o reconhecimento da atividade como especial ter ocorrido somente em momento posterior, até mesmo em juízo, nos termos do entendimento definido pelo Superior Tribunal de Justiça - Reconhecimento da procedência do pedido formulado. (TRF-3 - ApCiv: 50102182820184036183 SP, Relator: Desembargador Federal AUDREY GASPARINI, Data de Julgamento: 24/11/2020, 8ª Turma, Data de Publicação: Intimação via sistema DATA: 27/11/2020) (JUSBRASIL, 2020)

Na leitura destas jurisprudências, essencialmente as realizadas após a Reforma Previdenciária fica clara a tendência dos tribunais pátrios em entender que a declaração da empresa de que faz uso de EPI em ambientes laborais nocivos à saúde do trabalhador não é suficiente para evitar o risco de prejudicar a sua saúde, assim a norma regulatória da Reforma Previdenciária está ferindo veementemente a legislação trabalhista.

6 ENCAMINHAMENTO METODOLOGICO

O encaminhamento metodológico desta pesquisa pautou-se inicialmente pela pesquisa bibliográfica e documental, e em seguida por uma descrição investigativa de decisões dos tribunais pátrios relacionado ao tema.

Assim, pela pesquisa bibliográfica e documental este estudo adicionou a comparação dos critérios antes e depois da Reforma Previdenciária buscando em trabalhos realizados por outros pesquisadores e publicados em trabalhos científicos. pela disponibilidade de documentos oficiais que tratam do tema, disponíveis na internet ou em livros. Realizou-se assim um encaminhamento metodológico fundamentado na pesquisa explicativa, qualitativa descritiva.

Em relação à pesquisa bibliográfica coletada em livros, e também em periódicos e artigos disponibilizados na internet seguiu-se o ensinamento de Cervo e

Bervian (2012, p.65) quando afirmam que ela “procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em documentos.” Estas referências representam um “conjunto de conhecimentos reunidos em obras” (FACHIN, 2005, p.125). Para Gil (2002), os conhecimentos publicados e disponibilizados como literatura, já foram comprovados e assim podem ser usados como verdades sobre o tema, o que induz a uma pesquisa com embasamento teórico acrescentando verdades encontradas em documentos que comprovam o fato narrado. Os livros e artigos de revistas dão tratamento específico que resultam em interpretação científica e tem como escopo apresentar contribuição relevante para a ciência (FACHIN, 2005)

O levantamento documental foi realizado visando tecer comentários e análises dos dispositivos e diretrizes das leis que a política governamental dispensou para o tema da aposentadoria especial verificando não somente a visão política social sobre o tema, como também as providências legalmente amparadas para que haja preservação deste benefício previdenciário

Segundo Marconi e Lakatos (2010, p.157), “a característica da pesquisa documental é que a fonte de coleta de dados está restrita a documentos, escritos ou não, constituindo o que se denomina de fontes primárias.”

A pesquisa explicativa de acordo com Cervo e Bervian (2012) permite a consecução de um projeto investigativo, que por seu carácter explicativo tem como objetivo central embasar o estudo na ciência, e assim torna possível articular equilibradamente o trabalho teórico com o trabalho empírico.

Por sua vez, a pesquisa descritiva de acordo com Cervo e Bervian (2012) permite responder aos porquês levantados para realização do estudo mediante uma consulta empírica. Ela coloca à prova afirmações do sentido comum, ou seja, confirma aquilo que já se sabe apresentando resultados concretos. Em relação à pesquisa descritiva, Cervo e Bervian (2012, p. 66) comentam que por ela o pesquisador “observa, registra, analisa e correlaciona fatos ou fenômenos (variáveis) sem manipulá-los. Procura descobrir, com a precisão possível, a frequência com que um fenômeno ocorre, sua relação e conexão com outros, sua natureza e características”. Assim, pela pesquisa descritiva, fez-se uma análise dos diversos desafios enfrentados pelos profissionais de apoio, quando se realizou a investigação empírica do objeto do estudo, pois seguindo Marconi e Lakatos (2010, p.170), esta pesquisa “consiste em investigações de pesquisa empírica cuja principal finalidade é o delineamento ou análise das características de fatos ou fenômenos, a avaliação de programas ou o isolamento de variáveis principais ou chave.”

Pela pesquisa qualitativa, conforme Cervo e Bervian (2012) é possível compreender certos fenômenos comportamentais através da coleta de **dados**

narrativos e estudar cada um desses dados de forma que as informações coletadas não buscam mensurar um tema, mas sim descrevê-lo, valendo-se de impressões, pontos de vista e opiniões dos pesquisados.

A abordagem do tema pela pesquisa qualitativa foi determinada por esta ser a mais indicada para a construção de teorias e não limita o aprendizado por ser uma pesquisa menos restrita, além de proporcionar inspiração e flexibilidade. (Sutton, 1997) leciona que a relevância da pesquisa qualitativa é verificar se ela proporciona ou não novos *insights*, porém se estes serão rigorosamente comprovados é irrelevante. De acordo com Silva (2011, p. 20),

(...) a interpretação dos fenômenos e a atribuição dos significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa. Não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas. O ambiente natural é a fonte direta para a coleta de dados e o pesquisador é o instrumento-chave [...] os pesquisadores tendem a analisar seus dados indutivamente. O processo e seu significado são os focos principais de abordagem.

Sob este embasamento metodológico fundamentaram-se os comentários relacionados à inclusão da pessoa autista no contexto escolar do ensino regular, partindo do pressuposto registrado na Cartilha (2011, p. 11) de que a inclusão escolar

É uma política que busca perceber e atender às necessidades educativas especiais de todos os alunos, em salas de aulas comuns, em um sistema regular de ensino, de forma a promover a aprendizagem e o desenvolvimento pessoal de todos. Na proposta de educação inclusiva todos os alunos devem ter a possibilidade de integrar-se ao ensino regular, mesmo aqueles com deficiências ou transtornos de comportamento, de preferência sem defasagem idade-série. A escola, segundo essa proposta, deverá adaptar-se para atender às necessidades destes alunos inseridos em classes regulares. Portanto, requer mudanças significativas na estrutura e no funcionamento das escolas, na formação dos professores e nas relações família-escola

Para sistematizar os critérios para a concessão da aposentadoria especial elegeu-se como universo de pesquisa as Normas Regulamentadoras e uma retrospectiva da legislação previdenciária e da legislação trabalhista.

Quanto às questões que deram andamento ao trabalho buscou-se em teorias os aportes científicos necessários para ler a realidade e entender os argumentos

práticos e políticos sobre o tema. A literatura específica na área da segurança do trabalho foi abordada, respaldando a visão dos processos corretos e sustentáveis, acrescentando que durante o desenvolvimento da pesquisa foi necessário um constante aprofundamento da literatura para que se pudesse refletir sobre as categorias teóricas e empíricas do objeto de estudo, deixando aberta a proposta metodológica para que fosse melhorada, realizando avaliações constantes.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo propiciou o entendimento de que o Brasil, mesmo dispondo de farta legislação na área de segurança e saúde do trabalhador, ainda está precisando de normas regulatórias que concretizem de fato os critérios da aposentadoria especial sem deixar dúvida interpretação.,

O advento da Reforma Previdenciária trouxe intensas e contraditórias alterações para a concessão da aposentadoria especial chegando às vias de se interpretar para o futuro a sua extinção. As mudanças da Reforma Previdenciária, tem o condão de dificultar o segurado em obter aposentadoria especial, da forma como foi idealizada, pois, as exigências dos critérios para sua concessão ficaram quase que inalcançáveis devido a imposição pelo Sistema de Previdência Social

Respondendo ao questionamento para realizar esta pesquisa pode-se apontar que várias foram as alterações realizadas pela Reforma Previdenciária, mas quer no presente trabalho foram colocadas em discussão as relacionadas ao tempo de carência para a concessão da aposentadoria especial, à conversão do tempo de contribuição especial em comum e a destituição de critério para caracterizar o direito à aposentadoria especial pela existência de EPI no ambiente labora.

Sob estes três temas, percebeu-se que precisa haver maior clareza e definição nas normas regulatórias para evitar incongruências entre a legislação trabalhista e a legislação previdenciária, conforme tem sido amplamente debatido nos tribunais pátrios.

Conclui-se que os legisladores estão atentos para que haja leis suficiente para garantir a proteção, conferindo a existência de um meio ambiente laborativo, sadio e equilibrado em relação à preservação da saúde e integridade física do trabalhador. Lembrado que tal atenção está vinculada à eficácia dos direitos sociais consagrados na Constituição Federal de 1988 entre os quais se destacam a saúde, o trabalho, a segurança e a Previdência Social.

A aposentadoria especial para o trabalhador, trata-se de uma garantia não somente para exercer seu ofício com dignidade, mas também para gozar dos aludidos

direitos. Já as empresas poderão aumentar sua produtividade com trabalhadores seguros e saudáveis. Mais do que um mero objetivo, a consagração da saúde do trabalhador deve ser visualizada como um bem jurídico, resultado de avanços legislativos e constitucionais.

REFERÊNCIAS

BRASIL (1978) Ministério do Trabalho. **Portaria 3.214, 08 de junho de 1978. NR – 15.** Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr15.htm>>. Acesso em: 20 janeiro 2021.

BRASIL (1999). **Decreto n. 3.048 de 6 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1999/decreto-3048-6-maio-1999-368532-publicacaooriginal-96753-pe.html>>. Acesso em 20 janeiro 2021.

BRASIL (1999). Ministério do Desenvolvimento Social e Agrário Conselho de Recursos do Seguro Social-CRSS. **Enunciado n. 20.** Editado pela Resolução n. 1 de 11 de novembro de publicada no DOU de 18 de novembro de 1999. Disponível em: <http://www.mds.gov.br/webarquivos/inss/CRPS/jurisprudencia_administrativa/ENU_NCIADOS%20DO%20CRSS%20-%201%20A%2039%20-%20PDF.pdf>. Acesso em: 20 janeiro 2021.

Brasil (2019). Reforma Previdenciária – Emenda Constitucional de 12 de novembro de 2019. **Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em: 29 janeiro 2021.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** 11. ed. São Paulo: LTr, 2012.

ENIT – Escola Nacional da Inspeção do Trabalho. **Norma Regulamentadora Nº 15 (NR-15).** Disponível em: <<https://sit.trabalho.gov.br/portal/index.php/ctpp-nrs/nr-15?view=default>>. Acesso em 20 janeiro 2021.;

FREUDENTHAL, Sergio Pardal. **Aposentadoria especial.** São Paulo : LTr, 2000

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

OLIVEIRA, Regina Márcia Rangel de. **A Abordagem das Lesões por Esforços Repetitivos/Distúrbios Osteomoleculares Relacionados ao Trabalho – LER/DORT.**

Centro de Referência em Saúde do Trabalhador do Espírito Santos – 79 CRST/ES. (Mestrado) Fundação Oswaldo Cruz, Escola Nacional de Saúde Pública, 2001.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo. **Proteção jurídica à saúde do trabalhador**. 2 ed. São Paulo; Ltr, 1999.

BRASIL (1978) **Portaria N. 3.214, de 08 de junho de 1978. Normas Regulamentadoras**. Aprova as Normas Regulamentadoras-NR-do capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, relativas à Segurança e Medicina do Trabalho. Disponível em: < <http://www.ctpconsultoria.com.br/pdf/Portaria-3214-de-08-06-1978.pdf>>. Acesso em 10 dezembro 2020,

PORTELA, Felipe Mêmolo. A **inconsistência regulatória da insalubridade por exposição ao ruído ocupacional**: diagnóstico e propostas de superação. 189ff. 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo.

SALIBA, Tuffi Messias. **Manual prático de avaliação e controle de poeira e outros particulados**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2002.

SHERIQUE, Jaques. **Aprenda como fazer demonstrações ambientais**: PPRA, PCMAT, PGR, LTCAT, laudos técnicos, perfil profissiográfico previdenciário – PPP, custeio da aposentadoria especial, GFIP. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

RIBEIRO, MARIA HELENA CARREIRA ALVIM RIBEIRO, em sua obra **Aposentadoria Especial**. Curitiba: Juruá, 2019.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da previdência social**. 5. ed. Curitiba: Juruá, 2012.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de **Manual de direito previdenciário** / Carlos Alberto Pereira de Castro, João Batista Lazzari. – 21.ed. Rio de Janeiro: Forense ,2018.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Albim. **Aposentadoria Especial – Regime Geral da Previdência Social**. Rio de Curitiba: Juruá, 2004. p.

GODOY, Fabiana Fernandes de. **Manual Prático da advocacia previdenciária**. 9. ed. Leme, SP: JH Mizuno,2020

MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Aposentadoria Especial**. 2. ed., São Paulo: LTr, 1999. Disponível em: <http://www.ltr.com.br/loja/folheie/4981.pdf>

BRASIL (1943). Decreto-lei n. 6452 de 1 de maio de 1943. CLT. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em 10 de dezembro 2020

BRASIL (2001) Instrução Normativa 42 INSS, de 22 de janeiro de 2001 – DOU 24 de janeiro de 2001. **Previdência Social – aposentadoria especial normas** Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/legislacao/11805/instrucao-normativa-inss-42-2001/>>. Acesso em: 20 janeiro 2020.

BRASIL (2002). Ministério da Previdência e Assistência Social - Instituto Nacional do Seguro Social Diretoria Colegiada. Instrução Normativa n. 78, de 16 de julho de 2002. DOU de 19 de julho de 2002. Informações sobre atividades exercidas em condições especiais. Disponível em: <dioramagister.com/doc_355382_INSTRUCAO_NORMATIVA_N_78_DE_16_DE_JULHO_DE_2002.aspx>. Acesso em: 30 janeiro 2020.

BRASIL (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 11 de dezembro 2020.

CERVO, Amado Luiz; BERVIAN, Pedro Alcino. **Metodologia científica**. 5. ed. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2002.

FACHIN, Odilia. **Fundamentos de metodologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

GROTT, João Manoel. **Meio ambiente do trabalho** – prevenção a salvaguarda do trabalhador. Curitiba: Juruá, 2003.

SUSSEKIND, Arnaldo Lopes. **Convenções da OIT**

A GÊNESE E EVOLUÇÃO NORMATIVA DA APOSENTADORIA POR EXPOSIÇÃO A AGENTE NOCIVO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA FEDERAL

STÊNIO LEÃO GUIMARÃES: Advogado, inscrito na OAB/SE nº 12.371, Bacharel em Direito, graduado na Universidade Federal de Sergipe UFS, Especialista em Contabilidade Pública e Responsabilidade Fiscal no Centro Universitário UNINTER, Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Estácio de Sá UNESA e Especializando em Direito Processual Civil pelo Complexo Educacional Renato Saraiva.

Resumo: A aposentadoria especial por exposição a agentes nocivos originou-se de inúmeros mandados de injunção ao Supremo Tribunal Federal por causa da ausência de lei complementar que efetivasse o direito à aposentadoria especial garantido pela Magna Carta. Essas decisões judiciais provocaram a edição das primeiras normativas para a concessão do benefício na administração pública federal. Posteriormente, o Supremo Tribunal Federal garantiu o direito à aposentadoria especial a todos os servidores que laboram em condições insalubres que danificam a saúde com a edição da Súmula Vinculante nº 33. Atualmente a Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 regula a matéria estabelecendo o rito específico e os documentos necessários para concessão do benefício. O presente trabalho abordará a origem da aposentadoria por exposição a agente nocivo até a EC nº 103/2019 quando fora regulamentada constitucionalmente em nosso ordenamento jurídico.

Palavras-chave: Aposentadoria especial. Súmula vinculante nº 33. Reconhecimento de tempo especial.

Abstract: Special retirement due to exposure to harmful agents originated from numerous court injunctions to the Supreme Federal Court by reason of the absence of a complementary law that would enforce the right to special retirement guaranteed by Magna Carta. These judicial decisions led to the publication of the first regulations for granting the benefit in the federal public administration. Subsequently, the Supreme Federal Court guaranteed the right to special retirement to all public servants who work in unhealthy conditions that damage their health with the edition of Binding Precedent No. 33. Currently, Normative Guidance SGP/MPOG No. 16/2013 regulates the matter establishing the specific rite and the necessary documents to concede the benefit. This work will discuss the origin of retirement due to exposure to the harmful agent until EC No. 103/2019, when it was regulated in our legal system.

Keywords: Special retirement. Binding Precedent No. 33. Recognition of special time.

Sumário: 1. Introdução. 2. A origem e evolução da aposentadoria por exposição a agente nocivo no regime próprio de previdência da união. 3. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Há mais de 11 anos a aposentadoria especial por exposição a agentes nocivos está disponível aos servidores públicos federais. A sua gênese é produto de inúmeros mandados de injunção ao Supremo Tribunal Federal.

A construção da jurisprudência resultou na edição da Súmula Vinculante nº 33 que garantiu o direito à aposentadoria especial a todos os servidores que laboram em condições insalubres que danificam a saúde nas mesmas regras estipuladas pelo Regime Geral de Previdência Social.

A regulamentação sobre o reconhecimento do tempo especial e documentos necessários evoluiu através das Orientações Normativas SRH/MPOG nº 6/2010, 10/2010 e a Instrução Normativa SRPPS/MPS nº 1, de 22/11/2010.

Atualmente está vigente a Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 que possibilita a concessão do benefício se cumprido o requisito de 25 anos de efetiva exposição até 13/11/2019, data de publicação da EC nº 103/2019. Atualmente a referida Orientação Normativa é utilizada no sentido de nortear a concessão do benefício no que tange o rito específico do processo e documentação necessária.

O presente trabalho busca, através de uma pesquisa normativa e jurisprudencial, apontar a origem da aposentadoria por exposição a agente nocivo na administração pública federal, bem como as inovações da EC nº 103/2019.

2. A ORIGEM E EVOLUÇÃO DA APOSENTADORIA POR EXPOSIÇÃO A AGENTE NOCIVO NO REGIME PRÓPRIO DE PREVIDÊNCIA DA UNIÃO

A aposentadoria especial por condições insalubres para os regimes próprios de previdência social surgiu com a Reforma Previdenciária de 1998, promovida pela Emenda Constitucional nº 20 do mesmo ano.

Proposta pelo Poder Executivo Federal em 1994 no início do governo de Fernando Henrique Cardoso a EC nº 20/98 alterou o §4º do Art. 40 da CRFB/88. Citemos o dispositivo:

Art. 40

(...)

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime

de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15/12/98)

Como definido, a aposentadoria por condições especiais que prejudiquem a saúde ou integridade física necessitava de uma lei complementar para que pudesse ser requerida para os servidores de cargo efetivo.

Posteriormente, o supracitado § 4º do Art. 40 fora alterado numa reforma previdenciária realizada no governo de Luiz Inácio Lula da Silva em 2005, através da EC nº 47/2005. Essa alteração ampliou significativamente as modalidades de aposentadoria especial, como se percebe abaixo:

Art. 40

(...)

§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

I portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

II que exerçam atividades de risco; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005) (LC nº 51/85)

III cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)

Apesar da alteração, todas as modalidades de aposentadoria especial necessitavam de uma regulamentação por lei complementar sobre o benefício.

Diante da ausência de interesse político para aprovação de uma lei que regulamentasse a aposentadoria por exposição a agentes nocivos à saúde, a força sindical promoveu mandados de injunção ao Supremo Tribunal Federal.

O mandado de injunção é um remédio constitucional com o objetivo de suprimir lacunas regulamentadoras que torne inviável o exercício de direitos e liberdades estabelecidas na constituição conforme disposto no Inciso LXXI do Art. 5º da CRFB/88.

Outrossim, surgiram em meados de 2009 e 2010 uma série de mandados de injunção, principalmente impetrados pelos sindicatos e associações sindicais requerendo para seus representados o direito de se aposentar por condições especiais de acordo com o Regime Geral de Previdência Social.

No Regime Geral de Previdência Social esta modalidade de aposentadoria estava prevista no Plano de Benefícios da Previdência Social, Lei Federal nº 8.213/91 regulamentado no Art. 57 que segue *in verbis*.

Art. 57. A aposentadoria especial será devida, uma vez cumprida a carência exigida nesta Lei, ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme dispuser a lei. (Redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995)

Deste modo, os mandados de injunção buscavam obter para os servidores públicos federais a aposentadoria especial por condições insalubres por 25 anos de efetiva exposição.

Cita-se, por exemplo, o Mandado de injunção nº 880 de 6 de maio de 2009 de autoria da Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal – CONDSEF e do Sindicato Nacional dos Docentes das Instituições de Ensino Superior - ANDES-SN e o Mandado de injunção nº 1554 de 18 de fevereiro de 2010 de autoria da Federação de Sindicatos de Trabalhadores das Universidades Brasileira-FASUBRA-SINDICAL e do Sindicato dos Trabalhadores nas Instituições Federais de Ensino Superior – SINDIFES. Vale mencionar que inúmeros outros mandados de injunção surgiram naquele período.

O êxito dessas ações judiciais demandou o Órgão Central do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC), o então, Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no sentido de editar normas sobre a análise e concessão do benefício, já que o mesmo a competência em regular a matéria de pessoal no âmbito do poder executivo federal de acordo com o Parágrafo Único do Art. 17 da Lei Federal nº 7.923/1989.

O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão editou a Orientação Normativa SRH/MPOG nº 6/2010. A referida Orientação Normativa tinha o objetivo de

conceder a aposentadoria especial de acordo com o Art. 57 da Lei Federal nº 8.213/91 para os servidores públicos federais amparados por Mandados de Injunção.

Posteriormente, fora editada a Orientação Normativa SRH/MPOG nº 10/2010 regulamentando melhor a matéria e trazendo a possibilidade de pagamento de abono de permanência. No fim do mesmo ano, o Ministério da Previdência Social editou a Instrução Normativa SRPPS/MPS nº 1, de 22/11/2010 que fixou o procedimento de reconhecimento do tempo de serviço público exercido sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física para os regimes próprios de previdência social para fins de concessão de aposentadoria especial aos servidores públicos amparados por Mandado de Injunção.

A Instrução Normativa SRPPS/MPS nº 1/2010 trazia com mais profundidade os meios de comprovação do tempo de exposição bem como os principais marcos temporais que deveriam ser observados. Então, o Órgão Central do SIPEC editou a Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 com teor similar ao fixado na Instrução Normativa do Ministério da Previdência Social.

Diante dos inúmeros julgados via mandado de injunção, em 24/4/2014, pacificando o entendimento sobre as aposentadorias especiais, o STF emitiu a Súmula Vinculante nº 33 determinando:

Aplicam-se ao servidor público, no que couber, as regras do regime geral da previdência social sobre aposentadoria especial de que trata o artigo 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, até a edição de lei complementar específica.

Posteriormente, o STF editou em 29/05/2014 o Tema nº 727 de Repercussão Geral ao analisar o *Leading Case*: RE 797905 atraindo para si a competência para julgar os mandados de injunção sobre a temática.

A Súmula Vinculante nº 33 possibilitou a concessão da aposentadoria para o servidor exposto em condições insalubres de forma administrativa para todos os servidores públicos de cargo efetivo, ou seja, com efeito *erga omnes*. Diferentemente da situação anterior em que os efeitos do mandado de injunção somente atingiam para aqueles que eram amparados por Mandado de Injunção, ou seja, com efeito *inter partes*.

Deste modo, a Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 foi atualizada pela Orientação Normativa nº 5/2014 garantindo o acesso a qualquer servidor público federal, por força da Súmula Vinculante nº 33.

Então, para o servidor federal amparado por mandado de injunção ter acesso à análise do benefício era necessário a cópia da decisão por mandado de injunção, declaração ou contracheque que comprove o vínculo e o parecer de força executória da assessoria jurídica. Após a Súmula Vinculante nº 33 o servidor federal somente precisava requerer.

Com a aplicação da Lei Federal nº 8.213/91, a aposentadoria especial por exposição a agentes nocivos depende da comprovação de 25 anos de efetiva exposição, gerando um benefício com proventos calculados pela média aritmética de 80% das maiores contribuições, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, a partir de julho de 1994 ou de quando iniciar o período contributivo, se posterior àquela competência, com reajuste do benefício conforme o INPC (reajuste do RGPS).

Para a caracterização do tempo há que se mencionar o marco temporal da Lei nº 9.032/1995 de 28 de abril de 1995 que se retirou a presunção de exposição a agentes nocivos para determinadas categorias profissionais como médicos, enfermeiros e engenheiros de construção civil.

Após 29 de abril de 1995 a 5 de março de 1997 o enquadramento por atividade especial se dá pelo Quadro anexo ao Decreto Federal nº 53.831/1964. De 6 de março de 1997 até 6 de maio de 1999 o enquadramento de atividade especial observará a relação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física de acordo com Anexo IV do Regulamento dos Benefícios da Previdência Social aprovado pelo Decreto Federal nº 2.172/1997.

Por fim, a partir de 7 de maio de 1999, o enquadramento de atividade especial observará a relação dos agentes nocivos prejudiciais à saúde ou à integridade física de acordo com o Anexo IV do Regulamento da Previdência Social, aprovado pelo Decreto nº 3.048, de 6 de maio de 1999.

Vale mencionar que todos os quadros conforme os marcos temporais estão disponíveis na Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013.

Para que haja o reconhecimento do regime de previdência do tempo especial é necessário a emissão do Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP (regulamentado pela IN INSS/DC 99/2003) a partir de 01/01/2004. Conforme Art. 14 da Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 o PPP será emitido pelo órgão ou entidade responsável pelos assentamentos funcionais do servidor público.

A Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 prevê ainda que é possível o reconhecimento de outros formulários editados antes de 01/01/2004 como por exemplo o DIRBEN-8030, regulamentado pela IN INSS/DC 39 de 26/10/2000 (emitidos

entre 26/10/2000 e 31/12/2003), o DSS-8030, regulamentado pela OS INSS/DSS 518 de 13/10/1995 (emitidos entre 13/10/1995 e 25/10/2000), o DISES BE 5235, regulamentado pela Resolução INSS/PR 58 de 16/09/1991 (emitidos entre 16/09/1991 e 12/10/1995) e o SB-40, regulamentado pela OS SB 52.5 de 13/08/1979 (emitidos entre 13/08/1979 e 11/10/1995).

Merece mencionar que a Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 exige a edição do Laudo Técnico de Condições Ambientais de Trabalho – LTCAT para concessão do benefício. Equiparam-se ao laudo citado, os laudos técnico-periciais emitidos por determinação da Justiça do Trabalho, em ações trabalhistas, acordos ou dissídios coletivos, os laudos emitidos pela Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho (Fundacentro) e os laudos emitidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) ou pelas Delegacias Regionais do Trabalho (DRT).

Conforme o Art. 15 da Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 o LTCAT deverá ser emitido por médico do trabalho, ou engenheiro com especialização em segurança do trabalho que integre, de preferência, o quadro funcional da Administração Pública responsável.

Além disso, é necessário o parecer da perícia médica, elaborado por médico do trabalho, em relação ao enquadramento por exposição a agentes nocivos e a portaria de designação do servidor para operar com raios X e substâncias radioativas, se for o caso.

Vale mencionar que a Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 reconhece o direito ao Abono de Permanência, conforme o Art. 23. Há ainda a vedação de averbação de tempo de serviço como especial, conforme o Art. 25, bem como solicita a revisão de todas aposentadorias concedidas com base nas ON SRH nº 6/2010 e ON SRH nº 10/2010 ainda não registradas no sistema do Tribunal de Contas da União, conforme os artigos 27 e 28.

Um dos pontos controversos é a abrangência da aplicação da Orientação Normativa. Uma corrente defende que como Orientação Normativa é direcionada aos órgãos do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC), a normativa somente se aplicaria ao âmbito federal. Só podendo reconhecer como tempo especial aquele exercido em órgãos federais.

Alguns órgãos aplicando o AC nº 3129/2010-TCU-Plenário reconhecem a possibilidade de contagem de tempo especial em outros entes da federação para conversão de tempo especial em comum. Citemos a ementa da jurisprudência:

CONSULTA. CÔMPUTO, COM ACRÉSCIMO, PARA EFEITO DE APOSENTADORIA ESTATUTÁRIA, DO TEMPO DE SERVIÇO EXERCIDO COMO CELETISTA, NO SERVIÇO PÚBLICO ESTADUAL OU MUNICIPAL, SOB CONDIÇÕES INSALUBRES, PERIGOSAS OU PENOSAS, NO PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 8.112/1990. DÚVIDA SUSCITADA NA APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELO TCU, MEDIANTE O ACÓRDÃO Nº 2008/2006-PLENÁRIO. CONHECIMENTO EM CARÁTER EXCEPCIONAL. ESCLARECIMENTOS A RESPEITO DA MATÉRIA. A contagem especial de tempo de serviço, para efeito de aposentadoria estatutária, admitida pelo Acórdão nº 2008/2006-TCU-Plenário, diz respeito ao tempo de serviço prestado como celetista, no serviço público, sob condições insalubres, perigosas ou penosas, no período anterior à vigência da Lei nº 8.112/1990, em qualquer esfera de governo (federal, estadual ou municipal).

A interpretação restritiva da Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 parece ser um equívoco na ótica da Súmula Vinculante nº 33. O Supremo Tribunal Federal através da súmula buscou ampliar o direito enquanto não houvesse uma legislação específica sobre a aposentadoria especial para o servidor de cargo efetivo. A súmula é clara em afirmar que enquanto não houver lei específica será aplicada a legislação do Regime Geral de Previdência Social - RGPS. Já a legislação do RGPS não restringe o reconhecimento do tempo especial oriundo de outros Regimes de Previdência, então não caberia o Regime Próprio de Previdência da União restringir a contagem de tempo especial de outros regimes de previdência.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 103/2019, reforma previdenciária proposta pelo poder executivo no governo de Jair Bolsonaro, o impasse parece ter sido resolvido por imposição do texto legal.

A Emenda Constitucional nº 103/2019 supriu a ausência de regulamentação da aposentadoria do antigo §4º do Art. 40. Com a reforma previdência de 2019, o Art. 40 foi reestruturado estabelecendo no § 4º-C do Art. 40 a aposentadoria por exposição a agente nocivo. Se cita o referido dispositivo:

Art. 40.

(...)

§ 4º-C. Poderão ser estabelecidos por lei complementar do respectivo ente federativo idade e tempo de contribuição diferenciados para aposentadoria de servidores cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos,

físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação.

Com a EC nº 103/19, o Artigo 40 é dotado de características norteadoras necessitando de leis complementares que regulamentem melhor a matéria. Trata-se do fenômeno de desconstitucionalização das regras previdenciárias para os regimes próprios de previdência social.

Apesar da previsão no §4º-C do Art. 40, para que seja aplicada em sua plenitude, a aposentadoria especial por exposição não é acessível neste fundamento. Porém, a EC nº 103/2019 estabelece uma regra transitória ao regramento permanente enquanto não é editada lei complementar regulamentando a matéria. Cita-se o dispositivo:

Art. 10. Até que entre em vigor lei federal que discipline os benefícios do regime próprio de previdência social dos servidores da União, aplica-se o disposto neste artigo.

(...)

§ 2º Os servidores públicos federais com direito a idade mínima ou tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria na forma dos §§ 4º-B, 4º-C e 5º do art. 40 da Constituição Federal poderão aposentar-se, observados os seguintes requisitos:

(...)

II - o servidor público federal cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, aos 60 (sessenta) anos de idade, com 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição e contribuição, 10 (dez) anos de efetivo exercício de serviço público e 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria;

Na prática, como se percebe no quadro abaixo, foram criados muitos outros requisitos para ter acesso ao benefício.

Gênero	Ambos
--------	-------

Idade	60 anos
Tempo no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos
Tempo de serviço público	10 anos
Tempo de efetiva exposição e contribuição	25 anos

Vale mencionar que houve alteração ao modo de cálculo dos proventos. A regra transitória ao regramento permanente previsto no Inciso II do § 2º do Art. 10 combinado com o Art. 26 da EC nº 103/2019 gera proventos de acordo com a média aritmética de 100% das maiores contribuições, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, a partir de julho de 1994 ou de quando iniciar o período contributivo, se posterior àquela competência, com reajuste do benefício conforme o INPC (reajuste do RGPS).

Além disso, o resultado será multiplicado pelo percentual de 60%, acrescido de 2% para cada ano que exceder 20 anos de tempo de contribuição, conforme §4º do Art. 10 combinado com o Inciso II, §2º do Art. 26 da EC 103/2019. Ou seja, como este tipo de aposentadoria exige pelo menos 25 anos de tempo de contribuição, no mínimo incidirá o percentual de 70% sobre a média aritmética.

Caso o servidor queira se aposentar com um provento maior, deverá trabalhar mais objetivando aumentar o percentual que incidirá na média aritmética.

Vale mencionar que a EC nº 103/2019 fixa uma regra de transição para os servidores públicos federais que já estavam no serviço público e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social filiado antes de 13/11/2019. Cita-se o dispositivo legal:

Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5

(cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de:

I - 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição;

II - 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e

III - 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição.

Destaca-se que esta regra de aposentadoria especial se aplica tanto para o servidor público federal como ao segurado filiado ao Regime Geral de Previdência Social. Conforme tabela abaixo, é possível perceber que a aposentadoria especial tem vários requisitos:

Requisitos	Aposentadoria com efetiva exposição em		
	15 anos	20 anos	25 anos
Efetiva exposição	15 anos	20 anos	25 anos
Pontos (Idade + Tempo de Contribuição)	66	76	86
Serviço Público	20 anos		
Tempo no cargo em que se der a aposentadoria	5 anos		

Como a regra se aplica ao servidor público federal e ao segurado do Regime Geral de Previdência Social, o tempo de efetiva exposição poderá ser contabilizado de qualquer regime de previdência, desde que seja reconhecido no referido regime e seja atestado via Certidão de Tempo de Contribuição, conforme Inciso III do Parágrafo Único do Art. 5º da Portaria MPS nº 154/2008.

Outro ponto que merece consideração é a contabilização do requisito tempo de contribuição que está na fórmula do cálculo da pontuação. Pela inteligência do artigo será possível contar tempo comum sem efetiva exposição a agentes nocivos.

Conforme § 2º do Art. 21 da EC nº103/2019, os proventos terão cálculo definido em lei. Porém, será aplicado conforme Inciso VI, §2º do Art. 26 da EC nº 103/2019 a regra de transição ao regramento permanente da média aritmética de 100% das maiores contribuições, atualizadas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor - INPC, a partir de julho de 1994 ou de quando iniciar o período contributivo, se posterior àquela competência, com reajuste do benefício conforme o INPC (reajuste do RGPS). Multiplicando a média obtida pelo percentual de 60% acrescido de 2% para cada ano que exceder 20 anos de tempo de contribuição.

No serviço público raramente será concedido aposentadoria por agente nocivo por 15 anos ou 20 anos de exposição. Isso se deve pois o Anexo IV do Decreto Federal nº 3.048/99 destaca como possível se aposentar com 15 anos de efetiva exposição em trabalhos em atividades permanentes no subsolo de minerações subterrâneas em frente de produção, bem como elenca como possível se aposentar com 20 anos de efetiva exposição os trabalhos de mineração subterrânea cujas atividades sejam exercidas afastadas das frentes de produção e exposição a asbestos ou amianto. Esta posição é defendida por AMADO (2020, p 158) e KERTZMAN (2020, p. 155).

Outro ponto que merece destaque é a aplicação do Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 no que couber ao regramento imposto pela EC nº 103/2019. Dito isso, a administração pública federal deverá observar o rito específico, com toda a documentação que comprova a especialidade do tempo laboral para concessão do benefício.

Vale mencionar que as aposentadorias previstas no Inciso II do § 2º do Art. 10 da EC nº 103/2019 (regra transitória ao regramento permanente) e no Art. 21 da EC nº 103/2019 (regra de transição) podem conceder abono de permanência ao servidor, se cumprir os requisitos para se aposentar e decidir permanecer em atividade, conforme o § 5º do Art. 10 e o Art. 8 da EC nº 103/2019.

Por outro lado, se critica a concessão de abono de permanência para esta modalidade de aposentadoria. A aposentadoria especial normalmente tem critérios mais brandos em detrimento da aposentadoria comum, já que durante o labor, o profissional, em tese, está prejudicando a saúde devido contato diário com o agente nocivo.

O abono de permanência se trata de um benefício estipulado na EC nº 47/2005 em substituição da isenção de contribuição previdenciária criada na EC nº 20/98 e constitui uma retribuição pecuniária no valor equivalente à contribuição previdenciária

para aquele servidor que cumpre os requisitos para se aposentar e permanece em atividade.

Dessarte, permitir o pagamento de abono de permanência, numa situação em que cada dia que se passa o servidor danifica a sua saúde, com a máxima vênua, exorbita os fundamentos pelos quais incentivaram a gênese desse tipo de aposentadoria.

3. CONCLUSÃO

A aposentadoria especial por exposição a agentes nocivos é oriunda sobretudo da luta dos servidores e sua representação sindical. Menciona-se que a Súmula Vinculante nº 33 provocou grande avanço social no sentido de possibilitar aposentadoria especial àquele que está exposto a agentes nocivos por 25 anos. Tirando-lhe o ônus de laborar até 35 anos de tempo de contribuição para ter acesso à aposentadoria comum.

Merece destacar que a aposentadoria especial por exposição a agente nocivo estipulada no Artigo 10 da EC nº 103/2019 tem requisitos pesados para a natureza da aposentadoria. Principalmente pelo fato que o servidor deverá trabalhar em contato com o agente nocivo até a idade de 60 anos.

Já a aposentadoria do Artigo 21 da EC nº 103/2019 tem regras mais brandas para aqueles que já estavam no serviço público, porém mais difíceis quando se compara com o regramento anterior à EC nº 103/2019, quando o único requisito solicitado era 25 anos de efetiva exposição a agente nocivo nos termos da Orientação Normativa SGP/MPOG nº 16/2013 por força vinculante nº 33.

O principal desafio da administração pública federal é ter uma equipe alinhada no sentido de compreender a natureza do benefício, já que reúne vários profissionais de áreas distintas (medicina do trabalho, segurança do trabalho, direito e administração).

Já os Regimes Próprios de Previdência deverão equacionar os procedimentos na emissão de Certidão de Tempo de Contribuição, atestando o tempo especial para viabilizar a contagem recíproca de tempo de serviço para a aposentadoria especial.

Referências

AMADO, Frederico. **Reforma da Previdência comentada**. Salvador: Juspodvim, 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. **Emenda Constitucional Nº 20, de 15 de Dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. **Emenda Constitucional Nº 47, de 5 de Julho de 2005**. Altera os arts. 37, 40, 195 e 201 da Constituição Federal, para dispor sobre a previdência social, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc47.htm. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. **Emenda Constitucional Nº 103, de 12 de Novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 8.112/90**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 8.213/91**. 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 16 de abril de 2021.

_____. **Lei Federal nº 9.032/1995**. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9032.htm. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 3.048/1999**. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. **Decreto Federal nº 2.172/1997**. Aprova o Regulamento dos Benefícios da Previdência Social. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2172.htm. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Instituto Nacional do Seguro Social. **IN INSS/DC 99/2003**. Estabelece critérios a serem adotados pelas áreas de Benefícios e da Receita Previdenciária.. Disponível em: <https://www.legisweb.com.br/legislacao/?id=75578>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Tribunal de Contas da União. **Acórdão nº 3129/2010 – Plenário**. Relator: Valmir Campelo. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/pesquisa/acordao-completo>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Orientação Normativa SRH/MPOG nº 6/2010**. Estabelece orientação aos órgãos e entidades integrantes do SIPEC quanto à concessão de aposentadoria especial de que se trata o Art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (Regime Geral de Previdência Social), aos servidores públicos federais amparados por Mandados de Injunção. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Orientação Normativa SRH/MPOG nº 6/2010**. Estabelece orientação aos órgãos e entidades integrantes do SIPEC quanto à concessão de aposentadoria especial de que se trata o Art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (Regime Geral de Previdência Social), aos servidores públicos federais amparados por Mandados de Injunção. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Orientação Normativa SRH/MPOG nº 10/2010**. Estabelece orientação aos órgãos e entidades integrantes do SIPEC quanto à concessão de aposentadoria especial de que trata o art. 57 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991 (Regime Geral de Previdência Social), aos servidores públicos federais amparados por Mandado Injunção. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Orientação Normativa Nº16, de 23 de dezembro de 2013**. Esta Orientação Normativa estabelece orientações aos órgãos e entidades integrantes do Sistema de Pessoal Civil da Administração Federal (SIPEC) quanto aos procedimentos administrativos necessários à instrução e à análise dos processos que visam ao reconhecimento do direito à aposentadoria especial com fundamento no art. 57 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de

1991, aplicável por força da Súmula Vinculante nº 33 ou por ordem concedida em mandado de injunção. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. **Orientação Normativa nº 5, de 22 de julho de 2014**. Altera a Orientação Normativa SEGEP/MP nº 16, de 23 de dezembro de 2013. Disponível em: <https://legis.sigepe.planejamento.gov.br/legis/pesquisa>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Secretaria de Políticas De Previdência Social. **Instrução Normativa nº 1/2010**. Estabelece instruções para o reconhecimento, pelos Regimes Próprios de Previdência Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, do direito à aposentadoria dos servidores públicos com requisitos e critérios diferenciados, de que trata o art. 40, § 4º, inciso III da Constituição Federal, com fundamento na Súmula Vinculante nº 33 ou por ordem concedida em Mandado de Injunção. Disponível em: <http://sa.previdencia.gov.br/site/2016/06/INSTRUNORMATIVASPSn01de22jul2010atualizadaat26mai2014-2.pdf>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Ministério da Previdência Social. **Port. nº 154, de 15 de Maio de 2008**. Disciplina procedimentos sobre a emissão de certidão de tempo de contribuição pelos regimes próprios de previdência social. Disponível em: <https://progep.ufms.br/files/2020/06/Portaria-154-2008.pdf>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção nº 880 de 6 de maio de 2009**. MIN. EROS GRAU. Consulta Processual. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2634230>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Mandado de injunção nº 1554 de 18 de fevereiro de 2010**. MIN. JOAQUIM BARBOSA. Consulta Processual. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2690157>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 33**. Sessão Plenária de 09/04/2014. Consulta Jurisprudencial. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula784/false>. Acesso em 16 de abril de 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Tema nº 727 de Repercussão Geral**. Recurso Extraordinário nº 797905/SE. Relator(a): Min. LUIZ FUX Redator(a) do acórdão: Min.



EDSON FACHIN. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>. Acesso em 16 de abril de 2021.

KERTZMAN, Ivan. **Entendendo a reforma da previdência**. Salvador: Juspodvim, 2020.

A (IN)ACEITABILIDADE RACIONAL DAS INICIATIVAS DO JUIZ, EM MATÉRIA DE PERSECUÇÃO PENAL

ALVARO AUGUSTO M. V. ORIONE SOUZA:

Mestrando em Direito Processual Penal, pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

Resumo: O presente artigo traça brevemente a evolução das normas jurídicas, em termos de sua legitimação, como descrita por HABERMAS, para, na sequência, tentar verificar se as normas processuais penais que permitem decisões de ofício pelos juízes, no que toca à produção probatória ou à decretação de cautelares, resistiram ao critério da *aceitabilidade racional*, proposto pelo autor.

Palavras-chave: Iniciativas do juiz no processo penal. Imparcialidade do juiz. Aceitabilidade racional das normas.

Sumário: 1. Introdução; 2. As normas que autorizam a tomada de medidas de ofício, no processo penal, à luz da aceitabilidade racional de HABERMAS; 3. Conclusão; 4. Referências.

1. Introdução.

Em processo penal, talvez uma das garantias individuais mais críticas, e que até hoje apresenta maiores fragilidades e dificuldades de efetivação, seja a da *imparcialidade do juiz*.

Um dos grandes focos de discussão, em torno da *imparcialidade*, é o conjunto de dispositivos legais, vigentes em nosso ordenamento, os quais atribuem aos magistrados a prerrogativa de produzir provas de ofício, ou, igualmente sem provocação da acusação, decretar medidas cautelares contra o indivíduo alvo da persecução penal.

A experiência a que este artigo se propõe é a de tentar contribuir para o debate, através de uma leitura de HABERMAS, e da evolução, por ele descrita, das formas de legitimação do direito, perante os destinatários das normas.

Num caminho que vai da legitimação pelas experiências comuns, passando à legitimação pela força e pelo medo, até chegar à legitimação pela razão, HABERMAS afirma que, nas sociedades jurídicas mais evoluídas, a legitimidade das normas se imporia apenas na medida em que as mesmas se revestissem de *aceitabilidade racional*.

A ideia deste trabalho é, após conceituar essa *aceitabilidade racional*, procurar responder se as normas existentes, em nosso ordenamento processual penal,

e que autorizam a tomada de iniciativas processuais, pelo juiz, se apresentariam como racionalmente aceitáveis.

2. As normas que autorizam a tomada de medidas de ofício, no processo penal, à luz da *aceitabilidade racional* de HABERMAS.

Há, em nosso ordenamento processual penal, uma série de dispositivos, alguns deles datando da década de 1940 do século passado, quando nosso Código de Processo Penal foi editado, que permitem, ao magistrado, a tomada de certas iniciativas, ora vinculadas à produção probatória, ora à decretação de medidas cautelares em desfavor do réu ou investigado.

Como se verá adiante, muito se critica essas hipóteses legais de iniciativa processual do próprio juiz, as quais são vistas como resquícios de inquisitorialidade, num processo penal que deveria ser acusatório, ranços de épocas pretéritas, em que o regime processual era mais autoritário, e menos preocupado com as garantias fundamentais do acusado.

O debate a esse respeito, que não é novo, pode ser enriquecido, se a questão for abordada da perspectiva do que HABERMAS⁶ chama de *aceitabilidade racional*, perquirindo-se se as disposições legais que ainda franqueiam, ao juiz, espaço para que tome medidas por iniciativa própria no processo penal, resistiriam a esse critério de legitimação das normas jurídicas.

HABERMAS, delinea uma evolução, das formas de legitimação das normas, para que sirvam como meio de integração da sociedade. Evolução essa pautada pela maneira de se lidar com o *risco do dissenso*, o risco de que se venha a construir argumentações que desautorizem as razões de uma norma:

A tensão ideal que irrompe na realidade social remonta ao fato de que a aceitação de pretensões de validade, que cria fatos sociais e os perpetua, repousa sobre a aceitabilidade de razões dependentes de um contexto, que estão sempre expostas ao risco de serem desvalorizadas através de argumentos melhores e processos de aprendizagem que transformam o contexto.⁷

Segundo HABERMAS, a pretensão de verdade de uma proposição deve ser defensável contra possíveis objeções para, ao final, poder ser considerada o produto

6 HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

7 *Ibidem*, p. 57.

de um acordo racional a que chegam os integrantes do grupo, superando-se a ameaça do dissenso.

Numa fase inicial, o dissenso seria suprimido pelo contexto de experiências comuns do mundo da vida, caracterizado como aquilo que serve de pano de fundo ao consenso, pela familiaridade comum que lhe reconhecem os integrantes do grupo. HABERMAS fala num conjunto de lealdades, habilidades e padrões de interpretação compartilhados, como se lê:

A motivação racional para o acordo, que se apoia sobre o 'poder dizer não', tem certamente a vantagem de uma estabilização não-violenta de expectativas de comportamento. Todavia, o alto risco de dissenso (...) tornaria a integração social através do uso da linguagem orientado pelo entendimento inteiramente implausível, se o agir comunicativo não estivesse embutido em contextos do mundo da vida, os quais fornecem apoio através de um maciço pano de fundo consensual. (...) eles se alimentam das fontes daquilo que sempre foi familiar. Na prática do dia-a-dia, a inquietação ininterrupta através da experiência e da contradição, da contingência e da crítica, bate de encontro a uma rocha ampla e inamovível de lealdades, habilidades e padrões de interpretação consentidos.⁸

Nesse estágio, os integrantes do grupo não contestariam a validade das normas, pois a justificação das mesmas seria reconduzida a um conjunto de experiências, a um mundo da vida comum a todos. Parece intuitivo, por exemplo, que as regras que determinassem o papel de cada um na caçada, ou que uma parte da colheita fosse guardada para o inverno, não encontrariam resistência, porque a experiência comum coletiva era a de que, sem a necessária coordenação, não se apanhava presas maiores, ou de que sem provisões, passava-se fome nas estações mais severas.

Mas a validade através das experiências do mundo da vida só funcionava para grupos reduzidos, que compartilhassem de fato experiências comuns. Com o aumento da quantidade de integrantes e da complexidade de interrelações, já não se poderia mais esperar que as experiências do grupo fossem uniformes. Portanto, o dissenso surgiria, pois integrantes com experiências diferentes não reconheceriam validade às mesmas regras. O dissenso não era mais suprimido, se os destinatários da norma não tivessem um mesmo mundo da vida:

⁸ *Ibidem*, p. 40.

Quanto maior a complexidade da sociedade e quanto mais se ampliar a perspectiva restringida etnocentricamente, tanto maior será a pluralização de formas de vida e a individualização de histórias de vida, as quais inibem as zonas de sobreposição ou de convergência de convicções que se encontram na base do mundo da vida; (...)9

À medida em que as sociedades vão se tornando mais complexas, portanto, a supressão ao risco do dissenso se transfere, segundo HABERMAS, do conjunto de experiências cotidianas comuns, para a inquestionabilidade da autoridade que, com amparo no sagrado ou em instituições igualmente fortes, impõe a norma¹⁰. Se antes as normas não eram questionadas porque a experiência coletiva as corroborava, agora elas não o são por uma espécie de “manda quem pode, obedece quem tem juízo”, é dizer, em virtude do temor à autoridade que as impõe.

No estágio seguinte, no entanto, a evolução das sociedades levou à superação dos regimes alicerçados na fé ou na força, e à sua substituição por sistemas de organização que, pelo menos se almeja, sejam centrados na razão.

Surge, então, a questão de como promover a integração de sujeitos oriundos de mundos da vida diferentes, sem o recurso à autoridade inquestionável de uma instituição forte ou sagrada¹¹. A legitimidade da norma passa, assim, a ser buscada, segundo HABERMAS, no fato de ela ter sido produzida num processo legislativo racional:

Ao contrário da validade convencional de usos e costumes, o direito normatizado não se apoia sobre a facticidade de formas de vida consuetudinárias e tradicionais, e sim sobre a facticidade artificial da ameaça de sanções definidas conforme o direito e que podem ser impostas pelo tribunal. Ao passo que a legitimidade de regras se mede pela resgatabilidade discursiva de sua pretensão de validade normativa; e o que conta, em última instância, é o fato de que elas terem surgido num processo legislativo racional – ou o fato de que elas poderiam ter sido justificadas sob pontos de vista pragmáticos, éticos e morais.¹²

9 *Ibidem*, p. 44.

10 *Ibidem*, pp. 43-44.

11 *Ibidem*, p. 46.

12 *Ibidem*, p. 50.

E HABERMAS caracteriza esse processo legislativo racional, como aquele no qual o cidadão se reconheça como participante. Um processo, portanto, democrático, que fundamente a suposição de que as normas estatuídas são reconhecidas, pelos seus destinatários, como racionais. O essencial é que o destinatário da norma possa, também, se considerar, em certa medida, seu autor

Pois, sem um respaldo religioso ou metafísico, o direito coercitivo, talhado conforme o comportamento legal, só consegue garantir sua força integradora se a totalidade dos destinatários singulares das normas jurídicas puder considerar-se autora racional dessas normas.¹³

Pode-se dizer que, se aquele que deve se submeter a uma norma consegue, idealmente, se reconhecer como seu autor hipotético, se aceita que, na posição de legislador, teria tomado a mesma decisão normativa, então a norma se reveste da necessária *aceitabilidade racional*.

Essa é a lente através da qual se pretende, agora, voltar os olhos para os dispositivos legais que permitem, no processo penal, que o juiz tome iniciativas, quer probatórias, quer cautelares, sem prévia provocação de alguma das partes.

A polêmica gira em torno da *imparcialidade do juiz*. Esta, não se questiona, é uma das mais básicas garantias processuais previstas em nosso ordenamento. Mesmo não encontrando previsão expressa no texto constitucional de 1988, não se discute que a *imparcialidade* é, sim, uma das garantias fundamentais do cidadão, prevista, ainda que indiretamente, na Constituição Federal. Como afirmam LUCIANO FELDENS e ANDREI ZENKNER SCHMIDT, a *imparcialidade* pode ser vista como decorrência da própria regra do *devido processo legal*.

No Brasil, a exemplo do que em regra sucede nas sociedades democráticas, a configuração do direito a um juiz imparcial ganhou contornos constitucionais. Sua caracterização como autêntico direito fundamental decorre da cláusula do *devido processo legal* (art. 5º, inc. LIV, da CF). Uma cláusula genérica, porém suficientemente clara no que define o modelo de processo que adotamos: um *processo com todas as garantias*.¹⁴

¹³ *Ibidem*, p. 54.

¹⁴FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O marco normativo do direito fundamental a um juiz imparcial: do passado ao presente*. In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coord.). *Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 24.

Para além do direito fundamental ao *devido processo legal*, o imperativo da *imparcialidade* pode ser reconduzido, também, às garantias asseguradas aos juízes, previstas no artigo 95 da Carta Magna. Parece claro que *vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios* são atributos que visam a permitir, ao magistrado, que se mantenha imparcial, imune a influências de qualquer ordem que pudessem turvar o seu julgamento da causa.

No mesmo sentido, temos CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO, para quem "*Justamente para assegurar a imparcialidade do juiz, as constituições lhe estipulam garantias (Const., art. 95), prescrevem-lhe vedações (Const., art. 95, par. ún.) e proíbem juízos e tribunais de exceção (art. 5º, inc. XXXVII).*"¹⁵

Mais do que uma garantia processual implícita na Constituição, podemos afirmar, com RUBENS CASARA, que o próprio acesso à justiça não se faz, sem a *imparcialidade do Juízo*, já que "*O acesso à justiça só se concretiza se o cidadão puder veicular sua pretensão perante um juiz independente. Ademais, só a intervenção de um juiz imparcial legitima o afastamento e/ou restrições aos direitos fundamentais*".¹⁶

E, para além de inequivocamente deduzida do texto da Constituição, a garantia do juiz imparcial encontra, ainda, previsão literal em nosso ordenamento infraconstitucional, inscrita que é, de forma expressa, no Pacto de São José da Costa Rica, que estabeleceu a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, internalizada no nosso ordenamento jurídico por meio do Decreto 678, de 06/11/1992.

Em seu artigo 8, que trata das "Garantias Judiciais", a Convenção estipula que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e **imparcial**, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. ¹⁷

¹⁵CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p.52.

¹⁶CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015. p 144.

¹⁷BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, nov 1992, destacamos.

Comentando este artigo do Pacto, a doutrina reconhece a *imparcialidade* como importante garantia, especificamente, do devido processo criminal: "A *imparcialidade do juiz, de outro lado, constitui sem sombra de dúvida uma das mais importantes garantias do devido processo criminal. Como vimos acima, a preocupação com o fair trail tanto se dá em nível interno como internacional.*" 18

Firmada a importância da garantia ao juiz imparcial, é certo que os dispositivos de lei aqui tratados podem ser vistos como verdadeiros caracteres do sistema inquisitório, que ainda subsistem em nossa legislação.

Afinal, como se sabe, não é a simples separação entre as funções de acusar e julgar, que distingue o sistema acusatório do inquisitório. É, mais do que isso, a gestão da prova que dá o tom entre um sistema e outro. Nas lições de FERRAJOLI, ao sistema acusatório corresponde um juiz-expectador, enquanto ao inquisitório, um juiz-ator, dotado de capacidade de investigação¹⁹.

Se a gestão da prova está unicamente a cargo das partes, o sistema se aproxima do modelo acusatório; se, ao contrário, confere-se ao juiz o poder de gerir a prova – é dizer, se ao magistrado são reconhecidos poderes instrutórios – a hipótese é de prevalência do modelo inquisitório, como é o caso, segundo COUTINHO²⁰, do processo penal brasileiro.

Dito isso, as principais hipóteses legais de tomada de iniciativa pelo juiz, no processo penal, são elencadas por AURY LOPES JR.²¹, que reconhece, no artigo 156²² do CPP, a mais tormentosa delas, ao se conferir ao juiz o poder de produzir provas de ofício, e até mesmo antes de instaurada a ação penal. Mas o autor também encontra exemplos problemáticos na possibilidade de o juiz, de ofício, converter a prisão em

18 MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 98.

19 FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997. p. 575

20 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. Porto Alegre: ITEC, 2000. p. 29.

21 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 189.

22" Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício:

I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida;

II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante."

flagrante em prisão preventiva (art. 310, inciso II²³), determinar o sequestro de bens (art. 127²⁴) ou a busca e apreensão (art. 242²⁵), ouvir testemunhas além das arroladas pelas partes (art. 209²⁶), e até mesmo condenar, contra pedido de absolvição do Ministério Público (art. 385²⁷).

Não bastassem os dispositivos do Código, podemos encontrar exemplos também na legislação especial, como o artigo 3º, caput, da Lei 9.296/1996²⁸, que autoriza o magistrado a, de ofício, determinar a interceptação de comunicações telefônicas.

O problema que esses artigos de lei representam à garantia da imparcialidade decorre, justamente, do inafastável vínculo psicológico que se estabelece, entre o magistrado e a prova por ele produzida de ofício.

É, nesse passo, bem lançada a crítica de GERALDO PRADO, para quem

“A ordem das coisas colocadas no processo permite, pragmaticamente, constatarmos que a ação voltada à introdução do material probatório é precedida da consideração psicológica

23 “Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá fundamentadamente:

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.”

24 “Art. 127. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o seqüestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa.”

25 “Art. 242. A busca poderá ser determinada de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.”

26 “Art. 209. O juiz, quando julgar necessário, poderá ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes.”

27 “Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.”

28 “Art. 3º A interceptação das comunicações telefônicas poderá ser determinada pelo juiz, de ofício ou a requerimento: (...)”

pertinente aos rumos que o citado material, se efetivamente incorporado ao feito, possa determinar.”²⁹

Ainda segundo esse autor, “*Quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.*”³⁰

Ao determinar certa diligência de ofício, não estaria o juiz agindo já movido por alguma inclinação, ainda que inconsciente, pela versão de uma das partes? E viria ele a valorar eventual contraprova, àquela produzida de ofício, com neutralidade, no confronto com os elementos que obteve por seu próprio impulso?

Talvez ainda mais grave se mostrem as hipóteses de decretação, sem prévio requerimento do Ministério Público, de medidas cautelares contra o imputado. Afinal, sejam pessoais, sejam patrimoniais, as medidas cautelares em matéria criminal têm, como um de seus pressupostos, a constatação do *fumus commissi delicti*. É dizer, ao decretar, de ofício, a prisão preventiva, o sequestro de bens, ou a interceptação telefônica, o magistrado necessariamente precisa reconhecer indícios mínimos de materialidade e autoria delitivas, acabando por proferir um juízo prévio negativo quanto ao investigado ou réu, ainda que preliminar, mas indissociável da decretação, de ofício, de alguma medida cautelar contra ele.

Isso não representaria, já, algum deslocamento do juiz, ainda que incipiente, do seu ponto de esperada imparcialidade, em direção à versão acusatória?

Segundo BERND SHÜNEMANN, sim. Em um de seus estudos³¹, o autor alemão acrescenta, à discussão processual penal, elementos da Teoria da Dissonância Cognitiva, do psicólogo americano LEON FESTINGER, teoria esta segundo a qual toda pessoa busca uma relação não contraditória entre seu conhecimento e suas opiniões. Isso faz com que o indivíduo, sistematicamente, superestime informações que confirmam uma hipótese anteriormente tida como correta, ao mesmo tempo em que menospreza informações contrárias a essa opinião anterior. Concomitantemente, a

29 PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 158.

30 Ibidem.

31 SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito / Bernd Schünemann*. Coord. LUÍS GRECO. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 205-221.

pessoa busca, predominantemente, informações que confirmem a hipótese aceita em algum momento pretérito³².

E se essa hipótese já era desfavorável ao réu (decretação de uma cautelar), ou se ela já se instalou na mente do juiz, levando-o a procurar os elementos que a confirmem (produção de provas de ofício), o prejuízo à garantia fundamental da imparcialidade do juiz é manifesto.

Isso faz com que não se possa reconhecer qualquer *aceitabilidade racional* às normas que possibilitam, ao juiz, a tomada de iniciativas probatórias ou cautelares, no processo penal.

Os dispositivos em questão, pelo caráter inquisitorial de que se revestem, parecem condizer muito mais ao estágio evolutivo anterior, descrito por HABERMAS, o da legitimação das normas pela força da autoridade que as promulga. Aliás, muitos desses artigos de lei datam, inclusive, de período histórico no qual o Brasil efetivamente passava por uma ditadura, já que o Código de Processo Penal é de 1941.

Mas isso só torna mais grave o fato de que alguns deles foram, ao contrário, editados sob a égide do atual regime, que se pretende seja democrático.

A pessoa que integre uma sociedade da razão, que reconheça a legitimidade das normas pela sua maior ou menor vinculação aos ideais da democracia; que acompanhou a lenta e dolorosa marcha pela afirmação, em tratados de direito das gentes e em textos constitucionais, das suas garantias fundamentais, entre elas a do juiz imparcial – esse indivíduo, em hipótese alguma, se reconhece como autor hipotético de normas que franqueiam, ao magistrado, a iniciativa probatória, ou o cerceamento das liberdades do cidadão sem prévia provocação do Ministério Público.

De modo que as normas ainda hoje contidas em nosso ordenamento, que permitem a tomada de iniciativas do juiz, no processo penal, falham no teste da *aceitabilidade racional* descrita por HABERMAS, e reclamam, urgentemente, uma reforma legislativa que melhor adeque o processo penal brasileiro à democrática garantia fundamental ao magistrado imparcial.

3. Conclusão

O presente artigo pretendeu tratar do problema das iniciativas do juiz em processo penal, sob a ótica da *aceitabilidade racional* das normas, enquanto critério para a sua legitimação, conforme descrito por HABERMAS.

³²*Ibidem*, p. 208.

Dessa perspectiva, conclui-se que os diversos dispositivos processuais que permitem, ao magistrado, de ofício, produzir provas ou decretar cautelares contra o réu/investigado, pelo prejuízo que causam à garantia fundamental da *imparcialidade do juiz*, não podem ter reconhecida qualquer *aceitabilidade racional*.

A figura do juiz imparcial é de importância basilar, para a caracterização de um sistema jurídico como democrático. Não por outra razão, encontra guarida não só na Constituição, como em tratados internacionais, entre eles a Convenção Americana de Direitos Humanos, internalizada ao ordenamento nacional brasileiro.

Normas processuais como as aqui discutidas, típicas de um modelo inquisitório de processo penal, o qual correspondeu, ao longo da história, a formas de governo majoritariamente antidemocráticas, não podem estabelecer qualquer relação de identificação com os sujeitos racionais que a elas precisam se submeter.

A razão impede que os cidadãos se reconheçam enquanto participantes na formação de normas que agridem de forma tão grave uma de suas mais fundamentais garantias. E, segundo HABERMAS, o *reconhecer-se enquanto autor da norma* é o atributo que confere às leis, na visão de seus súditos, a almejada *aceitabilidade racional*.

Não sendo racionalmente aceitáveis, as normas que franqueiam iniciativas indevidas ao juiz criminal teriam lugar, isso sim, em regimes antidemocráticos, em que a legitimação do direito seria reconduzida apenas à força da autoridade que o impõe.

Como o Brasil não vive mais – ou pelo menos, supõe-se que não viva – sob o jugo de uma ditadura, era de se esperar que as normas em questão fossem objeto de uma reforma legislativa, que as extirpasse do ordenamento processual penal, a fim de que o mesmo se aproximasse mais de um modelo democrático e racionalmente aceitável.

4. Referências

BRASIL. Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília, DF, nov 1992.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, DF, out 1941.

CASARA, Rubens R.R. *Mitologia processual penal*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro*. In *Separata do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais*. Porto Alegre: ITEC, 2000. p. 29.

FELDENS, Luciano; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O marco normativo do direito fundamental a um juiz imparcial: do passado ao presente*. In MALAN, Diogo; MIRZA, Flávio (coord.). *Setenta anos do código de processo penal brasileiro: balanços e perspectivas de reforma*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. pp. 23-47.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*. Madri: Trotta, 1997.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I*. Tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 9. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira; GOMES, Luiz Flávio. *Comentários à convenção americana sobre direitos humanos: Pacto de São José da Costa Rica*. 3. ed. rev. ampl. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O juiz como um terceiro manipulado no processo penal? Uma confirmação empírica dos efeitos perseverança e aliança*. In *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito / Bernd Schünemann*. Coord. Luís Greco. São Paulo: Marcial Pons, 2013. pp. 205-221.

INCONSTITUCIONALIDADE DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL REALIZADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

LUCAS ROMANO PONTES DE OLIVEIRA:
bacharelado em Direito pelo Centro Universitário
Luterano de Manaus - CEULM/ULBRA.

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar a inconstitucionalidade da investigação criminal realizada pelo Ministério Público. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, reunindo-se autores com suas respectivas obras relacionadas com a temática. A pesquisa é justificadamente relevante tanto para os operadores do Direito quanto para sociedade, pois visa debater de forma incisiva a questão de investigação criminal por parte do Ministério Público, debatendo-se diretamente sobre esta constitucionalidade. Dividiu-se o estudo em 04 itens, quais sejam evolução histórica das instituições e da investigação criminal; argumentos favoráveis ao MP; argumentos contrários; e, resumo e sistematização das fundamentações.

Palavras-chave: Ministério Público; Investigação; Constitucionalidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS INSTITUIÇÕES E DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL - 2.1 MINISTÉRIO PÚBLICO - 3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO MP - 4. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS - 5. RESUMO E SISTEMATIZAÇÃO DAS FUNDAMENTAÇÕES - 6. CONCLUSÃO - 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

O fenômeno da criminalidade, seja ela organizada ou não, deixa a população apreensiva, desafia o poder do Estado e cria, para o Direito Penal e Processual Penal, questões novas e de difícil solução

Violência, inteligência e sofisticação utilizadas pelas organizações criminosas e pelos criminosos em suas ações requerem a adoção de respostas estatais firmes para repressão, ao mesmo tempo em que exigem objetividade e coerência do legislador, incumbido de evitar que as garantias individuais sejam atingidas.

Neste contexto, a investigação criminal, consistente em atos realizados pelos órgãos do Estado-Investigação para a apuração das infrações penais, é uma etapa importante na obtenção da verdade processual, e adquire relevância ainda maior quando a questão envolve as formas de realização desta Investigação e a postura dos órgãos encarregados com a finalidade própria da aplicação do Direito Penal pelo Estado, através do Processo Penal, num momento de singular conquistas, respeito e fidelidade aos Direitos Fundamentais.

O Estado atual, garantidor dos direitos de seus cidadãos e defensor de seus valores, fins e possibilidades, inclusive de sua segurança jurídica e segurança pública, avança na extensão e aplicação dos conceitos e fundamentos atuais informadores do Processo Penal e do Direito Penal. Com isto, busca uma coexistência pacífica e profícua entre seus cidadãos, garantindo-lhes que, na hipótese de transgressão de alguma norma de direito, sua apuração, processamento e julgamento, serão regidos por regras anteriormente editadas e inteiramente adaptadas ao pensamento jurídico contemporâneo de respeito aos outrora chamados Direitos do Homem, proibindo que ilegalidades – como a prática de torturas, provas ilícitas, regras de exceção, dentre outras – sejam cometidas pelos seus Poderes e Instituições criadas com a finalidade de conhecerem destes atos anti-jurídicos, apurá-los e reestabelecer a situação de normalidade.

Assim, o presente estudo se ampara no enfoque contemporâneo da investigação criminal para abordar, inicialmente, algumas particularidades da evolução histórica das instituições que, no Brasil atual, disputam esta atividade estatal, verificando, também, de modo bem perfunctório, como outros países do mundo tratam da questão, trazendo, por fim, qual a legislação brasileira vigente aplicável ao assunto.

Posteriormente, busca esquematizar os argumentos – se bem que alguns são tão fracos que não poderiam ser chamados assim – que são favoráveis a que a instituição Ministério Público proceda, diretamente, por seus membros, investigações criminais tendentes à apuração de infrações penais.

Depois, buscando fazer o contraponto, apresenta o que seriam os argumentos utilizados para rechaçar esta pretensão do Ministério Público.

Por fim, trata de particularidades por vezes esquecidas pelos doutrinadores, comentaristas e palpiteiros que tratam do assunto, por vezes desvinculados da ordem jurídica vigente, com defesas e ataques tão contundentes quanto aqueles que defendem a imediata adoção da pena de morte, da prisão perpétua, de trabalhos forçados, etc.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DAS INSTITUIÇÕES E DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

A função policial em si tem as mais altas e longínquas origens. Segundo José Geraldo, encontramos-la descrita pelos povos considerados como os que alcançaram o maior grau de civilização da fase primaveril da história da humanidade: os egípcios e os hebreus, passando pelos helenos e romanos (SILVA, 2002).

Se examinarmos o Direito Romano, nas páginas aquém do término da história antiga, encontraremos também a influência da organização policial no equilíbrio dos círculos sociais desse poderoso centro administrativo do mundo, nessa fase provecta da humanidade. A princípio, a polícia popular era exercida por qualquer um dos elementos do povo, sem formalidade alguma. Sentiu-se, logo a seguir, que isso não beneficiava a coletividade, não premunia a sociedade romana dos perigos que dia a dia mais se salientavam. Antes comprometiam a ordem pública. Conforme diz Hermes, a polícia romana só se organizou dentro de princípios mais sólidos e mais satisfatórios no reinado de Augusto César. Augusto criou, em substituição aos triúnviros, Profectus vigilum, cujas funções eram a de chefe de polícia preventiva e repressiva dos incêndios, escravos fugitivos, furtos, roubos, vadiagem, ladrões habituais ou reincidentes, em suma, das classes perigosas (VIEIRA, 2010).

A prática policial, assim, é tão velha quanto a prática judiciária. Polícia é, em essência, e por extensão, Justiça.

A França foi o primeiro país a introduzir na contextura de sua linguagem jurídica a palavra “polícia”, no século XIV. José Geraldo relembra que, em 1789, na França, ocorreu a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Dois anos mais tarde, em 1791, a Assembléia Nacional Francesa assim definia a missão da polícia: “Considerada em suas relações com a segurança pública, a polícia deve preceder a ação da justiça; a vigilância deve ser o seu principal caráter; e a sociedade, considerada em massa, o objetivo essencial da solicitude”. Em 1794, ocorreu a subdivisão da polícia, em administrativa e judiciária. Os arts. 19 e 20 do Código de Brumário, do ano IV, preceituavam então: “A polícia administrativa tem por objeto a manutenção habitual da ordem pública, em cada lugar e em cada divisão da administração geral. Seu fim principal é o de prevenir os delitos, fazer executar as leis, ordens e regulamentos de ordem pública vigentes. À polícia judiciária cabe a investigação dos crimes, delitos e contravenções que a polícia administrativa não pode impedir fossem cometidos, colige as provas e entrega seus autores aos tribunais incumbidos de puni-los” (grifei) (SILVA, 2002).

Os administrativistas possuem várias definições para o vocábulo polícia, algumas vezes os utilizando em sentido amplo, com seu significado etimológico; outras com o sentido de poder de polícia do Estado; outras ainda para designar o conjunto de instituições estatais que levam este nome.

Costumam, ainda, seguindo a tradição francesa, dividi-las de polícia administrativa e polícia judiciária. Esta última é que nos interessa neste trabalho.

A CF de 1988 alçou ao campo constitucional as instituições policiais e suas atribuições, especificando, em seus parágrafos 1º e 4º, as funções das polícias federal e civil, constituindo-as “polícias judiciárias”. Esta é a transcrição do citado parágrafo

4º do Art. 144 da CF: “Às policiais civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

As constituições de todos os Estados-membros repetiram a CF, algumas ainda descrevendo mais detalhadamente suas funções e garantias de seus dirigentes.

Mas, embora apenas em 1988 ganhando escopo constitucional, a polícia judiciária e seus dirigentes, que recebem o nome juris “autoridades policiais”, já existem, como vimos alhures, há muito tempo. Já em sessão de 24.7.1871 o Ministro da Justiça à época, Sayão Lobato, citado por Mondin (2007), dizia:

As autoridades policiais, no que toca ao processo da formulação da culpa nos crimes comuns, são competentes, e é seu ofício de polícia judiciária, ou polícia auxiliar da justiça, proceder a todas as diligências para investigar e esclarecer os fatos e suas circunstâncias, isto é, para a formação do corpo de delito e para descobrir as testemunhas mais idôneas, e logo proceder ao inquérito policial.

Para o exercício de seu mister constitucional a polícia judiciária possui um instrumento também centenário, o inquérito policial.

O inquérito policial não foi contemplado pelas Ordenações Filipinas, nas quais não há distinção entre a polícia judiciária e a preventiva. Nem o Código Penal do Império falava em inquérito, embora mencionasse os inspetores de quartirão. Estes não tinham atribuição de elaborar investigatório policial. Assim, não havia inquérito ou qualquer coisa semelhante a esse nomen juris (AQUINO, 2016).

Ele surgiu com a Lei n. 2.033, de 1887, que o conceituava como redução a instrumento de diligências necessárias à elucidação do fato infracional e de sua autoria e cumplicidade. Conforme o contido no art. 42 do Decreto n. 4.824, de 1871, “o inquérito policial compreende todas as diligências necessárias para a verificação da existência do crime, com todas as suas circunstâncias, e para descobrimento de seus autores e cúmplices” (SIQUEIRA, 2005).

Verifica-se, ainda, que a evolução histórica da polícia judiciária e da investigação criminal praticamente se confundem, sendo aquela o verdadeiro titular desta, adaptando o instrumento disponível e legal para sua formulação às exigências atuais da cultura jurídica do país. Firma-se: é o órgão regular e constitucionalmente garantido do Estado-Investigação e desenvolve sua atividade segundo um instrumento legalmente existente (muito embora discutido), o inquérito policial.

2.1 MINISTÉRIO PÚBLICO

Importante nesta obra é estudar a evolução histórica das funções do Ministério Público na fase preliminar. Entretanto, constata-se que é muito difícil afirmar com convicção a verdadeira origem histórica do próprio Promotor de Justiça. O que se pode afirmar é que após a Revolução Francesa e em consequência dela criou-se, no “Code d’Instrucción Criminelle” o que foi a figura do “Procureur de la Republique” com as características que permanecem até os dias de hoje. Portanto, foi na França que se desenvolveu verdadeiramente a figura e as funções do Ministério Público, e os outros Países se limitaram a copiar a sua estrutura.

Esmein, citado por Mendroni (2013), fez referência, no século XII, da figura de um “Magistrat de Sûrete”, encarregado de uma fase pré-processual, que servia de preparação para a instrução, essa a cargo do “Juge d’instruccion”. Esse “Magistrat de Sûrete”, além de realizar as investigações preliminares, tinha poderes de argumentação sobre o que havia produzido. Tinha poderes que mesclavam os tipicamente de polícia e os de um juiz – realizavam-no efetivamente, como por exemplo podiam realizar visitas a um domicílio e efetivar uma apreensão. Deveriam então remeter as suas atuações que importavam em uma constrição a um direito ou liberdade individual ao Tribunal, para a devida ratificação. Em seguida, com uma nova proposta de redação legal, transferiu-se as funções do “Magistrat du Sûrete” para os “Procureurs Impérieux”, trazendo-se assim a idéia da existência de uma parte pública.

Mendroni, citando ainda Esmein, segue dizendo que na Itália não apareceu um Ministério Público da forma ampla como ocorreu na França, mas uma figura algo semelhante apareceu somente em Nápoles e Milão. Esse “Promotor”, entretanto, não tinha os mesmos poderes contemplados na concepção francesa, como por exemplo, o de investigar.

Mendroni (2013) e Mazzili (2014) concordam que o importante é compreender o por que se criou o Ministério Público e concluem que esta instituição, como se compreende hoje, confunde-se com a evolução do próprio sistema acusatório e tem um dupla justificativa:

a) A pretensão de garantir a efetividade da persecutio criminis, ou seja, para impor o dever de investigar e perseguir todos os fatos com aparência delitiva (aplicação do Princípio da Legalidade), e b) Buscar a imparcialidade do Juiz, inexistente no Sistema Inquisitivo

Desta forma, os citados autores concluem que disso decorre que quando se analisa a evolução do Sistema Acusatório, percebe-se que a intenção de outorgar a um órgão estatal com características judiciais (e um órgão público) o controle sobre a persecução penal, a partir do momento em que se percebe que o controle da

criminalidade reveste-se numa questão de ordem pública. Surge também, com isso, a necessidade de ajustes entre a estrutura processual originariamente encaminhada a preservar interesses privados e a atual consideração aos interesses públicos

endo em conta a evolução do Sistema Acusatório para a necessária adaptação à defesa do interesse público de combate à criminalidade, entrega-se a um órgão público, diverso do Poder Judiciário – para gerar a necessária imparcialidade – o poder da persecução penal; e, portanto, para que esta se leve a cabo dentro do mesmo sistema, considera-se necessária a determinação de uma primeira fase do processo, com todos os poderes inerentes à necessária investigação e direcionada a determinar a existência da ação penal.

O caso brasileiro é bem significativo. O Ministério Público, de pouca expressão constitucional, começou a alcançar seu atual status com a Lei Complementar nº40, de 14 de dezembro de 1981 (tanto que esta data passou a ser o Dia do Ministério Público), que estatuiu a Lei Orgânica da Instituição. Pela primeira vez se vedou o exercício das funções do Ministério Público a pessoas a ele estranhas, terminando com o “Promotor Ad Hoc” (LIMA, 1983).

Mas, é com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 que o Ministério Público brasileiro vem galgar lugar de destaque no cenário nacional, não pelo fato de muitos dos Constituintes terem origem em seu seio, mas pela reconhecida necessidade de assim o ser.

3. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS AO MP

Os eminentes professores gaúchos Lenio Streck e Luciano Feldens, em obra recente, de extrema elegância e profundidade no trato do tema, não apenas pontual mas, principalmente, em sua fundamentação teórico-dogmática, buscam legitimar a função investigatória do Ministério Público, fazendo-o através de exegese constitucional e legal (STRECK, 2003).

Para tanto, distinguem “condução de inquérito policial” e “realização de diligências investigatórias”. E buscam conceituar um novo modelo de objeto jurídico, visto este agora sob a ótica constitucional, além de incitar o leito a abandonar as velhas tradições e experimentar o novo. Defendem que apurações paralelas não são prejudiciais e que a regra deve ser a solução de espécie, ou seja, não uma regra geral, mas confortada no plano da necessidade circunstancial. Com isso, os eminentes autores descartam a ideia de um procurador/promotor “investigador por excelência”, mas quando a espécie o requerer. E isto não sem estabelecer um efetivo controle sobre as diligências criminais pelo Parquet. Numa palavra: não admitem que um só órgão de Estado concentre a atividade investigatória

O Procurador de Justiça do Rio de Janeiro Marcellus Polastri Lima, analisando o resultado do julgamento do HC 81.326-7, pela 2ª Turma do STF busca demonstrar-nos, também, a autorização constitucional e legal para o atuar investigatório do Parquet. Também combate o fundamento do voto do Ministro relator do citado Habeas Corpus, Nelson Jobim, que utilizou o método histórico e precedentes legislativos e jurisprudenciais anteriores à Constituição de 1988, aduzindo que a melhor hermenêutica jurídica indica a utilização do método teleológico como melhor instrumento para evitar-se equívocos interpretativos.

Seu fundamento básico inicial é a dispensabilidade do inquérito policial, conforme se vê dos artigos 12, 27, 28, 39, 5º e 40 do Código de Processo Penal brasileiro. Daí, sendo dispensável, e não prevendo o texto constitucional que a apuração de infrações penais é atividade exclusiva das polícias civis, claro está que pode outro órgão apurar infração penal e formalizar seu próprio caderno instrutório. Cita o ilustre mestre Tourinho Filho para justificar a dispensabilidade do inquérito quando o MP disponha de suficientes peças de informação, mas olvida – e só pode ser de propósito, pois conhece a obra – que o próprio Tourinho Filho afirma que 95% (noventa e cinco por cento) das denúncias que ofertou como promotor de justiça foram fundadas em inquérito policial. 36 Realmente, é apenas uma mera peça!

Continua Marcellus sua complicada defesa de tese. Aliás, complicada não apenas quando defendida por ele, mas por todos que precisam buscar critérios de interpretação, cruzamento de leis, analogias não autorizadas, etc. e etc. para tentar dizer aquilo que simplesmente a Lei não diz. Melhor, diz o contrário!

O elogiável Professor René Ariel Dotti é um dos doutrinadores de peso a defender a tese ministerial (DOTTI, 2014). Preocupado com a possibilidade de investigação paralela ou concorrência de apuração, que é fonte material de insegurança e injustiça, afirma de a investigação criminal é exercício do poder estatal e como tal deve coordená-la o órgão que promove a ação de natureza pública

Mas, o ilustre jurista não afrontaria a lei brasileira. Concorde com a tese, mas esposa que, na atual estrutura legislativa, tal procedimento não encontra guarida. Esclarece que seria necessária “uma reordenação constitucional e legal para estabelecer o concurso de funções e superar o conflito de atribuições entre o MP e a Polícia Judiciária”.

4. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Chamados por alguns de “inquéritos caixa 2”, mas defendido por setores da sociedade que afirmam que a exclusão do MP de apurações acarretará graves prejuízos à sociedade, mesmo assim Fernanda Martins destaca que “quem apura não acusa e quem acusa não apura e não pode julgar”. Ela avalia que se a promotoria fizer

investigação as provas ficariam viciadas, porque o MP é parte, titular da ação penal. Ressalta que o IDDD aplaude as ações dos promotores quando agem conjuntamente com a polícia, porque este procedimento é extremamente favorável à democracia e à sociedade

A presidente do Instituto de Defesa observa ainda que a Constituição conferiu ao Ministério Público poderes para requisitar abertura de inquérito policial, além de acompanhar o trabalho da polícia. “Mas a promotoria não tem e não pode ter a exclusividade da investigação”, alerta. “Então, se eles podem apurar e acusar, podem também condenar?”. Anota que “eles (os promotores) não têm o poder que alegam ter”. Para ela, o Supremo Tribunal Federal não vai julgar se retira ou não poderes do MP, mas apenas vai decidir que é constitucional os promotores realizarem investigações.

O criminalista José Carlos Dias, ex-ministro da Justiça e conselheiro do Instituto, disse que não é contra o papel do MP de exercer o controle externo da atividade policial, mas condenou enfaticamente os “inquéritos caixa 2”, numa alusão aos procedimentos criminais dos promotores. “O MP pode fiscalizar e até participar da investigação policial, mas o MP não pode ficar tomando depoimentos a portas fechadas”, salienta o ilustre advogado (DIAS, 2008).

Conjugando da mesma tese, a Associação Internacional de Direito Penal – AIDP, o Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM, o Instituto Carioca de Criminologia – ICC, o próprio Instituto de Defesa do Direito de Defesa – IDDD, além dos Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, Instituto Manoel Pedro Pimentel – IMPP e do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais – ITEC, ofereçam MEMORIAL 59 ao Supremo Tribunal Federal para ser juntado aos autos do Inquérito nº 1968-DF, onde questão constitucional de alta relevância está sendo apreciada: no ordenamento vigente, o Ministério Público tem poderes investigatórios na esfera processual penal?.

Tal memorial foi oferecido para fazer oposição a peça ofertada pela Associação Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça, que defendem, claro, a ampliação dos poderes de suas instituições. Este elucidativo memorial servirá de base para nosso capítulo que resumirá as argumentações contrárias e a favor. E é de importância ímpar por se tratar de instituições que suplantam eventual disputa de poder em favor desta ou daquela instituição, cingindo-se à obediência e preservação da ordem constitucional e à manutenção do equilíbrio nela estabelecido entre os órgãos integrados na persecução penal.

André Boiani, lembrando que a paridade de armas é um dos tripés de garantias que expressam ontologicamente a cláusula do devido processo legal, no magistério de Rogério Lauria Tucci, tece críticas muito bem argumentadas em seu estudo.

Afirmando que os inconfessáveis interesses institucionais-corporativos envolvidos na discussão faz com que muitos de seus defensores, cinicamente, os omitam, prega que “a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação. Ora, partindo do pressuposto da paridade de armas, corretíssimo. Expressa, magistralmente, que “retirar do inquérito policial o imperativo de subsunção à isenta verdade, proclamando sua vinculação teleológica com os interesses exclusivos da parte processual acusatória, é subtrair-lhe, como consequência, o matiz equitativo e veritativo para, então, transformar a autoridade policial e seus agentes em cegos perseguidores da culpa do investigado, com amplas espaldas para as razões e direitos deste.”

O festejado e brilhante constitucionalista, Prof. José Afonso da Silva, já emitiu pareceres a respeito do assunto. Um quando era Secretário de Estado dos Negócios da Segurança Pública, no estado de São Paulo, ocasião em que atacou o Ato 98/96 do Procurador-Geral de Justiça daquele Estado, a pedido da Delegacia-Geral de Polícia do Estado de São Paulo 61 ; outro, especialmente relativo à temática ora em exame, pois foi instado pelo Instituto Brasileiro de Ciências Criminais a responder a seguinte consulta: “Em face da Constituição Federal de 1988, o Ministério Público pode realizar e/ou presidir investigação criminal, diretamente?” (SILVA, 2004)

5. RESUMO E SISTEMATIZAÇÃO DAS FUNDAMENTAÇÕES

Aduz-se que o texto constitucional assegurou ao Ministério Público poderes de investigação em matéria penal, porque são inerentes às atribuições elencadas no art. 129: a titularidade da ação penal pública, em caráter exclusivo; o controle externo da atividade policial; o poder para expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência e de requisitar informações e documentos para sua instrução; o poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade.

A leitura do texto constitucional em foco permite constatar, de plano, que não foi previsto o poder de investigar infrações penais, entre as atribuições ministeriais. Extraí-lo do rol enumerado pelo art. 129 em questão seria legislar sobre aspecto que o constituinte deliberadamente não o fez, não por descuido, mas por opção. Além da interpretação histórica, bem detalhada no início deste trabalho, seria incompreensível que o legislador constituinte cuidasse de indicar expressamente o poder do Ministério Público de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, deixando de constar o poder do órgão ministerial de investigar diretamente as

infrações penais. Saliente-se ainda que a Constituição distinguiu perfeitamente a atuação ministerial em procedimentos administrativos de sua competência, v.g. o inquérito civil, daquela referente à investigação criminal, limitando, no último caso, a atividade do Ministério Público à requisição de inquérito policial e de diligências investigatórias.

este respeito, manifestaram-se os eminentes professores Miguel Reale Jr. e Eduardo Reale Ferrari, em parecer elaborado para o Sindicato dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo, nos seguintes termos:

O inciso VI do artigo 129 da Constituição Federal de 1988 se refere expressamente a procedimentos administrativos conduzidos pelo Ministério Público, como o inquérito civil. Nessa hipótese, caso um Promotor de Justiça necessite de elementos de prova para instruir uma ação civil pública deverá fazer uso de seus poderes a fim de lograr obter informações e documentos. Diverso constitui o papel do Ministério Público nos casos de investigação por meio de inquérito policial. A lei, de fato, não contém palavras inúteis. Se assim não fosse, não teriam sido diferenciados os poderes dos órgãos Ministeriais em incisos diferentes para situações diferentes. O inciso VIII do artigo 129 da Constituição Federal trata especificamente da atuação do Ministério Público no inquérito policial e, mais ainda, a limita à requisição de diligências investigatórias e instauração de inquérito. Tal distinção é reproduzida expressamente na Lei Orgânica do Ministério Público, Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, em seu artigo 26, inciso IV, - a atuação do Ministério Público no inquérito policial foi tratada em dispositivo legal específico onde fica autorizado ao "Parquet somente requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito militar, "observado o disposto no artigo 129, VIII, da Constituição Federal, podendo acompanhá-los". A expedição de notificações para a oitiva de testemunhas e a requisição de documentos fica limitada ao inquérito civil, conforme dispõe o inciso I do mesmo artigo" (fls. 5-7)

Por isto, fica evidenciado que o inciso VI do art. 129 do texto constitucional, que diz respeito à expedição de notificações, pelo órgão ministerial, nos procedimentos administrativos de sua competência, a fim de requisitar informações e documentos para instruí-los, não se refere à atuação do Ministério Público nas investigações criminais. O mesmo ocorre com referência ao inciso IX do mesmo dispositivo

constitucional (“exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade...”), atribuição que não pode ser estendida para abranger também a realização de investigação criminal, isto por que constitucionalmente cometida a outro órgão.

Portanto, conclui-se que a norma do art. 144 da Constituição não foi excepcionada por outro preceito constitucional, sendo que eventual investigação por parte do Ministério Público depende de previsão específica no ordenamento nacional, o que não existe, até o momento.

6. CONCLUSÃO

Não se pode deixar de consignar que a Constituição da República adotou um modelo de realização de persecução penal integrado por várias instituições, cujas atribuições não se excluem, nem se sobrepõem. Em perfeito funcionamento, esse modelo pressupõe a integração e coordenação das atividades da Polícia, do Ministério Público, da Advocacia e do Poder Judiciário. Neste sentido, emerge claro que a segurança pública não é atribuição exclusiva da Polícia Judiciária, mas esta conclusão não afasta o desenho constitucional que lhe atribuiu, de forma expressa, a investigação das infrações penais

3 Na atividade de Polícia Judiciária, ao se apurar as infrações penais, repita-se, não há comprometimentos de parcialidades, principalmente porque ela não atua na fase subsequente, que é eventual (promoção da ação penal). Coleta os elementos probatórios e os remete, compilados nos autos do inquérito policial, ao Poder Judiciário, que dará vistas ao Ministério Público, sem a preocupação de subsidiar, necessariamente, a tese acusatória, mas tão-só de buscar elementos de materialidade e autoria, assim como as demais condições da ação. É só na ação da Polícia que o ideal da “verdade real”, que o mais perto possível da descoberta da verdade criminal atingível pode ser alcançado.

Por isto, o Ministério Público não deve assumir a veste de investigador, mas sim a de eventual acusador, quando os elementos para o exercício da ação penal se apresentarem.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, José Carlos G. Xavier de, NALINI, José Renato. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 85.

DIAS, José Carlos. Reflexões. Disponível em <<http://www.iddd.org.br>>. Acessado em 15 de abril de 2021.

DOTTI, René Ariel. O Desafio da Investigação Criminal. Boletim IBCCRIM. São Paulo, nº138, p. 8, mai. 2014

LIMA, Gilberto Baumann de. Comentários e Aplicação da Lei Orgânica do Ministério Público. Lei Complementar 40/81. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

MAZILLI, Hugo Nigro. Introdução ao Ministério Público. São Paulo: Saraiva, 2014.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. Curso de Investigação Criminal. São Paulo: Atlas, 2013.

MONDIN, Augusto. Manual de Inquérito Policial. 6. ed. São Paulo: Sugestões Literárias, 2007, p.51.

REALE JÚNIOR, Miguel. Insegurança e Tolerância Zero. Boletim IBCCRIM. São Paulo, Edição Especial, Ano 10, p. 9-11, out. 2012.

SILVA, José Afonso da. Parecer. Consulta formulada pelo IBCCRIM. São Paulo, 2004

SILVA, José Geraldo da. O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária. Campinas: Bookseller, 2002, p. 45.

SILVA, José Geraldo da. O Inquérito Policial e a Polícia Judiciária. Campinas: Bookseller, 2002. p. 48.

SIQUEIRA, Galdino. Curso de Processo Criminal, 2. ed., São Paulo: Magalhães, 2005, p. 306.

STRECK, Lênio Luiz; FELDENS, Luciano. Crime e Constituição. A legitimidade da função investigatória do Ministério Público. Rio de Janeiro: Forense, 2003

VIEIRA, Hermes. Formação Histórica da Polícia de São Paulo. São Paulo: Serviço Gráfico da SSP/SP, 2010, p. 1-5.

A ALIENAÇÃO DA HERANÇA E CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS

BEATRIZ KELLY FERREIRA DE SOUZA:

Bacharelada no curso de Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar a alienação da herança, cessão de direito hereditárias, buscando fazer uma análise sobre os artigos que compõem o referido instituto. A pesquisa tem como metodologia, a pesquisa bibliográfica, onde permite que selecionemos artigos e livros para fazer o debate sobre o tema. O tema focado neste trabalho tem grande relevância social, eis que muitas famílias brasileiras são prejudicadas pelo desconhecimento do instituto. Já a relevância jurídica está diretamente relacionada com a mudança de rumo que a legislação vem assumindo, com um papel fundamental no que tange à importância social que o assunto traduz. Dividiu-se a pesquisa em três itens, quais sejam, a evolução do instituto em matéria legislativa e sua aplicabilidade, frente à inexistência de normas específicas; a análise dos artigos 1.793 e seus parágrafos, 1.794 e 1.795 do Código Civil brasileiro; por fim, os efeitos que decorrem da cessão de direitos hereditários, a responsabilidade do cedente e os direitos do cessionário.

PALAVRAS-CHAVE: Herança; Cessão; Direitos Hereditários.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. O INSTITUTO DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS NO BRASIL - 2.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO EM MATÉRIA LEGISLATIVA - 2.2 APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS - 3. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE - 4. EFEITOS DECORRENTES DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS, RESPONSABILIDADE DO CEDENTE E DIREITOS DO CESSIONÁRIO - 4.1 EFEITOS DECORRENTES DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS - 4.2 RESPONSABILIDADE DO CEDENTE - 4.3 DIREITOS DO CESSIONÁRIO - 5. CONCLUSÃO - 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O tema focado neste trabalho tem grande relevância social, eis que muitas famílias brasileiras são prejudicadas pelo desconhecimento do instituto.

Já a relevância jurídica está diretamente relacionada com a mudança de rumo que a legislação vem assumindo, com um papel fundamental no que tange à importância social que o assunto traduz.

Por fim, o tema apresenta grande relevância prática, na medida em que o instituto da cessão de direitos hereditários é uma realidade que cada vez mais se impõe em nossa sociedade, e a responsabilidade pela sua divulgação e conhecimento, bem

como a solução dos problemas que advirão, é de todos, Legisladores, Juristas, Advogados, Promotores, Juizes, estudiosos e famílias.

O instituto da cessão de direitos hereditários, no Código Civil de 1916, não possuía normas específicas, porém era de uso corrente no direito brasileiro, sendo regulado através de normas analogicamente aplicadas, ensejando discussões quanto à aplicabilidade dessas normas reguladoras

Com o advento da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil brasileiro vigente, houve a regulamentação do instituto da cessão de direitos hereditários, também conhecido como transmissão, alienação ou cessão da herança, sendo assim eliminadas muitas dúvidas que persistiam acerca do tema.

A importância de estudar e analisar o tema, que está inserido no direito sucessório, tal qual está regulado no atual Código Civil, é enriquecer sobremaneira o nosso conhecimento jurídico.

O presente artigo tem como finalidade estudar e analisar os pontos principais do instituto da cessão de direitos hereditários, que se encontra regulado no direito brasileiro, abordando, no primeiro item, a evolução do instituto em matéria legislativa e sua aplicabilidade, frente à inexistência de normas específicas.

No segundo item, trataremos da análise dos artigos 1.793 e seus parágrafos, 1.794 e 1.795 do Código Civil brasileiro.

Por fim, enfrentaremos, no terceiro e último capítulo, os efeitos que decorrem da cessão de direitos hereditários, a responsabilidade do cedente e os direitos do cessionário.

Não temos qualquer pretensão em esgotar o tema aqui proposto, mesmo porque em direito jamais se esgotará o assunto debatido.

Procuramos realizar a pesquisa, com a doutrina mais atualizada possível acerca da aplicabilidade das normas que regem a cessão de direitos hereditários no Código Civil brasileiro.

2. O INSTITUTO DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS NO BRASIL

2.1 EVOLUÇÃO DO INSTITUTO EM MATÉRIA LEGISLATIVA

Com o advento da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que instituiu o Código Civil brasileiro em vigência, o legislador supriu uma lacuna, trazendo inovações no direito civil e regulamentando o instituto da cessão de direitos hereditários na área

de direito sucessório, o que não era contemplado no Código Civil de 1916, sendo utilizado de forma indireta através do artigo 1.078, aplicando-se os princípios gerais dos contratos de compra e venda, de doação e cessão de crédito, de forma analógica (GAMA, 2007).

Os doutrinadores Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira, com relação ao direito de preferência por parte dos co-herdeiros, defendiam o direito de preferência, baseando seus entendimentos na aplicação analógica das regras referentes ao condomínio, conforme o artigo 1.139 do Código Civil de 1916, diferenciando muito pouco ao Código Civil de 2002, especificamente para a cessão de direitos hereditários. Já outros doutrinadores, como Washington de Barros Monteiro, defendiam posição contrária, ou seja, a não existência do direito de preferência, fundamentando-se em argumentos como o de que a herança não constituía bem indivisível, mas apenas era indivisa provisoriamente.

Orlando Gomes (2019) defendia a existência do direito de preferência:

A cessão tem como objeto um quinhão hereditário. Um dos herdeiros aliena sua parte na herança a outro, ou a estranho. Se pretende cedê-la a terceiro, tem de comunicar o propósito aos demais co-herdeiros para que exerçam o direito de preferência, uma vez que a herança é coisa indivisa, a todos pertencendo em comum. O direito dos co-herdeiros rege-se, no particular, pelas disposições concernentes aos condomínios.

Em posição contrária, encontramos Washington de Barros Monteiro, dizendo que “a disposição do artigo 1.139 não se aplica à cessão de direitos hereditários por parte do co-herdeiro” (MONTEIRO, 2015).

A necessidade de uma regulamentação das disposições que atualmente se encontram no Código Civil brasileiro foi alvo de grandes debates, chegando-se a um amadurecimento doutrinário e legislativo no que se refere ao direito civil sucessório, em se tratando diretamente da aplicabilidade desse negócio jurídico.

2.2 APLICABILIDADE DO INSTITUTO DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS

Para melhor compreender esse instituto, citamos Itabaiana de Oliveira, que ensina que “a cessão tem como objeto uma universalidade de direito, isto é, um conjunto de bens que formam uma só massa e não uma série de bens individualmente determinados”.⁵ Somente a partir dessa premissa, deve-se interpretar as normas jurídicas a respeito da cessão de direitos hereditários.

Aberta a sucessão, os bens da herança transmitem-se em bloco aos sucessores legítimos ou testamentários. A herança é considerada um todo unitário, ainda que

vários sejam os herdeiros. Enquanto não efetuada a partilha, os co-herdeiros exercem a posse e a propriedade dos bens como condôminos, uma vez que a herança é considerada um bem indivisível.

Por tais razões e considerando-se que a sucessão aberta é tida, por ficção legal, como espécie de bem imóvel (ainda que seja constituída de bens móveis por sua substância), efetua-se a cessão do direito hereditário mediante a forma solene de escritura pública. É como previsto no Código Civil, pela referência exclusiva à escritura pública, o que impediria utilização de instrumento particular, resolvendo-se, com isso, antiga pendência doutrinária sobre a forma daquele ato transmissivo de bens.

O objeto da cessão pode ser o direito à sucessão aberta ou o quinhão de que disponha o herdeiro. Pode conceituar-se como cessão de direitos o negócio jurídico ato inter vivos, celebrado depois da abertura da sucessão, entre o herdeiro (cedente) e outro herdeiro ou terceiro (cessionário), pelo qual o cedente transfere ao cessionário, a título oneroso ou gratuito, parcial ou integralmente, a parte que lhe cabe na herança (OLIVEIRA, 1987).

Todos os herdeiros são co-proprietários dos bens da herança, condôminos, e por isso podem dispor dos seus direitos hereditários, embora ainda sem a individualização dos bens (exceto no legado, por ser coisa certa e determinada pelo testador). Embora com previsão específica para cessão de direitos hereditários, também se aplicam as mesmas disposições legais, por interpretação extensiva, à cessão de direitos de meação pelo cônjuge ou pelo companheiro sobrevivente.

Nota-se que a cessão é típico ato post mortem. Não pode ser feita antes de aberta a sucessão, por configurar pacta corvina, ou seja, contrato versando sobre herança de pessoa viva, sobre o que incide expressa vedação no artigo 426 do Código Civil.

Difere, a cessão, da renúncia da herança, pois esta tem natureza abdicativa, pela não aceitação da herança, enquanto a primeira é de cunho translativo dos direitos hereditários, pressupondo aceitação e transmissão do direito sucessório, mas se a cessão for gratuita e em favor de todos os herdeiros, iguala-se, em seus efeitos, à renúncia abdicativa.

Havendo disposição testamentária com cláusula de inalienabilidade, estará determinada a indisponibilidade dos bens transmitidos por herança, o que significa óbice ao direito de cessão.

Haverá necessidade de outorga conjugal para a cessão de direito de herança pelo herdeiro casado, uma vez que se cuida de alienação de bem considerado de

natureza imóvel, mas o Código Civil estabelece exceções para os casos de união conjugal sob o regime da separação convencional de bens ou, se houver previsão no pacto, também no regime da participação final nos aquestos.

E na união estável? Não há determinação legal de consentimento do companheiro para que o outro aliene bens, mas será recomendável, conforme orienta Giselda Hironaka, sua presença no ato, para expressar anuência, ou, se for o caso, declaração de que o alienante não vive em união estável, para que se evitem futuros litígios por parte do companheiro que se sinta prejudicado com o ato de cessão de direitos em que tivesse interesse patrimonial (HIRONAKA, 2020).

Houve-se bem, o legislador, em esclarecer que a cessão se limita aos direitos declarados no ato de transmissão, não abrangendo eventuais outros direitos conferidos ao herdeiro cedente em consequência de substituição ou de direito de acrescer

A lei considera ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente. Ou seja, a cessão faz a título universal, abrangendo toda a herança ou parte ideal dela. Não é possível individualizar bens a serem transmitidos enquanto não celebrada a partilha. Claro está que, depois da partilha, cessando o estado de indivisão, o herdeiro assume a titularidade do bem recebido, ou da fração que lhe caiba, com liberdade para atos de alienação que se caracterizam, então, como típica compra e venda.

A disposição de ineficácia da cessão de coisa singular, ou de qualquer bem componente do acervo hereditário, enquanto pendente a indivisibilidade, tem aplicação aos demais herdeiros, pressuposto, como é óbvio, que não se trate de herdeiro único, mas se a hipótese for esta – de uma só pessoa com direito a herança – , parece claro que não prevalecerá a vedação legal, permitindo-se ao interessado ceder o seu direito sobre toda a herança ou sobre bem por ele determinado.

Veja-se que, mesmo em outras situações de interesses de diversos sucessores, abre-se a possibilidade da cessão de direitos sobre coisa certa da herança mediante autorização do juiz do processo. Assim sendo, se houver interesse e concordância de todos, nada obstará a que o juiz autorize a cessão de um bem singularizado, expedindo alvará para que se passe a escritura nesses termos.

É assegurado o direito de preferência dos co-herdeiros, na cessão feita por um dos herdeiros à pessoa estranha à sucessão. O procedimento é análogo ao que se dá entre condôminos. Faz-se necessário dar ciência da cessão aos demais herdeiros, para recebimento da quota hereditária sob cessão, nas mesmas condições de preço e forma de pagamento oferecidas a outrem. Na falta de conhecimento da cessão, o co-herdeiro preterido poderá, depositando o preço, haver para si a quota cedida ao estranho, se a

requerer no prazo de cento e oitenta dias após a transmissão. Havendo vários herdeiros interessados, terão direito a ficar com o bem na proporção das respectivas quotas hereditárias.

No aspecto fiscal, cabe apontar que a cessão de direitos hereditários, por ser ato transmissivo de bem imóvel, está sujeita ao correspondente imposto de transmissão, ITBI (Imposto de Transmissão de Bens Imóveis), se a cessão for onerosa, ou ITCD (Imposto de Transmissão de Doação Causa Morte), se gratuita, equivalendo à doação.

3. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO PERTINENTE

O caput do artigo 1.793 do Código Civil preceitua que “o direito à sucessão aberta, bem como o quinhão de que disponha o co-herdeiro, pode ser objeto de cessão por escritura pública”.

O artigo ora comentado é um dos que regem a cessão de direitos hereditários, e por se tratar de direito sucessório, encontra-se no Livro V, Título I – Da sucessão em geral do Capítulo II – Da herança e sua administração, no Código Civil brasileiro. Logo, pode ser objeto de cessão tanto a herança toda quanto apenas um quinhão hereditário. A regra jurídica exige que a forma do ato seja por escritura pública.

Ao analisarmos o artigo em pauta, encontramos conceitos de alguns doutrinadores como Mario Roberto Carvalho de Faria (2018), que define “[...] a cessão de direitos hereditários como o ato gratuito ou oneroso através do qual o herdeiro transfere a outrem seus direitos hereditários”.

Ney de Mello Almada (2006) diz que “é o negócio translativo, geralmente oneroso, que um herdeiro legítimo ou testamentário, realiza com uma pessoa, tendo por objeto a totalidade ou uma quota da herança para o qual foi vocacionado”.

Silvio de Salvo Venosa (2016) entende que:

[...] o herdeiro legítimo ou testamentário pode ceder gratuita ou onerosamente, seus direitos hereditários, transferindo-os, a outrem, herdeiro, legatário ou pessoa estranha à herança. É o que se denomina cessão da herança (ou cessão de direitos hereditários, como é preferido na prática jurídica).

Roberto Senise Lisboa (2002), entretanto, apresenta uma definição por outra ótica: “Cessão de direitos hereditários é o negócio jurídico bilateral por meio do qual o coherdeiro transmite a sua quota parte da herança a outra pessoa”.

Destaca-se que o instituto trata de negócio jurídico inter vivos, já que a transação se dá entre cedente e cessionário e tem como objeto apenas direitos que o cedente recebeu em decorrência de sucessão.

O instituto da cessão de direitos hereditários classifica-se em consensual, formal, translativo, gratuito ou oneroso, bilateral e aleatório.

Almada ensina que “dissemo-la consensual, e não real, porque a entrega do bem negociado é diferida para a partilha. O negócio jurídico se aperfeiçoa só com o consenso bilateral, com o acordo das partes” (ALMADA, 2006).

O artigo 1.793 do Código Civil brasileiro exige que o contrato seja formal, ou seja, sempre deverá ser feito por escritura pública lavrada perante um ofício de notas, com a presença do cedente e do cessionário.

A onerosidade ou gratuidade do contrato faz com que o mesmo seja equiparado a outros negócios jurídicos. Se gratuita, a cessão equipara-se à doação. Se onerosa, equipara-se à compra e venda, se o cessionário realizar o pagamento de um preço certo, ou à permuta, se existir uma troca de outra coisa ou outro direito cedido.

Até a partilha não se sabe, concretamente, os direitos que foram cedidos, e a parte que corresponde a cada herdeiro; portanto, diz-se que a cessão é aleatória Rizzardo, ao tratar dos contratos aleatórios, escreve: “O próprio sentido da palavra, conduz à incerteza, porquanto proveniente de álea, que significa sorte, perigo, azar, decorrendo a incerteza para uma ou ambas as partes na reciprocidade de prestações e contraprestações” (RIZZARDO, 2021).

O cedente e o cessionário são as partes que integram o negócio jurídico da cessão de direitos hereditários. O cedente é aquele que cede seus direitos hereditários para outro que os recebe. O cessionário pode ser um co-herdeiro ou pessoa estranha à sucessão, ao passo que o cedente deve ser um herdeiro legítimo, testamentário ou um legatário.

Não é garantido que o cedente disporá de bens de herança, já que poderá não tê-los, devido a eventuais dívidas existentes do espólio, podendo assim não restar em bens a serem distribuídos entre os co-herdeiros ou legatários.

Ao tratar do tema, Orlando Gomes escreve:

A cessão de herança é negócio jurídico translativo sujeito aos pressupostos e requisitos necessários à validade e eficácia dos contratos. [...] requer, assim, que as partes contratantes sejam capazes, tenham legitimação para estipular o contrato,

consintam livremente e observem a forma prescrita na lei (GOMES, 2019).

Giselda Hironaka escreveu sobre a capacidade do cedente:

O ato de cessão somente poderá ser realizado por quem tenha capacidade civil plena, ou seja, aquele que pode alienar, por si, os bens de seu acervo patrimonial. Na hipótese de se tratar de incapaz, necessária autorização do juiz competente para decidir dos atos relativos à incapacidade. Em qualquer das hipóteses torna-se necessário faça o cedente prova de sua condição de herdeiro (HIRONAKA, 2020).

O herdeiro tem que estar legitimado para poder ser cedente, só poderá ceder direito hereditário quem de fato o detenha como herdeiro ou legatário, caso o herdeiro não seja legítimo e efetue a cessão, ficará com a obrigação de restituir o preço recebido ou indenizar o cessionário por perdas e danos.

Sobre esse assunto, Orlando Gomes (2019) assevera que:

[...] a garantia a que o cedente está adstrito resolve-se na obrigação de restituir o preço recebido e reembolsar despesas se a sua qualidade sucessória for excluída por sentença proferida na ação de petição de herança, que a reconheça no respectivo autor.

Caso não restem bens a serem adjudicados ao cessionário, após saldarem-se as dívidas do espólio, entende Giselda Hironaka que “o cedente não poderá ser responsabilizado, exceto quando do instrumento de cessão constar previsão no sentido de que o herdeiro cede direito hereditário de valor determinado” (HIRONAKA, 2020).

O cessionário, sendo equiparado ao herdeiro cedente, cuja titularidade de direito que lhe é cedida, fica responsável pelo pagamento de dívidas no limite do quinhão que recebeu, garante ao mesmo a legitimidade para requerer inclusive a abertura de inventário, conforme o que preconiza o artigo 988 inciso V do Código de Processo Civil.

Tudo o que o herdeiro poderia praticar, para defender, conservar, modificar ou extinguir o seu direito, pode ser praticado pelo cessionário, no limite dos direitos que lhe forem cedidos (RODRIGUES, 2007).

A sucessão aberta é considerada um bem imóvel, por força de lei, conforme o artigo 80, II, do Código Civil, como uma universalidade que mantém o caráter de

indivisibilidade da herança até o momento da partilha, momento pelo qual é regida pelas regras atinentes ao condomínio, conforme o caput do artigo 1.791 do Código Civil e seu parágrafo único:

Art. 1.791. A herança defere-se como um todo unitário, ainda que vários sejam os herdeiros. Parágrafo único. Até a partilha, o direito dos co-herdeiros, quanto à propriedade e posse da herança, será indivisível, e regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio.

A cessão pode englobar, além de direitos, também obrigações e encargos, podendo ser, a herança cedida, negativa. Vejamos o que afirma Orlando Gomes: Transfere-se pela cessão direitos e obrigações, por força de assumir o cessionário, na esfera patrimonial, a posição jurídica do cedente. O adquirente da herança, ou de quinhão hereditário, sucede o transmitente nos respectivos encargos (GOMES, 2019).

O entendimento no sentido de não poder transferir-se a qualidade de herdeiro fica claro nos transcritos que seguem: “Embora o cessionário se sub-rogue nos direitos do cedente, não é a qualidade de herdeiro que se transmite, por ser pessoal e intransmissível, mas apenas a titularidade do quinhão ou legado, na mesma situação jurídica do cedente” (CAHALI; HIRONAKA, 2002).

O artigo 1.793, caput, do Código Civil, trata das situações. Um cedente que é herdeiro único, numa determinada sucessão, ou um co-herdeiro, o que indica não ser tal cedente o único herdeiro, havendo no mínimo dois herdeiros conjuntamente numa mesma sucessão, sendo que os dois podem ceder a totalidade dos direitos que lhes cabem, ou apenas parte deles.

Ressalte-se que jamais a cessão de direitos hereditários poderá existir anteriormente à abertura da sucessão, porque a legislação vigente proíbe a disposição de herança de pessoa viva, preconizada pelo artigo 426 do Código Civil brasileiro.

Nessa seara, Arnaldo Rizzardo (2019) escreve: “O fundamento da proibição está no princípio de que ninguém pode dispor de bens que não estejam ainda em seu patrimônio, de nada valendo o assentimento que o de cujus porventura tenha dado”.

Dispõe o parágrafo primeiro do artigo 1.793 do Código Civil: “Os direitos conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente”.

Em nosso Código Civil, no Capítulo VIII, dentro do Título III, que trata “Da Sucessão Testamentária”, está o direito de acrescer, inscrito nos artigos 1.941 a 1.946.

Com relação a esse instituto, Oliveira Leite (2009) manifesta-se: “Com efeito, o direito de acrescer ocorre também na sucessão legítima e, não sendo instituto de exclusiva incidência na Sucessão testamentária, nada impedirá que fosse incluído no Título I da Sucessão em geral”.

No que diz respeito à sucessão testamentária, encontramos duas formas de direito de acrescer, a primeira é entre co-herdeiros, que ocorre de o testador ter instituído como herdeiro dois ou mais sujeitos, aos quais destinou, em uma mesma disposição testamentária, quinhões não determinados. como ensina Venosa (2016): “As disposições do código são unicamente supletivos da vontade do testador”.

O próprio artigo 1.793 do Código Civil em seu parágrafo primeiro nos dá a resposta. “Os direitos, conferidos ao herdeiro em consequência de substituição ou de direito de acrescer, presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente”. O que acontece é uma presunção de que os direitos recebidos, posteriormente, em decorrência da substituição ou direito de acrescer, não estão incluídos entre os direitos cedidos.

Consoante disciplina o artigo 1.793 do Código Civil, em seu parágrafo segundo, “é ineficaz a cessão, pelo co-herdeiro, de seu direito hereditário sobre qualquer bem da herança considerado singularmente”.

Nota-se que o código refere-se à cessão feita pelo co-herdeiro, uma vez que o direito hereditário originário da sucessão será atribuído somente a ele, e que já o pertence desde o momento da abertura da sucessão, portanto não lhe poderia impor vedação, já que é único herdeiro.

O artigo 1.793 do Código Civil, em seu parágrafo terceiro, estatui: “Ineficaz é a disposição, sem prévia autorização do juiz da sucessão, por qualquer herdeiro, de bem componente do acervo hereditário, pendente a indivisibilidade”.

Em muitas hipóteses, a venda de um bem do espólio pode ser autorizada para pagamento de dívidas da herança, de custas, de imposto de transmissão mortis causa ou outros encargos, para a necessidade urgente dos herdeiros, por estar algum imóvel deteriorando, sendo conveniente a sua alienação. Dispõe o Código de Processo Civil em seu artigo 992, no inciso primeiro, que incumbe ao inventariante, ouvidos os interessados e com autorização do juiz, alienar bens de qualquer espécie.

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1.794, disciplina: “O co-herdeiro não poderá ceder a sua quota hereditária a pessoa estranha à sucessão, se outro co-herdeiro a quiser, tanto por tanto”.

O artigo 1.794 expressa a existência de direito de preferência por parte dos co-herdeiros quando houver cessão de direitos hereditários, feita por um deles.

Havendo expressa exigência de preferência aos co-herdeiros em se tratando de cessão de direitos hereditários a outrem estranho à sucessão, não é mais necessário a alusão antes feita ao direito aplicável ao condomínio.

No artigo 1.794 está expresso a existência do direito de preferência dos co-herdeiros quando existir a cessão de direitos hereditários feita por um deles a uma pessoa estranha à sucessão, entendendo-se que quando a cessão for feita a outro herdeiro, não há de se falar em direito de preferência.

Eduardo de Oliveira Leite, nesse sentido, manifesta-se: “[...] se aqueles negócios forem celebrados com co-herdeiros, já, por interpretação a contrario sensu, não há lugar ao direito de preferência” (LEITE, 2009).

Estatui o mencionado artigo: “Art. 1795. O co-herdeiro, a quem não se der conhecimento da cessão, poderá, depositando o preço, haver para si a quota cedida a estranho, se o requerer até cento e oitenta dias após a transmissão”

O artigo acima transcrito trata da preferência por parte do herdeiro que tenha sido preterido no seu direito. O herdeiro preterido deve obedecer a exigências, para haver para si a quota que já tenha sido cedida a estranho, e as exigências são as de depositar o preço dentro de cento e oitenta dias.

Levando-se em consideração que o depósito pode ser efetuado antes mesmo da abertura do inventário, far-se-á, através de depósito em conta bancária, notificando o co-herdeiro cedente e cessionário.

Da mesma maneira, entende-se que a escritura pública também é necessária. No caso do terceiro estranho à sucessão resistir, o co-herdeiro preferente deverá interpor ação de natureza reivindicatória

4. EFEITOS DECORRENTES DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS, RESPONSABILIDADE DO CEDENTE E DIREITOS DO CESSIONÁRIO

4.1 EFEITOS DECORRENTES DA CESSÃO DE DIREITOS HEREDITÁRIOS

Ressalta evidente que a cessão determina a transferência de tudo o que pertence ao herdeiro, relativamente à herança, ou à parte que compreende à cessão.

A título universal é quando um ou mais de um dos co-herdeiros cede ou cedem, no todo ou em parte, seu quinhão hereditário, devendo a cessão incidir sobre a

totalidade da herança ou do quinhão, atentando para o que preceitua o artigo 1.795 do Código Civil brasileiro, direito de preferência dos outros co-herdeiros.

Silvio Rodrigues (2007) orienta: "O condômino pode alienar a terceiro sua parte indivisa, ou seja, a fração ideal de que é titular; pode mesmo alienar uma parte ou alíquota de seu quinhão [...]".

Segundo César Fiúza (2021): "Cessão de herança é a alienação gratuita ou onerosa da herança a terceiro, estranho ou não ao inventário", e ainda, "a cessão pode ser total ou parcial quando envolver todo o quinhão do cedente ou parte dele".

O cessionário, neste caso, receberá a herança assim como se encontra, ou seja, em estado de indivisibilidade.

A grande questão que se arvora diz respeito à cessão, por co-herdeiro, de bem da herança considerado singular, ou seja, sobre bem certo e determinado da herança, quando a sub-rogação do cessionário relaciona-se tão somente ao particularmente negociado. O Código sanciona com a ineficácia da mesma em dois casos: sem prévia autorização do juiz da sucessão, pendente a indivisibilidade; e quando feita por co-herdeiro sobre bem da herança considerado singularmente.

Parece-nos que a cessão de direitos, a título singular, sobre bem certo e determinado, antes de ajuizada a ação de inventário ou arrolamento, não possa ser feita pelo co-herdeiro isoladamente. Entretanto, se feita pelo conjunto de todos os herdeiros com direito àquela herança, parece-nos que não será afetada pela ineficácia, pois esta terá que ser alegada pela parte prejudicada. Tendo todos os herdeiros participado do ato da cessão, não haveria interessado legítimo para insurgir-se contra o ato. Poderiam, ainda, os demais co-herdeiros participarem do ato para expressar sua concordância, mesmo que não transfiram seus quinhões. Nesse caso, a parte cedida, matematicamente, será abatida da quota do herdeiro cedente, quando da partilha respectiva.

Eduardo de Oliveira Leite (2009), em seus comentários ao Código Civil, ao pontualizar a questão, diz que o co-herdeiro fica impedido de "dispor do bem sem o assentimento dos demais".

4.2 RESPONSABILIDADE DO CEDENTE

Silvio Rodrigues (2007) em sua obra escreve:

No direito romano, a responsabilidade do herdeiro pelas dívidas do de cujus era limitada e absoluta, não havendo meio de o sucessor livrar-se do dever de resgatar citados débitos, pois o

herdeiro entrava no lugar do falecido e, da mesma forma que receba o ativo, assumia, também, o passivo por ele deixado. O patrimônio do herdeiro se confundia com o patrimônio do finado, de modo que os credores deste passavam a ser credores daquele. A situação era ainda mais dramática no caso dos herdeiros necessários, porque, enquanto os herdeiros voluntários podiam repudiar a sucessão, os necessários não poderiam fazê-lo.

Com o decorrer dos tempos, entretanto, abrandou-se esse rigor, permitida sempre a renúncia, para escapar aos efeitos da responsabilidade pelo passivo do de cujus.

Sendo a herança coisa indivisa, a todos pertencendo, o cedente deve, antes de efetuar a cessão, comunicar aos co-herdeiros, concedendo um prazo para expressarem o interesse ou não em adquirir. O co-herdeiro não pode ceder a sua cota a pessoa estranha à sucessão se outro herdeiro a quiser nas mesmas condições e preço. Sem essa providência, o co-herdeiro preterido, depositando o preço e no prazo de cento e oitenta dias após a transmissão, adjudicará para si o quinhão cedido, conforme o que regra o artigo 1.795 do Código Civil.

A cessão não serve como recurso de o herdeiro se subtrair à responsabilidade as obrigações, dívidas. A venda não retira do herdeiro a responsabilidade na proporção do quantum a que corresponde o quinhão.

4.3 DIREITOS DO CESSIONÁRIO

O cessionário, que pode ser outro herdeiro ou estranho, ao receber a cessão, toma o lugar, ocupa a posição jurídica do cedente. Fica sub-rogado em todos os direitos e obrigações, como se fosse o próprio herdeiro. Há, em outros termos, uma atribuição real dos bens componentes da quota de outra pessoa. Entram, nesta quota, os bens móveis, imóveis, direitos e obrigações. Tudo o que poderia praticar o herdeiro, para defender, conservar, modificar ou extinguir o seu direito, pode ser praticado pelo cessionário, que receberá, na partilha, o que o herdeiro cedente haveria de receber.

Com relação à cessão de direitos hereditários anteriormente à propositura da ação de inventário ou arrolamento, destaca-se a possibilidade do cessionário, subsidiariamente, proceder à abertura da mesma, conforme a dicção do inciso V, do artigo 988 do Código de Processo Civil (legitimidade concorrente). O cessionário somente poderá iniciar a ação de inventário, portando o respectivo instrumento de cessão, habilitando-se na forma processual cabível.

Por meio da cessão de direitos hereditários, o cessionário torna-se legitimado para requerer a partilha dos bens.

Em vista de encontrar-se no lugar de um herdeiro, justifica-se, inclusive, que ocupe a posição na ordem da vocação, antes ocupada pelo cedente, o que muitos não aceitam, diante da omissão de seu nome pelo Código, é o que preconiza Arnaldo Rizzardo (2019).

Constitui questão controvertida a de saber se o cessionário do herdeiro pode mover qualquer ação. O cessionário pode acionar aqueles que detêm a herança, o que nos parece mais correto, já que o mesmo assume o lugar do cedente. O direito de reclamá-la não é personalíssimo, e, por isso, ao cessionário assiste a faculdade de judicialmente exigi-la.

Há situações jurídicas, porém, que, salvo deliberação expressa das partes, não estão compreendidas na cessão, que não beneficiam o cessionário. Se o herdeiro adquiriu direitos em consequência de substituição (CC, art. 1.947) ou de direito de acrescer (CC, art. 1.941), esses direitos presumem-se não abrangidos pela cessão feita anteriormente (CC, art. 1.793, § 1.º).

5. CONCLUSÃO

Sem olvidar o fato de que toda pesquisa implica em seleções arbitrárias e fragmentadas de informações, e que, por isso, impõem limites a qualquer anotação conclusiva, foram aqui desenroladas algumas notas que se nos revelaram importantes e que visam salientar certos posicionamentos

Especialmente nos parágrafos segundo e terceiro do artigo 1.793, constata-se que o legislador contemplou o pensamento doutrinário jurisprudencial predominante que vigorava sobre o assunto. Os parágrafos mencionados devem ser visualizados no plano da ineficiência, uma vez que se tratam de institutos completamente diversos.

Algumas peculiaridades na cessão de direitos hereditários devem ser citadas, como, por exemplo, com relação ao exercício do direito de preferência do coherdeiro, contrariando a regra que rege tal direito nas relações de condomínio, o quinhão sobre o qual se exerce a preferência será distribuído entre os co-herdeiros interessados na proporção de suas respectivas quotas hereditárias. Parece ser justo o critério da proporcionalidade que o Código Civil seguiu, respeitando, assim, à vontade do autor da herança, no sentido de manter a mesma proporcionalidade entre os herdeiros.

Vários outros questionamentos surgirão e deverão ser solucionados ao longo dos anos. É bem verdade que o legislador não tem como esgotar as possibilidades, que a realidade lhe apresenta, em disposições legais, prevendo todas as hipóteses em

casos particulares. Cumpra ao jurista ofertar soluções ou sugestões que contemplem as omissões legislativas.

6. REFERÊNCIAS

ALMADA, Ney de Mello. **Direito das Sucessões: sucessão legítima**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 176. v. I.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78. v. 6

FARIA, Mario Roberto Carvalho de. **Direito das Sucessões: teoria e Prática**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 73.

FIÚZA, César. **Direito Civil: curso completo**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021, p. 856.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Direito Civil: Sucessões**. São Paulo: Atlas, 2007, p. 56.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 17. ed. rev., atual. e aum. de acordo com o Código Civil de 2019.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **Os desafios do direito das sucessões na nova década**. 2020. Disponível em: <https://direitocivilbrasileiro.jusbrasil.com.br/artigos/1133533469/os-desafios-do-direito-das-sucessoes-na-nova-decada>. Acesso em: 15 de abril de 2021.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Do Direito das Sucessões. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (coord.). **Comentários ao Novo Código Civil**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. v. XXI.

LISBOA, Roberto Senise. **Manual Elementar de Direito Civil: Direito de Família e das Sucessões**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 228. v. 5.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**, 1ª parte. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 98.

OLIVEIRA, Itabaiana. **Tratado do Direito das Sucessões**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 1987, p. 100. v. I.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 187.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 26. ed. Belo Horizonte: Saraiva, 2007, p. 27. v. 7.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil: Direito das Sucessões**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 27. v. 7.

O REGIME JURÍDICO HÍBRIDO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO: POSSIBILIDADE DE INSERÇÃO DE CLÁUSULAS ARBITRAIS E CLÁUSULAS ECONÔMICAS FLEXÍVEIS COMO ARGUMENTO DE POSSIBILIDADE DE REGÊNCIA PELO DIREITO PRIVADO.

LEONARDO DELSIN: *Advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (OAB/SP), com atuação na área de Direito Público, especialmente em projetos de desestatização e consultorias regulatórias. Bacharel em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie.*

RESUMO: A literatura jurídica não é uníssona quanto ao regime jurídico dos contratos de concessão: enquanto parte defende o regime estritamente público, outra parte defende o regime híbrido, no qual as cláusulas que versam sobre a prestação do serviço público em si são temas de direito indisponível, e por isso sob a égide do direito público; e as cláusulas econômicas nada mais são do que cláusulas comerciais, e por isso sob a égide do direito privado. Uma das argumentações doutrinárias quanto ao regime híbrido é a possibilidade de inserção de cláusula arbitral em contratos de concessão, vez que, conforme o art. 1º e § 1º da Lei nº 9.307 de 199633 (“Lei da Arbitragem”), tal instituto é restrito à matérias relativas à direitos disponíveis. Este artigo buscará demonstrar, mediante vestígios legislativos esparsos, o regime híbrido, vez que, existem, dentro dos contratos de concessão, matérias exclusivas de direitos disponíveis; e, portanto, de direito privado.

Palavras-chave: Regime híbrido dos Contratos de Concessão; cláusula arbitral; cláusulas econômicas; direitos disponíveis e cláusulas de direito privado.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. ORIGEM DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS. 2. A NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DAS CONCESSÕES. 2.1. CLÁUSULAS ARBITRAIS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO: CONSTATAÇÃO DO REGIME HÍBRIDO. 2.2. CLÁUSULAS ECONÔMICAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. 3. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

No Brasil, os primeiros registros de concessões de exploração de serviços públicos são datados da segunda metade do século XIX, época em que o Estado

33 BRASIL. Lei nº 9.307 de 1996. Art. 1º, §1º. Brasília, DF.

precisava acompanhar as mudanças trazidas pela Revolução Industrial, mas não possuía o capital necessário para aporte nas obras de infraestrutura. Dessa época até os dias de hoje, a estrutura mudou diversas vezes: se em um primeiro momento a participação nas concessões era estritamente do capital privado; houve momentos em que se fez necessário uma maior participação do Estado – daí o surgimento das Empresas de Economia Mista e Empresas Públicas – e momentos com o retorno da maior amplitude de participação privada.

Quanto aos contratos de concessão, por muito tempo foram vistos pela literatura e pelo senso comum como meros contratos administrativos, regidos exclusivamente pelo regime de Direito Público, dado a um suposto interesse exclusivamente indisponível. Todavia, essa noção começou a mudar em 2015³⁴, quando foi alterada a Lei nº 9.307 de 1996 (“Lei da Arbitragem”) para prever a possibilidade de utilização de mecanismos privados de solução de conflitos em contratos com a Administração Pública. Tal ponto trouxe à tona a discussão de que dentro dos contratos administrativos, haveriam matérias exclusivas de direito privado; e que não estariam unicamente submetidas ao regime de direito público.

Em 2019 houve o avanço legislativo mais significativo quanto ao tema dessa discussão: o Decreto nº 10.025 de 2019³⁵ expressamente definiu quais seriam as matérias passíveis de arbitragem em contratos administrativos; e, portanto, quais seriam as matérias de direito disponível submissas ao regime de Direito Privado. Nesse sentido, este artigo buscará argumentar, em razão das cláusulas arbitrais e cláusulas econômicas, a presença de matérias de Direito Privado nos contratos de concessão, conferindo a eles o regime jurídico híbrido.

1. ORIGEM DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

No Brasil, durante seus primeiros séculos e até meados do final do século XIX, todo e qualquer serviço público era necessariamente estatal, ou seja, prestado diretamente pelo Estado. Essa mudança de paradigma se deu com a chegada das ferrovias: considerando que o Império não possuía os recursos financeiros e técnicos para a construção e operação das malhas ferroviárias, tais atribuições foram concedidas à iniciativa privada, a exemplo da *The São Paulo Railway Company Limited* (popularmente conhecida como “a inglesa”), que foi construída sob capitalização e engenharia britânica.

Superada a questão da prestação exclusivamente estatal, passa-se à análise da estrutura dos detentores do serviço público: em meados do século XX, a titularidade

34 BRASIL. Lei nº 13.129 de 2015. Brasília, DF.

35 BRASIL. Decreto nº 10.025 de 2019. Art. 2º. Brasília, DF.

dos serviços, até então detidas pelo Estado propriamente dito (isto é, a pessoa jurídica de direito público interno) começaram a serem transferidas para as pessoas jurídicas que, embora ainda estatais, foram criadas por leis especificamente para tais finalidades: as autarquias, que a professora Maria Sylvia descreve como *“serviço estatal descentralizado, com personalidade de direito público, explícita ou implicitamente reconhecida por lei.”*³⁶

Assim, com o impulso capitalista experimentado no final do século XIX e início do século XX, bem como as incertezas políticas que pairavam sob a figura do Estado, na pessoa da então recém-criada República, houve o fomento às concessões.

Eugenia Marolla muito bem definiu a complexa operação de concessão:

Por meio da concessão, o Estado transfere a um terceiro a prestação de um serviço público essencial, sem o comprometimento de recursos públicos, porquanto o terceiro presta o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco, por longos prazos de duração, necessários à recuperação dos investimentos efetuados e reembolso dos custos realizados para a prestação do serviço. Ao Estado cabe a tarefa de fiscalizar e controlar a prestação do serviço, inclusive em relação à remuneração cobrada dos usuários.³⁷

Marolla³⁸ ainda esclarece que, considerando as dificuldades encontradas pela iniciativa privada nos anos de 1920 a 1940 (período que compreende duas guerras mundiais), havia à época uma escassez de recursos privados, o que resultou numa necessidade de maior intervenção do Estado, que passou a criar as sociedades de economia mista, nas quais o controle acionário seria público.

Nota-se então que, nas primeiras concessões, o modelo original era a delegação completa da operação do serviço público à iniciativa privada. No segundo momento, considerando as adversidades econômicas, uma delegação mista, vez que, embora prestado por pessoa jurídica de direito privado, possui o Estado como acionista, na qualidade de garantidor.

José Cretella Júnior exemplifica perfeitamente a mudança da natureza jurídica das concessionárias:

³⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ed, São Paulo: Atlas, 2009, p.427

³⁷ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico financeira dos contratos**. 1ed, São Paulo: Verbatim, 2011, p. 15-16

³⁸ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Ibidem*, p. 17

O Estado, numa primeira fase, delega ao empresário concessionário; numa segunda fase, passa à categoria de sócio, menor ou maior; numa terceira fase, é o acionista maior; na fase final, é o proprietário exclusivo do empreendimento – é o empresário público.³⁹

A fase marcada pela intervenção estatal nas concessões teve seu auge durante os anos de 1970 e 1980, marcados pela política do “milagre econômico”, período no qual foram realizados grandes investimentos custeados por verba pública, o que resultou em um incalculável endividamento externo; e conseqüentemente, sucateando a qualidade dos serviços públicos prestados.

Considerando o colapso dos modelos de concessão com aporte do Estado; e somado ao fato de que a abertura ao capital externo experimentada no início dos anos de 1990, os particulares retomaram o interesse na prestação de serviços públicos.

Assim, é possível dizer que esse processo de desestatização se configurou em uma reforma administrativa, vez que o Estado cedeu (novamente) à iniciativa privada a maciça participação na prestação dos serviços públicos, perdendo o status de prestador e assumindo a função de regulador.⁴⁰

A literatura considera essa nova fase como “contratualização⁴¹”, para reger as relações entre o Estado na figura de regulador e os particulares na figura de prestadores; passando (retornando após décadas) a massiva parte das concessões à titularidade das pessoas jurídicas de direito privado, regidas pelo direito privado; e conseqüentemente caindo em desuso o modelo híbrido com intervenção estatal.

Essa relação entre o Estado e a iniciativa privada fica melhor delineada na literatura portuguesa de Maria João Estorninho, professora da Universidade de Coimbra:

Trata-se de uma forma de administração nova, “negociada ou contratual”, em que o acordo vem substituir os tradicionais atos unilaterais de autoridade, aparecendo em relação a eles como uma verdadeira alternativa e em que os administrados deixam de

39 CRETELLA JUNIOR, José. **Regime jurídico das empresas públicas**. Revista Forense, v. 237, nº 823-5, 1972, p.5-13

40 GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2007, p.182-213.

41 MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.213.

ser meros destinatários passivos das decisões unilaterais da Administração Pública⁴².

Assim, é possível notar que a absorção das empresas estatais pela iniciativa privada no início dos anos de 1990 é resultado do mesmo viés econômico que pairava nas primeiras concessões, nos idos do século XIX: infraestrutura sem ônus financeiro para o Estado.

Sobre a prestação dos serviços, a Constituição atribui a titularidade ao Estado. Entretanto, prevê a possibilidade de prestação subsidiária pela iniciativa privada. Essa prestação subsidiária pela iniciativa privada está refletida pelo art. 173, que define que a prestação exclusiva pelo Estado apenas é mandatória se necessária aos interesses de segurança nacional. Aos demais casos, o princípio da liberdade de iniciativa na exploração de atividade econômica, nos termos do art. 174.

A titularidade do Estado e a possibilidade de delegação ficam claras na análise literal do art. 175 da Constituição Federal, que dispõe que:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado⁴³.

Portanto, nota-se que a regulamentação da delegação dos serviços públicos deve ser feita na norma de lei ordinária, a qual disciplinará sobre o regime das concessionárias e da prestação dos serviços. A tão aguardada lei demorou 7 longos

⁴² ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1996, p.4

⁴³ BRASIL. Constituição Federal (1988). Brasília, DF. Artigo 175.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> acesso em 04 de out de 2020.

anos: o regime jurídico específico das concessões apenas foi normatizado com a publicação da Lei nº 8.987, de 1995 (“Lei das Concessões”).

Em seus primeiros artigos, a referida Lei das Concessões define duas distintas modalidades: a concessão de serviço público e a concessão de serviço público precedida de execução e obra pública:

Art. 2º: Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado⁴⁴;

2. A NATUREZA JURÍDICA CONTRATUAL DAS CONCESSÕES

Passando à análise das teorias quanto à natureza jurídica das concessões, a literatura⁴⁵ adota 3 correntes: (i) unilaterais; (ii) bilaterais ou contratuais e (iii) mista.

O pressuposto da teoria unilateral é de que a concessão é estritamente um negócio rígido, regido pelo direito público; e no qual não há que se falar em paridade de armas entre o concessionário e a Administração Pública.

A ideia de concessão como ato unilateral tem origem no Direito Alemão, que nas palavras de Eugenia Marolla:

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 8.987 de 1995, art. 2º. Brasília, DF.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987_cons.htm> acesso em 05 de set de 2020

⁴⁵ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Op cit, p. 27

[...] a concessão é ato unilateral da Administração Pública, que estabelece, com exclusividade, as condições de outorga do serviço, cabendo, ao concessionário, apenas aceita-las. Como o objeto da concessão – prestação de um serviço público – está fora do comércio, constituindo emanção do poder de império, não é permitido ao concessionário alterar qualquer disposição estabelecida pela Administração. Na concessão, as partes estão em condição de desigualdade⁴⁶.

Quanto ao trecho em questão, é petrificado na lei⁴⁷ que o contrato a ser assinado está estritamente vinculado ao Edital, elaborado pela Administração Pública. Entretanto, há que se fazer uma respeitosa crítica à teoria em questão: em que pese a vinculação ao Edital, que por sua vez carrega as diretrizes estatais, há a participação da iniciativa privada em sua modelagem, seja nas audiências públicas ou mesmo nos Procedimentos de Manifestação de Interesse – PMI. Assim, é possível a constatação de que a afirmação que ao concessionário cabe apenas aceitar as condições é muito abstrata, vez que há o espaço para participação nas fases prévias que moldarão a futura concessão.

A teoria bilateral, por sua vez, parte da premissa de que a relação é exclusivamente contratual, estando coberta estritamente pelo direito privado, tal como em qualquer contrato celebrado entre particulares. Respeitosamente, há que se fazer uma crítica: em que pese grande parte da matéria contratual seja realmente de direito privado, tais como questões tarifárias, por exemplo, a concessão é a prestação de um serviço público, de interesse coletivo, o que configura, quanto às questões pertinentes à sua prestação, a necessidade de submissão ao regime de direito público.

Partindo dessa crítica, chega-se à teoria mista, na qual a relação, assim como na teoria bilateral, é mista. Entretanto, a diferença se dá quanto ao regime, que é híbrido: regido pelo direito privado quanto aos aspectos econômico-financeiro; e regido pelo direito público quanto à prestação do serviço público em si.

Quanto ao instrumento jurídico que molda a relação entre a Administração Pública e o concessionário, necessária nova crítica à teoria unilateral: não se trata de um ato de imposição estatal, vez que os contratos em si também possuem as premissas de interesses privados. Assim ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

46 MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Op cit, p. 27

47 Conforme o art. 4º da Lei nº 8.987 de 1995, que dispõe que a concessão de serviço público será formalizada mediante contrato, que deverá observar os termos do edital de licitação. BRASIL. Lei nº 8.987 de 1995, art. 4º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm acesso em 01 de set de 2020.

A relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença.⁴⁸

Assim, estabelecida a premissa de que a relação entre as partes é contratual; e não unilateral, vez que, mesmo se consideramos que os termos finais do que foi levado ao Edital são de responsabilidade da Administração, houve a anuência do concessionário quando de sua participação no processo licitatório, estando, portanto, o Edital com caráter vinculativo tão somente em face daqueles que o anuíram, mediante apresentação de proposta.

Quanto ao regime dos contratos, há ainda de se falar que, além do interesse na prestação do serviço, o contrato possui ainda um viés empresarial, vez que necessita gerar receitas ao concessionário (além de lucro) e economias à Administração, vez que terá o serviço prestado sem a necessidade de comprometimento de verba pública para tal.

Esse regime híbrido, em que pese não relatado expressamente, fica implícito nas palavras de Hely Lopes Meirelles:

Contrato semipúblico é o firmado entre a Administração e particular, pessoa física ou jurídica, com predominância das normas pertinentes do Direito privado, mas com as formalidades previstas para os ajustes administrativos e relativa supremacia do Poder Público.⁴⁹

Considerando a execução continuada e longa duração dos contratos de concessão, faz-se necessária a ponderação de que estes estão sujeitos a fatos imprevisíveis que podem implicar diretamente na prestação dos serviços ou no equilíbrio econômico financeiro. A literatura aponta que uma forma de dirimir tais conflitos que possam surgir é a regulamentação, na competência das agências reguladoras, as quais deverão normatizar e estabelecer os parâmetros tarifários e de qualidade de execução, conforme bem observado por Rafael Vêras:

48 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 609.

49 MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1991, 10ed., p. 156

[...] (o contrato de concessão) por se tratar de um contrato de direito privado celebrado no âmbito de uma relação que veicula a prestação de um serviço público, esse dirigismo contratual é qualificado pela incidência de influxos regulatórios. Isto porque a metodologia regulatória possibilita que os interesses potencialmente conflitantes em contratos de longo prazo, possam ser equacionados por intermédio de um devido procedimento participativo⁵⁰

Há de se fazer o devido destaque de quando se fala em regulação, não se trata de intervenção⁵¹; e sim de padronização, o que não configura uma imposição pura dos interesses estatais.

Nesse sentido, nota-se uma maior flexibilização quanto aos contratos privados sob a égide das agências reguladoras, que cada vez mais tendendo ao espectro do direito privado, vêm abandonando a ideia de unilateralismo, no qual basta apenas a vontade estatal. Assim bem pontua Alexandre Santos Aragão:

[...] tem, portanto, natureza de contrato privado, mas não, evidentemente, de um contrato privado oitocentista, calcado na liberdade da vontade, no princípio da relatividade e no caráter essencialmente privatístico. Há uma limitação administrativa da liberdade de contratar: trata-se, se incumbente e entrante chegarem a um acordo, de um contrato regulamentado (com cláusulas predeterminadas coercitivamente) e autorizado (sujeito à prévia aprovação da Administração Pública)⁵².

Assim percebe-se a relativização dos contratos de concessão, conferido a eles características de regências pelo regime de direito privado em temas que não tratem diretamente de sua execução. Tal perspectiva fica clara quando analisada sob o ponto de vista da inclusão do art. 23-A na Lei nº 8.987, de 1995, que passou a prever a possibilidade de inserção de mecanismos privados para resolução de conflitos, como a arbitragem. O ponto em questão é a consumação final de que os contratos de concessão, no que possível, são regidos por normas de direito privado; e não exclusivamente pelo direito público, cabendo um maior espaço às agências

50 DE FREITAS. Rafael Véras. **Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação**. Revista Interesse Público – IP, ano 19, n.101. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 225

51 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009

52 ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 472-473.

reguladoras, que normatizarão os índices de qualidade de execução e tarifas, responsáveis pela composição do equilíbrio econômico-financeiro.

2.1 CLÁUSULAS ARBITRAIS EM CONTRATOS DE CONCESSÃO: CONSTATAÇÃO DO REGIME HÍBRIDO

Conforme exposto no tópico anterior, a simples possibilidade de inserção de cláusulas arbitrais em contratos de concessão (e demais contratos administrativos, a exemplo do art. 151 da Lei nº 14.133 de 2021 – Nova Lei de Licitações) demonstra configurado o regime híbrido, vez que a arbitragem é restrita a temas de direito privado.

Especificamente quanto à arbitragem, o referido instituto possui o sentido de “meio privado para solução de conflitos”. Dizemos que é um meio privado pois dispensa a figura estatal, ou seja, no litígio arbitral não há a figura do Poder Judiciário (salvo em necessidade de execução da sentença arbitral, vez que a coercitividade é restrita ao Judiciário).

Nesse sentido, a arbitragem se dá mediante uma cláusula arbitral, que na verdade é um acordo de vontades entre as partes, na qual estabelecem que eventual litígio será demandado perante uma Câmara Arbitral; e não perante o Poder Judiciário. Portanto, trata-se, novamente, de um tema de direito privado, de matéria contratualista:

A arbitragem possui um caráter privatista tanto no que se refere a sua origem, quanto a respeito da qualidade dos árbitros. Assinala que não são juízes, mas particulares que assumem a qualidade de funcionário público e que não administram a justiça em nome do Estado, senão pela vontade das partes. Baseia-se no fato de que no que tange a direitos disponíveis não pode o Estado privá-las da faculdade de escolher o método para resolvê-las. Afinal, os árbitros obtêm suas faculdades de vontade das partes, e não da lei, pois função jurisdicional é uma das formas em que se exterioriza a soberania do Estado, e sendo este poder um atributo indelegável, o legislador não poderia conceder esta função a um particular, pois o mesmo não possui as características próprias de um agente público.⁵³

⁵³ MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. *Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!*. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. p. 111.

Especificamente quanto aos contratos com a Administração Pública, a menção expressa à possibilidade de inserção de cláusula arbitral apenas veio em 2015, quase 20 anos após a publicação de Lei de Arbitragem: conforme disposição da Lei nº 13.129 de 2015, foi inserido na Lei nº 9.307 de 1996 o §1º ao art. 1º, conferindo à administração pública a faculdade de se valer da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos disponíveis. Portanto, nota-se mais um argumento à defesa do regime híbrido: a simples presença de matérias de direito disponível derrubam a ideia de que todo e qualquer negócio jurídico tendo a presença da Administração Pública confere à matéria o caráter de direito indisponível.

Outra alteração legislativa que merece expresso destaque é o Decreto nº 10.025 de 2019, que regulamenta o procedimento arbitral em demandas dos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário, nas quais haja a presença da Administração Pública Federal (como por exemplo em demandas oriundas de contratos de concessão federal de referidos setores).

O necessário destaque é que o referido decreto não apenas menciona que a arbitragem apenas abrangerá temas disponíveis; ele elenca taxativamente em seu art. 2º quais são eles: (i) recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; (ii) cálculo de indenizações decorrentes de extinção ou de transferência do contrato de parceria e (iii) inadimplemento de obrigações contratuais por quaisquer das partes, incluídas a incidência das suas penalidades e o seu cálculo. Portanto, tem-se pela primeira vez um dispositivo legislativo elencando quais as matérias regidas pelo Direito Privado atinentes à contratos nos quais a Administração Pública seja parte, destacando assim, em que pese sem menção taxativa, o regime híbrido dos contratos de concessão.

Ponto importante do referido decreto foi estabelecer, em seu art. 2º, inciso I, a recomposição do reequilíbrio econômico financeiro como matéria de direito disponível, portanto, de Direito Privado. De tal modo, ao regime de Direito Público resta apenas a prestação do serviço público propriamente dito, vez que as cláusulas econômicas podem (e devem) ser interpretadas sob o ponto do Direito Privado.

2.2. CLÁUSULAS ECONÔMICAS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Conforme previsto no art. 2º, inciso I, do Decreto nº 10.025 de 2019, taxativamente, as cláusulas econômicas dos contratos dos setores portuário e de transporte rodoviário, ferroviário, aquaviário e aeroportuário são matérias disponíveis, e portanto, de Direito Privado. Entretanto, podemos estender por analogia o referido regime à todas as cláusulas econômicas dos contratos regidos pela Lei nº 8.987 de 1995. Assim, passa-se à análise das cláusulas econômicas e a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro sob a perspectiva do Direito Privado.

Caso fosse possível sua localização em um verbete de dicionário, a expressão “equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão” carregaria a conotação de reestabelecimento⁵⁴ da equivalência entre encargos e vantagens que haviam sido inicialmente acordados, no caso de rompimento.

Em sua obra “Concessões de Serviço Público: a equação econômico-financeira dos contratos”, Eugênia Marolla conceitua que nas concessões comuns, quando o desequilíbrio se der por conta de fato do príncipe, caberá à Administração recompor o equilíbrio:

[...] nas concessões comuns, o risco ordinário do empreendimento corre por conta do concessionário e a sua remuneração advém da exploração do serviço, o que faz com que alguns ônus sejam assumidos exclusivamente pelo particular, quando se tratar de risco ordinário do negócio (por exemplo, elevação do número de indenizações por responsabilidade objetiva). De outro lado, os fatos imprevisíveis e as alterações unilaterais impostas pela Administração Pública para atendimento do interesse público devem ser, necessariamente, compensadas pelo Estado. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões comuns depende, assim, da espécie de álea a qual o evento se enquadra⁵⁵.

Quando se fala em compensação pelo Estado, logicamente não se trata deste assumir referido prejuízo a título de subsídio; e sim de uma compensação ante o ônus criado, a exemplo de uma diminuição proporcional de obrigações, para que as contas se equilibrem. Nesse sentido, nota-se que a melhor palavra que define o instituto do equilíbrio econômico-financeiro é “flexibilidade⁵⁶”, sendo ineficiente (e inviável) sua fixação em uma fórmula contratual fixa e imutável.

Assim, tem-se que a recomposição do equilíbrio-econômico é pautada pela flexibilidade. A flexibilidade, por sua vez, configura-se como direito disponível. Por tal razão, resta demonstrada a disponibilidade das cláusulas econômicas dos contratos de concessão, incluindo sua recomposição em caso de quebra.

54 MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Op cit., p. 39

55 MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. Op cit., p. 44

56 CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por muito tempo, pensou-se que a simples presença da Administração Pública em um contrato conferia a ele o regime de Direito Público, razão pela qual a literatura não era consolidada quanto ao regime jurídico de contratos administrativos: públicos ou híbridos.

Em que pese ainda não exista um entendimento majoritário, ao longo dos anos foram experimentadas diversas alterações legislativas que nos permitem argumentar que os contratos de concessão são híbridos, vez que, cláusulas relacionadas à prestação do serviço em si são de direito público; e os demais pontos são disponíveis; e portanto, de direito privado. Tal argumentação se faz possível em decorrência da (i) Lei nº 13.129 de 2015, que alterou a Lei de Arbitragem, possibilitando a inserção de cláusula arbitral em contratos administrativos e (ii) Decreto nº 10.025 de 2019, que exemplificou taxativamente quais as matérias de direito disponível no âmbito de contratos administrativos.

Nesse sentido, embora a ausência de um normativo que exemplifique taxativamente que “contratos de concessão serão regidos pelos regimes de direito público e privado”, a simples possibilidade de (i) arbitragem e (ii) flexibilidade das cláusulas econômicas conferem à elas a natureza de disponível. Assim, a presença de cláusulas de direito disponível elimina a regência delas pelo regime de Direito Público. Desse modo, resta caracterizado o regime híbrido dos contratos de concessão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Artigo 175. Brasília, DF.

_____. Lei nº 8.987 de 1995, art. 2º. Brasília, DF.

_____. Lei nº 9.307 de 1996. Brasília, DF.

_____. Lei nº 13.129 de 2015. Brasília, DF.

_____. Decreto nº 10.025 de 2019. Brasília, DF.

CÂMARA, Jacintho de Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 171.

CRETELLA JUNIOR, José. **Regime jurídico das empresas públicas**. Revista Forense, v. 237, nº 823-5, 1972

DE FREITAS, Rafael Vêras. **Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação**. Revista Interesse Público – IP, ano 19, n.101. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22ed, São Paulo: Atlas, 2009.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**. Coimbra, Portugal: Almedina, 1996.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.) Parcerias público-privadas. São Paulo: Malheiros, 2007.

MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de serviço público: a equação econômico financeira dos contratos**. 1ed, São Paulo: Verbatim, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Finalidades e fundamentos da moderna regulação econômica**. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e Contrato Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1991, 10ed.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e Arbitragem – Alternativas à Jurisdição!**. 3ª Edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012.

ACORDO DE LENIÊNCIA À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ALEX JOSE TRINDADE FERNANDES:

bacharelado em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBR

RESUMO: O presente trabalho tem o intuito esclarecer acerca dos Dispositivos Constitucionais que tratam do tema onde se busca oferecer melhores incentivos aos agentes econômicos investigados por envolvimento nessas práticas de crimes Contra a Ordem Econômica e Financeira, para que forneçam provas que ajudem a condenar todos os demais membros dos cartéis, para que sejam levados aos tribunais e respondam por suas atividades criminosas, e com isso minimizar os efeitos nocivos a economia popular de forma mais eficaz, conseqüentemente, tornando o jus puniendi e o ressarcimento do erário mais concreto e efetivos. Como metodologia utilizou-se a pesquisa bibliográfica. O presente estudo surge com a necessidade de se entender a relação entre os dispositivos que tratam do Acordo de Leniência e seus aspectos constitucionais, objetivando refletir sobre a suposta inconstitucionalidade de sua aplicação, já que este assunto ainda é pouco explorado em nossos tribunais.

Palavras-chaves: Acordo, Leniência, Dispositivos Constitucionais.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. ACORDO DE LENIÊNCIA - 2.1 CONCEITOS E DEFINIÇÕES - 2.2 OBJETIVOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA - 2.3. BREVE HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA - 2.4 ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL - 3. LEGISLAÇÃO: ACORDO DE LENIÊNCIA E SEUS FUNDAMENTOS LEGAIS - 3.1. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: CONSTITUIÇÃO FEDERAL - 3.2. LEI ANTI CORRUPÇÃO - 3.3 EFEITOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA - 4 - LEGITIMIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA - 4.1. POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO, DEBATES ENTRE AUTORES - 4.2. A APLICAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTOS DE ELUCIDAÇÃO DOS FATOS ILÍCITOS. - 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS - 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. INTRODUÇÃO

Nota-se uma grande preocupação com as infrações contra a ordem econômica, e a dificuldade que as autoridades têm para conduzir suas investigações. Para contribuir com essa questão, surge o acordo de Leniência, instrumento de investigação altamente eficaz e com grande resultado em países estrangeiros.

O presente trabalho tem o intuito esclarecer acerca dos Dispositivos Constitucionais que tratam do tema, onde se busca oferecer melhores incentivos aos agentes econômicos investigados por envolvimento nessas práticas de crimes Contra

a Ordem Econômica e Financeira, para que forneçam provas que ajudem a condenar todos os demais membros dos cartéis, para que sejam levados aos tribunais e respondam por suas atividades criminosas, e com isso minimizar os efeitos nocivos a economia popular de forma mais eficaz, conseqüentemente, tornando o jus puniendi e o ressarcimento do erário mais concreto e efetivos.

O acordo de leniência foi regulamentado recentemente no Brasil, através do Decreto 8.420/15 em harmonia direta com os documentos internacionais existentes, no que diz respeito ao combate direto da corrupção. Desta forma, é necessário que se tenha o conhecimento se tal lei está em consonância com a Constituição, os quais serão observados se goza de constitucionalidade e legitimidade.

O trabalho tem como objetivo apresentar diferentes aspectos doutrinários e jurisprudências acerca do acordo de leniência à luz da Constituição Federal e a importância de sua modernização para maior efetividade em sua aplicação.

O presente estudo surge com a necessidade de se entender a relação entre os dispositivos que tratam do Acordo de Leniência e seus aspectos constitucionais, objetivando refletir sobre a suposta inconstitucionalidade de sua aplicação, já que este assunto ainda é pouco explorado em nossos tribunais.

Não há dúvidas, pois, de que é um instrumento indispensável para conter a corrupção brasileira, mas por ser um direito novo no Brasil e ainda pouco debatido muito será alterado, diversas decisões serão reformadas e muitos entendimentos serão modificados pelo STF, pois o ordenamento pátrio ainda está construindo as bases jurídicas deste ramo do direito.

A necessidade de traçar parâmetros constitucionais acerca da aplicabilidade do Acordo de Leniência surge como o combustível deste trabalho. O estudo que ora se faz presente surgiu da necessidade de se demonstrar possível inconstitucionalidade do Acordo, seus reflexos no mundo jurídico.

2 – ACORDO DE LENIÊNCIA

2.1 CONCEITOS E DEFINIÇÕES

Neste tópico, serão discutidos por meio de alguns autores, conceitos e definições, onde, a partir disso, o presente trabalho seguirá uma linha, o qual torna-se de fácil compreensão, agregando conhecimentos. Ao observar casos em que ocorrem corrupção através de esquemas relacionados ao Poder Público, o que acarreta em cartéis de empresas, que fazem acordos com funcionários corruptos, a fim de garantir facilidade nas licitações foi analisado que, tais empresas seriam corresponsabilizadas

de forma objetiva, por tais atos ilícitos praticados, o qual atenta diretamente ao patrimônio público nacional.

A palavra leniência tem como originalidade o latim, o qual vem da palavra lenitate que quer dizer mansidão ou brandura. Importante ressaltar, que o acordo de Leniência, ao analisar sua natureza, observa-se a sua proximidade demasiadamente dizendo em relação a delação premiada da área penal. Com isso, existem diversos autores que consideram que ambos possuem o mesmo escopo, pois têm a obrigatoriedade de buscar garantir e efetivação das investigações.

De acordo com Libório (2009), tem-se:

aplicado ao campo do Direito Concorrencial, o instituto da leniência pode ser entendido como qualquer sanção ou obrigação que seja considerada menos severa que aquela exigida na falta de uma cooperação plena ou voluntária. Diante da dificuldade de obtenção de provas de determinadas infrações à ordem econômica, o acordo de leniência possibilita que o integrante de uma eventual prática ilícita componha com o órgão responsável pela repressão dessas infrações, a fim de auxiliá-lo a conseguir provas contra os demais participantes, em uma espécie de delação premiada. Em troca, o delator receberá das autoridades um abrandamento da sua punição, ou até mesmo, o perdão. (LIBÓRIO, 2009, p.9)

O acordo de leniência surge com o intuito de esclarecer informações sobre o ato ilícito, tal qual, corrupção, entre o infrator e o poder público, já que isso gera dano para o interesse coletivo, e dessa forma facilitar as investigações para a continuidade do processo.

Nesse sentido, Gesner Oliveira e João Grandino Rosas definem Acordo de Leniência como:

“[...] uma transação entre o Estado e o delator que, em troca de informações que viabilizem a instauração, a celeridade e a melhor fundamentação do processo, possibilita um abrandamento ou extinção da sanção em que este incorreria, em virtude de haver também participado na conduta ilegal.”

Quando há uma boa aplicação, o Acordo de Leniência mostra que as autoridades, no decorrer do processo do tal instituo, onde haverá de certa forma, o esclarecimento dos atos ilícitos por parte do infrator, apresentará provas que comprovem efetivamente sobre a materialidade e a identificação dos demais

envolvidos nos delitos que dificilmente se conseguiria por meio das vias ordinárias de instrução.

Tendo em vista, estas situações, o Thiago Marrara que a leniência faz com que existe prevenção de possíveis efeitos ainda mais negativos, ou seja, ao oferecer benefícios ao “infrator amigo”, o Estado traz a possibilidade de minimizar a punibilidade para com os infratores, porém, em contra partida, além de se ter a possibilidade de devolver aos cofres públicos, dinheiro desviado através da corrupção, consegue esclarecer fatos que fazem com o que aconteça tais esquemas..

Sendo assim, é considerado uma forma moderna na busca de se ter informações pertinentes ao esquema que acontecera na esfera administrativa, onde o Estado consegue através de suas autoridades judiciais, fazer com que, os próprios acusados ajudem para com o processo de investigação, e em troca, teria sua punição por cometer tal ato ilícito minimizado. Com isso, usufruindo tais artifícios legais, o infrator cooperava diretamente nas investigações, onde o mesmo, é considerado um dos participantes, desta forma, agiria na demonstração de seus próprios atos ilícitos praticados. Diante disso, o tal infrator, passa a ser o colega de trabalho, obviamente com suas devidas recompensas firmadas no acordo.

Quando se fala em leniência, tem-se o entendimento a respeito daquilo que seja marcado por suavidade, isto como característico, além disso, traz uma sensação do que pode ser agradável, onde ocorre a tal lenidade. Já o Acordo de Leniência, de forma sistemática, compreende a possibilidade do infrator fazer parte da investigação, onde o mesmo possa verificar o dano, a qual fora cometido, a fim de conseguir benefícios. (ANTONIK, 2016, p. 53)

2.2 OBJETIVOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA

Levando-se em consideração o caráter sigiloso e fraudulento dos cartéis, que dificulta a sua detecção, assim como a incapacidade de provar a sua prática através apenas do monitoramento do mercado, e análise econômica dos dados públicos disponíveis que demonstre a existência de um paralelismo de preços entre os concorrentes, essa ferramenta de investigação tem se demonstrado muito útil no combate a essa conduta, já que nem sempre as investigações instauradas pelas autoridades antitrustes, por si só, resultam em provas suficientes para levar à condenação das empresas e pessoas físicas envolvidas na prática colusiva.

No entanto, de forma até paradoxal, para que os membros do cartel sejam “incentivados” a se utilizar desse instrumento como estratégia para escapar de uma condenação, é necessário que a autoridade antitruste detenha a capacidade de detectar e condenar o cartel. Pois, caso os agentes econômicos não se sintam

ameaçados por, pelo menos, uma expectativa de serem descobertos, e assim condenados pela violação antitruste, eles não serão levados a aderir ao programa de leniência.

Se presente a possibilidade de detecção do cartel pela autoridade antitruste, o acordo de leniência poderá ser: (...) um instrumento capaz de contornar o problema de obtenção de provas de acordos anticompetitivos, de aumentar a probabilidade de condenação e também de deter a formação dos cartéis, ao afetar sua estabilidade. (VASCONCELOS, 2007)

No âmbito desse novo programa de leniência, uma empresa que tenha interesse em colaborar com as investigações prestando informações e entregando provas sobre a atividade ilegal em troca da imunidade criminal, poderá fazê-la em dois momentos, desde que preenchidos determinados requisitos. Assim a proposta de leniência poderá ser submetida antes de a investigação ter sido iniciada, se presente os seguintes requisitos:

1. O Departamento de Justiça já não tenha recebido informações sobre a atividade ilícita de outra fonte;
2. A empresa cesse prontamente e efetivamente a sua participação na atividade ilegal;
3. A empresa coopere plena e permanentemente com as investigações;
4. A confissão do ilícito se configure como um ato da empresa e não como um ato isolado e individual de um dos seus executivos;
5. Sempre que possível, a empresa restitua as partes afetadas pela atividade ilícita;
6. A empresa não tenha coagido outra parte a participar da atividade ilícita, e não seja a líder da atividade. (US Department of Justice, 1993)

Ou então, a proposta de leniência poderá ser submetida após o início das investigações, se presente os seguintes requisitos:

1. A empresa seja a primeira a se qualificar com relação à atividade ilegal;
2. O Departamento de Justiça não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa;
3. A empresa cesse prontamente e efetivamente a sua participação na atividade ilegal;

4. A empresa coopere plena e permanentemente com as investigações; (XX)
5. A confissão do ilícito se configure como um ato da empresa e não como um ato isolado e individual de um dos seus executivos;
6. Sempre que possível, a empresa restitua as partes afetadas pela atividade ilícita;
7. A empresa não tenha coagido outra parte a participar da atividade ilícita, e não seja a líder da atividade.

É importante registrar que se uma empresa celebra um acordo de leniência, os seus diretores e empregados que admitam o envolvimento na atividade ilegal como parte de uma confissão corporativa, poderão receber a imunidade criminal também.

Ibrahim Acácio Espírito Sobral (2001, p. 134) revela que:

“Os órgãos de defesa da concorrência têm, atualmente, a formação e a atuação de cartéis como o distúrbio à ordem econômica que mais os desafia, gerando grandes dificuldades à efetiva responsabilização dos agentes, pois a obtenção de dados demonstra-se precária. Dada a ilegalidade e a clandestinidade que revestem a formação e a atuação de cartéis, a sua investigação e a comprovação são bastante complexas, exigindo dos órgãos estatais mecanismos capazes de desestruturar internamente o cartel de modo que a prática venha a público”

Conforme mencionado em decorrência desses resultados ocorridos no sistema norte-americanos o instituto do Acordo de Leniência sofreu um processo de globalização, e passou a ter previsão em vários ordenamentos jurídicos internacionais.

Ibrahim Acácio Sobral destaca que o acordo de leniência deve ser visto como “um elemento adicional à tradicional lógica funcional da sanção, no prisma do sistema jurídico”, o que caracteriza um incentivo negativo à ação ilícita (ou avessa à norma dispositiva) por parte dos agentes privados(SOBRAL, 2001)

Desse modo, nesta linha de pensamento o enfoque bidimensional da prática de cartéis no Brasil (criminal e administrativo), mostra que a leniência poderá inclusive adquirir a forma de concessão de imunidade criminal. Sendo assim a leniência perante os órgãos de defesa da concorrência também, em geral, promove a redução, e até a isenção, das multas no âmbito dos processos administrativos.

2.3. BREVE HISTÓRICO DO ACORDO DE LENIÊNCIA

A origem do acordo de Leniência ocorreu nos Estados Unidos nos anos 70. É um instrumento que viabiliza investigações na área concorrencial e econômica, e também os meios da corrupção. Esta forma de investigação, que de certa forma, passa a ter um direcionamento, está relacionada, com pessoas investigadas, e que passaram a colaborar com a justiça por meio desse acordo, no intuito de se ter redução das penalidades e etc. (FIDALGO, 2015, p. 254-255)

Em relação a sua estruturação, como hoje se ver, observou-se que houve essas mudanças, a partir dos anos 90, onde passou-se a ter as características que existem na atualidade, tal qual, programa de leniência corporativa. (VILARD, 2008, p. 144-145)

Em relação a este programa, onde tal, ocorre na área concorrencial, observou-se que, é estabelecida a concessão da leniência, nessa sistemática, caso não se tenha uma investigação da infração, o que de forma prévia manifestação da empresa. Segundo PETRELLUZZI (2014), pode ser admitida, mesmo que já existe processo investigatório, fazendo com que, os direitos e funcionários possam se dispor para haver a cooperação com as autoridades.

Em virtude, do resultado satisfatório, com relação à política de anticorrupção, que fora adotada pelos Estados Unidos, tal qual, acordo de leniência, muitos órgãos de defesa de diversos países, passaram a adotar esse modelo, tendo em vista, o intuito de desarticular os cartéis existentes.(VILARD, 2008, p. 145)

Os Estados Unidos, no final dos anos 90, observou-se os seguimentos que partiam do Departamento de Justiça norte-americano, onde fora realizado diversos memorando no intuito de coexistir diretrizes para serem seguidas por promotores federais, onde devem verificar se tem a obrigatoriedade de propor ação de natureza penal ou não.

Nos Estados Unidos, desde o ano de 1999, o U.S Department of Justice, o Departamento de Justiça norte-americano, publica memorandos que estabelecem diretrizes a serem seguidas pelos promotores federais, quando esses forem decidir se devem ou não propor ações de natureza penal contra as pessoas jurídicas. AYRES, 2015, p. 241)

Importante ressaltar, que como existe certa limitação entre as pessoas que fazem parte das condutas ilícitas, e por conta disso, torna-se complexo tais situações, o que pode acarretar na dificuldade de se ter provas, já que estas, precisarão observar outros países. Dito isso, percebe-se a importância de realizar estes tipos de acordos.

No ano de 2010, diversas empresas violaram o FCPA, resultando-se em multas que passam a casa de 1,5 bilhões, o qual fora considerado um recorde desde o

surgimento da lei no ano de 1970. Ressalte-se que tais sanções estão relacionadas com aplicabilidade dos acordos, onde empresas puderam colaborar com a justiça, admitindo-se essas condutas consideradas ilícitas (AYRES, 2015, p. 242)

2.4 ACORDO DE LENIÊNCIA NO BRASIL

Como já observado anteriormente, apesar de já ocorrer desde o ano de 1970 a implementação do instituto de leniência, aqui no Brasil, aportou-se apenas, a a partir dos anos 2000, por meio da Lei 10.149/2000, o qual instituiu-se o acordo de leniência, tendo aplicações nas condutas ilícitas que tenha caráter, evidentemente, econômica e concorrencial. (PETRELLUZZI, 2014, p. 91)

Dito isso, como já dito, efetivou-se em 2000, por meio da lei que já fora supracitada, onde houve alteração a Lei do CADE, Lei 8.884/94 (ANTONIK, 2016, p. 54). Ressalte-se que o Brasil deu um salto, por conta da tendência mundial, o qual introduziu dentro do seu ordenamento jurídico o acordo de leniência, por meio da Medida Provisória número 2.055, de 11 de dezembro de 2000, que, posteriormente, foi convertida na Lei nº 10.149/2000, que, inclusive, acrescentou à Lei nº 8.884/94 os artigos 35-B e 35-C. (VILARD, 2008, p. 145)

Sabe-se que o acordo de leniência são acordos que possui uma relação entre o Poder Público junto aos agentes envolvidos em uma infração. Verifica-se que a Lei 8.884/94, com a promoção das alterações pela Lei nº 10.149/2000, ocorreu a sua revogação pela Lei do CADE nº 12.529/2011. Sobre o acordo de leniência, esta encontra-se previsto no artigo 86 da lei dita cuja citada, Ressalte-se que esta lei, trata de forma exclusiva o acordo de leniência, nos crimes que condizem a ordem economia, onde tem-se a competência pelo Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrença, qual seja, lei Antitruste, (ANTONIK, 2016, p. 54)

Na lei anticorrupção brasileira, o acordo de leniência encontra-se nos artigos 16 e 17 da Lei Anti corrupção brasileira, qual seja, Lei 12.846/2013, dispendo da responsabilização tanto administrativa quando civil, dos atos conta a administração nacional ou estrangeira. (AYRES, 2015, p. 239)

Observando a historicidade que remete-nos a entender o acordo de leniência, entende-se a sua relação com a previsão da Lei Anticorrupção, o Projeto de Lei 6.826. dando origem, posteriormente, a Lei 12.846/2013. Nesta não havia a possibilidade de ser feito os acordos de leniência, informando-nos que, havia uma certa limitação, dizendo que a cooperação na apuração das infrações levavam-se em consideração até na aplicabilidade das sanções.

Tendo em vista, essa não especificação do acordo, apresentou-se na Comissão Anticorrupção e Compliance do IMBRADEMP, em relatório encaminhado ao Relator da PL 6.826, sugerindo-se que tivesse a previsão do acordo de leniência. Conforme reconhecido pelo Relator da PL 6.826 em seu primeiro substitutivo ao projeto de lei, acabou sendo incluída a possibilidade de celebração de acordo de leniência no texto do projeto de lei aprovado. (AYRES, 2015, p. 244)

No Brasil existe uma sensível resistência ao instituto, principalmente por razões de ordem cultural e em razão da tradição jurídica brasileira. A cultura latina não valoriza a figura do delator, pois este estaria caracterizado como sendo um traidor. No direito norte-americano, que não possui esta carga de preconceito inerente à cultura latina, esses institutos são de larga utilização, qual seja: o instituto da delação premiada, que é dirigido às pessoas naturais, e os acordos de leniência corporativa, com relação às empresas. (PETRELLUZZI, 2014, p. 91-92)

O acordo de leniência é um dos instrumentos utilizados pelas autoridades antitrustes para propiciar a aplicação eficaz da legislação de defesa da concorrência em relação à repressão às condutas anticompetitivas. Por meio dele, busca-se colher informações e documentos de uma fonte diretamente envolvida na conduta ilícita investigada, que levem à detecção da mesma e possibilite a sua punição, em troca da concessão da anistia das penalidades ou sua redução.

O acordo de leniência está previsto na Lei nº 12.529/11, que consiste em um benefício concedido pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) que atende como extintiva da punibilidade ao agente que colaborar com as investigações nos delitos contra a ordem econômica, nos crimes de corrupção, cuja onde é concedida pela Controladoria Geral da União.

Se presente a possibilidade de detecção dos crimes de corrupção, o acordo de leniência poderá ser: (...) um instrumento capaz de contornar o problema de obtenção de provas de acordos anticompetitivos, de aumentar a probabilidade de condenação e também de deter a formação dos cartéis, ao afetar sua estabilidade. No caso dos Programas de Leniência, a redução da punição esperada pode incentivar a infração da Lei Antitruste, como ressaltado por Motta e Polo (2003).

O instituto abordado, surgiu através das experiências que ocorreram nos Estados Unidos com o intuito de observar a possibilidade de haver a facilidade da resolução dos esquemas de corrupção através da cooperação do próprio acusado, para que assim, possa ter a prevenção de problemas que podem acontecer com o interesse coletivo na sociedade

Tais acordos no início de sua aplicabilidade observou-se muitas resistências por inúmeros setores da economia, os quais praticavam cartéis. Como fora analisado

o sucesso destes tipos de acordos, o qual resultou na investigação mais célere e eficiente, se verificou a expansão mundial, onde países, como o próprio Brasil, passou a regulamentar tal instituto, para que houvesse facilidades nas descobertas de esquemas de corrupção entre o poder público e as empresas privadas.

No Brasil, a ineficácia dos instrumentos de combate aos atos de concentração de mercado, fez com que as autoridades antitrustes vissem, nesse instituto, um caminho para a ampliação dos seus poderes de investigação, através do incentivo aos agentes econômicos para que forneçam provas que ajudem a condenar todos os demais membros dos cartéis e acabar com os efeitos nocivos sobre a economia popular.

Na prática, analisa-se que apesar de haver possibilidade de haver diminuição da punição, caso o infrator, consiga provais suficientes para demonstrar como ocorria o esquema de corrupção, havia de certa forma um desestímulo entre os mesmos, justamente porque não existia a extinção da punibilidade, ou seja, era totalmente ligado com o perdão dentro da CADE, considerada área administrativa.

Existem algumas posições sobre a interpretação da aplicabilidade do Acordo de Leniência, que obviamente deverá ser entendida para um melhor estudo, iniciando-se com a posição que demonstra, onde a norma atribuiria à SDE (Secretaria de Desenvolvimento Econômico), onde tem-se as escolhas facultativas de atender o acordo ou não, e desta maneira, caso aceita, não se tem a possibilidade haver o Ministério Público dando entrada com a tal ação criminal, justamente porque, tais acordo são meramente da esfera administrativa, diferentemente da delação premiada.

Outra posição, não existe a aplicação de normas penais regulamentadas para com o Acordo, tratando-se do princípio que tal instrumento perfaz, o qual é atribuída o princípio da Indisponibilidade da Ação Penal. Tem-se outro entendimento que demonstra que o aceite do Ministério Público é imprescindível para a realização do Acordo e para decretação da extinção da punibilidade.

Temos de saber, quais as diferenças existentes entre o acordo de Leniência e a delação premiada. Tal instrumento supracitado no decorrer da temática em questão, nos implica a entender que o acordo é considerado uma causa de redução de pena, e também extintiva de punibilidade, onde há como fundamentos legais a oportunidade juntamente com a conveniência, o qual se traz atribuída por secretário da SDE-MJ.

Já delação premiada, onde visualizamos todos os dias no noticiário através dos noticiário no caso da Lava Jato, busca apenas diminuir a pena do apenado, onde o mesmo terá devidas vantagens e facilidades, justamente por ajudar o Estado na descoberta de esquemas de corrupção que atinge o interesse coletivo na sociedade.

O MP, pode participar do acordo de leniência, pois o cumprimento desta pode resultar na possível renúncia da ação pena, onde é considerada obrigatoriedade, haja visto ser, incondicionada. Porém, com o consentimento do infrator que ajudará nas investigações e no esclarecimentos dos fatos que compõe o esquema de corrupção, observa-se uma certo avanço, na medida que, antes a possibilidade de se descobrir o que ocorria com o dinheiro público, era simplesmente escondido por debaixo de tapete, sem que houvesse, a busca pela verdade.

Depois de observado o contexto histórico sobre o Acordo de Leniência, temos de ver quanto a sua legitimidade a despeito de sua constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Há autores que entendam que tal instituto de acordo é considerado um instrumento inconstitucional, justamente por considerem o desrespeito diretamente ligado a ampla defesa e o contraditório, onde são realizados tais acordos sem a presença dos que podem ser delatados, pois são remetidos ao entendimento de desproporcionalidade dos direitos e garantias fundamentais do cooperador e do “delatado em prol de uma maior eficácia da persecução penal. (FIDALGO, CANETTI, 2015, p 267)

Em continuidade, há autores que entendam a sua constitucionalidade, pois seus requisitos não são necessariamente confissão de participação de ilícito, onde não há auto incriminação, o que entende que não há a violação do direito fundamental (MOREIRA NETO, FREITAS, 2014, p. 18)

Ainda assim, existem autores que defendam que não é considerado um instrumento ético, justamente porque o Estado se vale da afirmação de um “traidor” para que possa chegar aos demais envolvidos na prática do ilícito e, desse modo, não haveria garantia de que o delator esteja sempre dizendo a verdade, razão pela qual não se trataria de um instrumento ético ou moralmente legítimo, de acordo com a visão de Branco (2008, p. 148).

E no desafio de buscar a contrariedade de argumentos que perfazem no entendimento da não constitucionalidade na lei supracitada, temos o instituto como faculdade, ou seja, não há a obrigatoriedade do réu aceitar o acordo, o mesmo possui escolhas livres, porém caso aceito, tem significativas facilidades, no que diz respeito a sua punição, se caso for, considerado culpado.

Neste sentido, Thiago Marrara (2015, p. 511) nos diz que :

[...] negociar não para beneficiar gratuitamente, não para dispor dos interesses públicos que lhe cabe zelar, não para se omitir na execução das funções públicas. Negociar sim, mas com o intuito de obter suporte à execução bem sucedida de processos acusatórios e atingir um grau satisfatório de repressão de

práticas ilícitas altamente nocivas que sequer se descobririam pelos meios persecutórios e fiscalizatórios clássicos.

Tem-se ainda o instrumento visto como melhor para se conseguir a elucidação dos fatos, onde serão analisados todas as provas apresentadas, e obviamente, será concluída, se tal, é considerado real.

E, caso não haja, provas sucintas, e não esclarecimentos de fatos através do envolvidos no Acordo não haverá impunidade, e todos responderão normalmente por suas penas, se forem julgados culpados.

3. LEGISLAÇÃO: ACORDO DE LENIÊNCIA E SEUS FUNDAMENTOS LEGAIS

3.1. FUNDAMENTAÇÃO LEGAL: CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao analisarmos os problemas que assolam o país a despeito da corrupção, as pessoas geralmente associam qualquer autoridade ou pessoa jurídica que tenha vínculo com o Poder Público, como corrupta. Isso, deve-se ao fato de nos últimos anos, serem descobertos diversos escândalos de corrupção.

Nesse sentido, o mestre Modesto Carvalhosa afirma:

A percepção coletiva é de que as grandes empreiteiras, os grandes laboratórios, as companhias de transporte e de coleta de lixo, as fornecedoras dos órgãos governamentais e das empresas públicas e de economia mista têm o domínio político-administrativo e político-legislativo do País. E, na realidade, é o que ocorre.

Dito isso, observa-se o quão as pessoas deixaram de ter confiança no sistema, o qual percebe-se a desmoralização do Estado, em decorrência destes acontecimentos, que ultimamente chamaram a atenção de toda a população.

Sendo assim, o acordo de leniência passa a ter sua importância nesse sistema, o qual representa, por óbvio um ótimo e eficiente mecanismo no combate a corrupção, onde tem o intuito de buscar trazer a moralidade administrativa, sendo esta, considerada um princípio constitucional relacionado com a administração publicidade, tendo sua fundamentação no art 37 da Constituição Federal.

Frise-se que a moral administrativa não coincide integralmente com a comum, mas se refere a valores juridicizados que informam o direito positivo, como a lealdade, a boa-fé, a veracidade e a honestidade, e que devem orientar a atuação de todos os

agentes públicos, em suas respectivas instituições, do Presidente da República ao mais humilde servidor.

A noção de moralidade administrativa está intrinsecamente associada à de legalidade, outro princípio previsto no art. 37 da CF, ao passo que não há de se reconhecer como ofensivo ao primeiro ato que não seja ilegal. Portanto, um ato que infringe certos valores juridicizados não é qualificado apenas como ilegal, mas também como imoral, ao menos do ponto de vista administrativo. Ante o exposto, tanto a moralidade da coisa pública quanto a legalidade colocam-se como principais fundamentos constitucionais do acordo de leniência, em face de sua utilidade no que concerne à recomposição desses princípios.

3.2. LEI ANTI CORRUPÇÃO

Importante ressaltar, que em relação aos acordos que podem ser efetivados, caso exista a colaboração por parte da pessoa jurídica, entende-se que tal não é obrigada a fazer parte desse acordo, porém podem ser benéficas para empresa, já que as investigações continuarão.

Agindo conjuntamente com a justiça, por óbvio, tem suas vantagens, o que pode ser estrategicamente bom para empresa. Sabe-se que as ilegalidades que correspondem o cartel, existe-se em todos os setores empresariais, porém quando se tem pessoas empenhadas para não ocorra a corrupção, certamente passam a existir mudanças nesse sentido. (AYRES, 2015, p. 245)

De acordo com Fidalgo (2015), a supracitada lei, permite acordos de leniência, através da autoridade considerada máxima de cada órgão, com as pessoas jurídicas, que eventualmente são responsáveis concretamente pela prática de ilícitos contra o Estado. É evidente que, tal acordo se dar, pelo fato, de haver colaboração de forma efetiva com os trâmites de averiguações/investigações.

Assim, denota-se que, o infrator na qualidade de pessoa jurídica que vier a praticar atos de caráter ilícito, pode assumir posto colaborativo, no sentido de ajudar sistematicamente nesse processo. É claro que, tal acordo de leniência, só se daria, caso a celebração ocorresse conjuntamente com a pessoa jurídica. Deste modo, entende-se que é, fundamentalmente impossível que haja o acordo diretamente com pessoas naturais que supostamente estariam com envolvimento na prática dos ilícitos.

Heinen (2015) na inteligência de sua pesquisa, afirma que o próprio texto da Lei, deixa claro em suas menções, possibilitando, desta forma, que seja efetuado acordo tão somente com as pessoas jurídicas. Porém, cumpre ressaltar que pessoa natural pode ser punida, de acordo com o artigo 3º da supra lei.

Sabe-se que, o acordo, sujeita-se evidentemente, a resultados em decorrência da colaboração, quais sejam, indicação de outras empresas investigadas para que conjuntamente possam ajudar nas investigações, a identificação incisiva de todos que tem envolvimento direto nos atos de caráter ilícito contra a Administração Pública, e, também, os agentes públicos supostamente ativos e passivos na relação delitiva.

Para Carvalhosa (2015), essas abrangências, acima suscitadas são encontradas no próprio texto da Lei, como exemplo, tem-se o artigo 16, no teor do seu inciso I, que estabelece que um dos resultados, é a identificação daqueles que possuem envolvimento no crime. Nesse caso, o autor deixa claro que, os que cometem tal infração, podem ser tanto as pessoas jurídicas quanto as pessoas naturais revestidas de agentes públicos.

De acordo com Carvalhosa (2015) a pessoa jurídica passa a ter obrigações em relação ao acordo, a partir da assinatura, o que só ocorre as atenuantes penalmente falando, pelo Estado, quando sobrevier resultados satisfatoriamente uteis.

Dessa forma, ao assumir este compromisso, os benefícios ficam estritamente condicionados, ou seja, a partir de resultados concretos, de quem estaria participando ativamente no ato ilícito, ou documentos comprovadamente autênticos, que tiverem capacidade de produzir provas, tirando-se qualquer tipo de dúvida do delito. Nesse sentido, Carvalhosa (2015) caso não ocorra os resultados devidamente autênticos e uteis, o poder público não está comprometido a absolver, ou atenuar as penalizações.

Ayres (2015) alude que, o artigo 16 da supracitada lei, traz condicionantes imprescindíveis para que seja ofertado as atenuantes ou até mesmo a absolvição na condenação, que inicialmente, pelo fatos e provas, era praticamente impossível. Assim, destaca-se incisivamente o teor do inciso II, que permite os benefícios, desde que, haja a comprovação através de documentos e informações de caráter autêntico.

Além disso, menciona-se que o acordo, só será possível, caso se tenha os preenchimentos dos requisitos de forma cumulativa, quais sejam, devendo-se primeiramente, a própria pessoa jurídica interessar-se com vontade própria em ajudar nas investigações, e no mesmo passo, entender que o acordo não existe com o objetivo de a proteger. Estas previsões, encontram-se tipificadas no artigo 16, parágrafo primeiro.

Carvalhosa (2015), entende que o objetivo principal desse acordo, é justamente aprofundar sistematicamente as investigações, permitindo-se que, outras pessoas jurídicas envolvidas, passam nesse momento, a serem descobertas. Sabe-se que, o cumprimento não está adstrito tão somente a questão motivação ou incentivo, não fazendo-se parte propositalmente no regime de leniência.

Novamente, Carvalhosa (2015), em sua obra, consagra o comentário acima, afirmando que, a pessoa jurídica deve, espontaneamente, requerer a sua submissão ao acordo, para que seja possível haver resultados concretos e pertinentes, haja vista, a facultatividade de escolha, e a possibilidade de conseguir diversos benefícios pra si próprio. Dito isso, a autoridade que estiver a cargo do processo de investigação, não pode, constranger para que a pessoa jurídica requeira essa possibilidade.

Citar-se-á abaixo, critérios abordados no teor do artigo 16, no seu parágrafo 1º:

a) a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito”;

b) a pessoa jurídica tem de cessar completamente seu envolvimento na infração investigada, a partir da data de propositura do acordo; e

c) a pessoa jurídica deve admitir sua participação no ilícito. Deve cooperar plena e permanentemente com as investigações e com o processo administrativo. Deve também comparecer, sob suas expensas, sempre que for solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento”.

I - a pessoa jurídica cesse completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; Não seria razoável entabular-se uma tratativa, de acordo de leniência, ao mesmo tempo em que a empresa continuar a fraudar o erário.

III - a pessoa jurídica admita sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Como já dito anteriormente, os critérios acima aludidos devem ser tratados de forma cumulativa. A partir do requerimento da sua participação, como noção lógica, é evidente que a pessoa jurídica ao buscar benefícios, necessariamente estaria afirmando sobre a sua participação em relação aos delitos praticados, assim, em consequência disso, passará a ajudar colaborativamente. Sabe-se também, que tem situações em que essa admissão através de atos ilícitos, pode-se, eventualmente, sobrevier processos em outros países.

Desta feita, é fundamentalmente necessário que a própria pessoa jurídica tenha um tempo no que diz respeito a apuração dos fatos. Ayres (2014) compreende

que, ao aceitar o acordo, a pessoa jurídica deve atender aos chamamentos, prestando informações comprovadamente úteis, trazendo consigo, evidentemente, a demonstração efetiva do ilícito por meio de provas. Durante o andamento do acordo, todas as solicitações, bem como os comparecimentos devem ser atendidas.

Importante mencionar que, o fato da pessoa jurídica ter aceito o acordo, não significa dizer que todas as pessoas jurídicas que forem, eventualmente, citadas serão necessariamente condenadas. Isso porque, é necessário que haja a demonstração forte, tanto na prova documental quanto na prova testemunhal.

3.3 EFEITOS DO ACORDO DE LENIÊNCIA

É evidente que, a partir do acordo efetivado, se saiba, de que forma os efeitos serão aproveitados por àqueles que celebrou, por vontade própria e espontânea, com o intuito de cooperar com as investigações. Assim, inicialmente, destaca-se o parágrafo segundo do artigo 16 da Lei ora suscitada, que traz em seu dispositivo que a celebração deste acordo, isentará a PJ das sanções do inciso II do artigo 65, reduzindo até 2/3 das multas previstas.

Tendo a autoridade, competência para celebrar um acordo junto uma Pessoa Jurídica, que espontaneamente deseja ajudar e cooperar com as investigações, é exigida que haja, em decorrência de tal acordo, resultados satisfatoriamente úteis. Proporcionará benefícios, como já exaustivamente ditos, que dentre os quais, isentará, a publicação de forma extraordinária da sentença condenatória. Além disso, é perfeitamente possível que seja afastado a proibição de receber incentivos.

Heinen (2015) destaca que, no ato da celebração do acordo, é fundamental que haja previsão de forma expressa em relação a redução da multa de até dois terços, não podendo ser inferior quanto ao ato ilícito que fora cometido. Insta salientar, que os resultados positivos que sobrevierem em decorrência do acordo, os benefícios surgem de forma vinculada, ou seja, não se pode sonegar caso se cumpra incisivamente todas as cláusulas. Sendo um rol taxativo, sobre os benefícios, não é possível que seja estipulado outro benefícios, sem ser os que já estão expressamente redigidos na legislação.

O mesmo autor, destaca brilhantemente que a responsabilidade penal é atenuada, tão somente, àquela pessoa que evidentemente, está disposta a transacionar o acordo. Desse modo, entende-se que, tal benefício não pode, sequer estender-se à outras pessoas. Excepcionalmente, o artigo 169, no seu parágrafo único da referida lei em análise, dispõe que, àquelas pessoas jurídicas que fizerem, eventualmente, parte do grupo econômico, ocasionalmente, podem ter benefícios concedidos, desde que, haja ajuste e respeitabilidade das cláusulas pactuadas.

Menciona-se ainda, que partindo do pressuposto, em que se deve ter um olhar específico sobre as condições pré-estabelecidas no acordo, nota-se que, nesse caso, especificamente, o legislador conjuntamente com o Poder Público, sequer deu margem para que o acusado pudesse estabelecer os benefícios, em decorrência da ajuda prestada sob o acordo, tendo, tão somente, benesses já estipuladas fixamente. Diferentemente da Lei Americana, pois dependendo dos resultados que surgirem, é possível que seja estabelecido uma margem livre e adequada de negociação.

Heinen (2015), ao analisar a questão da multa, observa que o legislador não apontou nos dispositivos legais, limite mínimo, mas sim, tão somente o máximo. Isso significa dizer que, poderia existir casos em que não houvesse a redução da penalidade, o que faria com que, tornar-se menos atrativo tal acordo.

Segundo Ayres (2015), com relação ao acordo de leniência, discutiu-se que, a pessoa jurídica, pelo fato de, fazer a referida transação, não se isentaria das eventuais sanções, sendo, portanto, suscetível a ser responsabilizada, especialmente, no âmbito judicial, em que pese a dissolução de forma compulsória, e também, a suspensão das atividades empresariais. Claro que, estas situações ora mencionadas ocorreriam, caso houvesse, comprovação de ser mais grave, como, exemplo, casos em que as empresas foram criadas justamente com a finalidade de caráter ilícito.

Insta salientar que, em relação ao processo de responsabilização judicial, é possível que haja a extinção da solidariedade passiva das pessoas jurídicas que fazem parte do mesmo grupo econômico. Porém, nessa situação, é imprescindível que todos façam parte do acordo de leniência, conforme estabelece o parágrafo 5º do art. 16 da Lei Anticorrupção, tendo ainda, diminuições das penas, previstas no §2º da referida lei.

A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo:

Artigo 16, § 6o A proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo. A proposta de acordo de leniência que foi rejeitada não implica o reconhecimento da prática do ato ilícito investigado.

§ 7o Não importará em reconhecimento da prática do ato ilícito investigado a proposta de acordo de leniência rejeitada.

§ 8 Em caso de descumprimento do acordo de leniência, a pessoa jurídica ficará impedida de celebrar novo acordo pelo

prazo de 3 (três) anos contados do conhecimento pela administração pública do referido descumprimento.

Além disso, o acordo de leniência é causa de interrupção do prazo prescricional dos ilícitos, conforme estabelece o parágrafo nono do artigo 16. Além disso, sabe-se que a lei dispõe de arcabouço grande de autoridades que têm competência para investigaram incisivamente atos considerados lesivos e ilícitos, possibilitando, diante desse fato, a aplicação sanções.

De acordo com Ayres (2015), nos casos em que o ato lesivo alcance várias jurisdições, as pessoas jurídicas devem considerar o envolvimento de todas as autoridades competentes no acordo para evitar que uma autoridade não honre a leniência de outra autoridade.

4 - LEGITIMIDADE E CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE LENIÊNCIA

4.1. POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO, DEBATES ENTRE AUTORES

O artigo 35-B da Lei 7.884 do ano de 1994, destaca que, a Secretaria de Desenvolvimento Economico, fica responsável de fazer uma análise a respeito dos critérios ora objetivos e subjetivos que do acordo, pra saber, evidentemente, se a pessoa jurídica ajudou de forma plena e útil com as investigações, levando-se em conta, se as informações e provas trazidas foram capazes de identificar atos ilícitos, como exemplarmente, o fato de se descobrir PJs que participavam do suposto esquema de corrupção.

A partir dessa análise, posteriormente a própria Secretaria encaminha ao CADE, qual seja, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, que nesse caso, dava plenamente ou não o cumprimento do acordo.

Para José Luis Oliveira Lima e Rodrigo Dall Acqua estes julgamento da CADE são:

“Os efeitos deste julgamento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) que escancaram o descompasso com a Constituição Federal, pois o artigo 35-C determina que, cumprido o acordo de leniência pelo agente, “extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes” contra a ordem econômica. É fundamental notar o uso do vocábulo “automaticamente”, evidenciando que é o Cade, diante do procedimento da SDE, quem decidirá se o cidadão terá ou não a sua punibilidade criminal extinta, sem a necessidade de qualquer intervenção judicial.” (LIMA, DALL ACQUA, 2007)

É evidente que durante a análise, verificam-se as provas colhidas, para que haja, uma definição do cometimento do crime, identificando-se, portanto, os co-autores adequadamente, e ao final, extinguindo-se, dependendo do caso, a punibilidade do ilícito penal. Insta salientar que a Secretaria de Desenvolvimento Econômica e o CADE (muito debatido nessa pesquisa), por óbvio não consideradas integrantes do Poder Judiciária, o que conseqüentemente, não se pode, julgar ilícitos da esfera penal.

Cezar Roberto Bittencourt afirma que:

“Permitir que um órgão administrativo julgue um caso criminal implica em grave ofensa ao princípio da reserva de jurisdição, previsto no artigo 5º da nossa Constituição. Este princípio garante o monopólio do Poder Judiciário em decidir determinadas questões, notadamente as criminais. É em razão da reserva de jurisdição, por exemplo, que não se permite que uma lei outorgue poderes ao IBAMA, Receita Federal ou Banco Central para decidirem o destino de acusados por crimes ambientais, tributários ou financeiros.”(BITTENCOURT, 2004, p.204)

Conseqüentemente falando, sabe-se que a inconstitucionalidade não está adstrita a retirada de benefícios na esfera penal, em decorrência do agente, que tiver utilizado a lei validamente, para a confissão do crime e delação de seus partícipes e coautores. Claramente que, a partir disso, surge então uma repercussão inequívoca, destruindo-se uma lógica construída em relação ao acordo, isso porque a imunidade penal concedida pelo CADE, não torna-se um mero efeito de acordo de leniência.

José Luis Oliveira Lima e Rodrigo Dall Acqua o reconhecimento dão STF aplica-se da seguinte forma:

“Nesta análise, a doutrina da divisibilidade das leis, reconhecida e utilizada pelo Supremo Tribunal Federal. Por esta teoria, também devem ser declarados inconstitucionais os artigos que, embora isoladamente possam ser válidos, são conexos ao trecho ofensivo à Constituição. Esta conexão se manifesta quando os dispositivos legais se mostram perfeitamente integrados, concorrendo para a mesma finalidade e que, ademais, não teriam sido criados separadamente pelo legislador. Diante deste quadro, não só o artigo eivado de inconstitucionalidade deve ser tido como inaplicável, mas também as demais partes da lei que com ele mantém integração.” (LIMA, DALL ACQUA, 2007)

Analisando-se o acordo ante a estrutura jurídica, não nega-se aqui, a ligação primordialmente observada do artigo 35-b com o artigo 35 C-, onde,

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia.

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

Fica claro, que analisando-se estes artigos, tem-se a inconstitucionalidade, visto que, o Poder Legislativo prevê que se deve, automaticamente, extinguir a punibilidade criminal, para que alcancem juntamente um propósito igual.

Mais uma vez, José Luis Oliveira Lima e Rodrigo Dall Acqua o diante disto opinam que::

“Diante de sua incompatibilidade com a Constituição Federal, não se deve admitir nenhum efeito advindo do acordo de leniência, impondo-se, inclusive, o desentranhamento e inutilização de todas as provas obtidas por sua conta. Da mesma forma, deve ser anulado o procedimento ou processo judicial que tenha sido promovido contra aqueles que foram delatados como co-autores da infração, já que, como qualquer cidadão, devem ser protegidos de atos gerados por fontes inconstitucionais”.(LIMA, DALL ACQUA, 2007)

Observando-se os dizeres acima mencionados, é fundamentalmente essencial que haja propostas de cunho legislativo para que seja alterado a lei de concorrência, sobre a grave inconstitucionalidade, visto que, a partir da defesa da concorrência que se dá o combate de condutas anticompetitivas,

4.2. A APLICAÇÃO DOS ACORDOS DE LENIÊNCIA COMO INSTRUMENTOS DE ELUCIDAÇÃO DOS FATOS ILÍCITOS.

A partir do encerramento do procedimento administrativo no CADE, que serão colocadas em plano, as consequências, porém não tem-se aptidão para que seja lançada a aprovação ou não da celebração de acordo de leniência, visto que não tem-se a participação direta da elaboração e aceitação. Efetuado o acordo, aí sim, o

Conselho, observando a questão do seu cumprimento, declarará efeitos que decorrem, efetivamente da aplicação da penalidade.

Seguindo este pensamento em decorrência desses efeitos práticos, surgiram 3 posições, a respeito da aplicabilidade do acordo de Leniência, segundo Marcelo Ferreira de Camargo diz que:

“A primeira posição entende que a norma atribuiria à SDE (Secretaria de Desenvolvimento Econômico) a faculdade de firmar o programa de leniência, e este acordo, na esfera administrativa, impede que o Ministério Público ingresse com a ação criminal.

A segunda posição nega total aplicabilidade das regras do Acordo de Leniência na esfera penal e tem como fundamento o Princípio da Indisponibilidade da Ação Penal Pública.

A terceira posição entende que o consentimento do Ministério Público é imprescindível para a realização do Acordo e para decretação da extinção da punibilidade. Neste sentido, embora a lei 8884/94 não seja expressa a respeito da extinção da punibilidade, ao realizarmos uma interpretação teleológica, poderemos concluir que a concordância do Ministério Público para o Acordo de Leniência dá o necessário suporte a sua aplicação. Isso porque os crimes contra a ordem econômica são de ação pública incondicionada e só o Ministério Público, como titular da ação penal, poderá, nos casos previstos pela lei, dispor ou restringir a sua aplicação. É a importação, para o sistema brasileiro, do princípio da oportunidade e da plea bargain dos E.U.A.”(CAMARGO, 2011)

Obviamente, que de acordo, com os comentários acima mencionados, há, certamente, uma diferença entre a delação de direito penal em relação ao acordo de Leniência, haja vista, que no primeiro olha-se como causa de redução de pena, já no segundo, percebe-se que além de ser considerada uma causa de diminuição de pena, torna-se também, causa de extinção de punibilidade, tendo como grande diferencial, critérios de conveniência e oportunidade e uma conotação tipicamente política atribuída ao secretário da SDE/MJ.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa realizou-se um estudo acerca dos principais aspectos que correspondem o acordo de leniência previsto na Lei Anticorrupção Brasileira. No

decorrer da pesquisa, fora discutido a respeito das conceituações com o intuito de compreender do que se trata o acordo de leniência. Além disso, fora percorrido em relação ao histórico, objetivo, efeitos, e até mesmo a discussão sobre a possível inconstitucionalidade da dita norma.

É evidente que o trabalho se tornou fundamental, haja vista, que tem-se vantagens tanto para as empresas quanto para União. No primeiro caso, Em troca de colaboração nas investigações, os direitos dos acusados são: ter suas penas amenizadas, podem pagar multas menores ao Estado e podem continuar a poder participar de licitações públicas – o impedimento de participar de obras públicas é uma das penas mais temidas por tais empresas. Além disso, há a possibilidade de sequer existir punição, isentando a empresa ou a pessoa de responsabilidade criminal.

No segundo caso, O acordo de leniência tem como principal objetivo ressarcir os cofres públicos. Por si só, esse já é um bom motivo para a sua aplicação. No âmbito administrativo, o Estado impõe condições para que o acordo seja selado. Além de devolver o dinheiro público, o infrator deve confessar as irregularidades que cometeu, cessar tal conduta e cooperar com as investigações.

A colaboração com as investigações desencadeia na descoberta de outros infratores e na quebra de esquemas de corrupção. Portanto, esse tipo de acordo pode proporcionar punição a um número maior de pessoas que cometeram graves penalidades administrativas e penais.

Certamente, não se tem dúvidas, de que o Acordo de Leniência é um instrumento considerado indispensável para conter a corrupção brasileira, mas por ser um direito novo no Brasil e ainda pouco debatido muito será alterado, diversas decisões serão reformadas e muitos entendimentos serão modificados pelo STF, pois o ordenamento pátrio ainda está construindo as bases jurídicas deste ramo do direito.

A necessidade de traçar parâmetros constitucionais acerca da aplicabilidade do Acordo de Leniência surge como o combustível deste trabalho. O estudo que ora se faz presente surgiu da necessidade de se demonstrar possível inconstitucionalidade do Acordo, seus reflexos no mundo jurídico.

Também parece inteligente, em razão dos poucos recursos e modesta estrutura dos órgãos públicos responsáveis pela efetivação deste direito premial, a retroalimentação do sistema, ou seja, utilizar parte do dinheiro resgatado e das multas aplicadas para subsidiar financeiramente os órgãos de execução a delação premiada, assim teremos, a cada dia, melhores equipamentos de investigação e, por consequência melhor combater a corrupção que tanto assola nossa atual sociedade que encontra-se dilacerada.

No mais, o trabalho possibilitou-nos a entender sobre o acordo de leniência, de maneira mais dinâmica, pois sabe-se sobre a importância de se ter o conhecimento, pois como, podemos ver, cotidianamente existem debates referente ao tema, já que o nosso país passa por um momento turbulento com a política. Evidenciando de forma breve e explicativa o acordo de leniência foi possível entendermos essa contextualização.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANGHER, Anne Joyce. **Vade Mecum**. 12 ed. Editora: Rideel: São Paulo: Saraiva, 2011.

ANTONIK, Luis Roberto. Compliance, ética, responsabilidade social e empresarial: uma visão prática. Rio de Janeiro, RJ: Alta Books, 2016.

AYRES, Carlos Henrique da Silva.; MAEDA, Bruno Carneiro. O acordo de Leniência como ferramenta de combate à corrupção. In: SOUZA, J.M.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.). Lei Anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015.

BITTENCOURT, Cezar Roberto Bittencourt. **Tratado de Direito Penal**, Parte geral, 8ª Edição. Editora Saraiva, 2003, p. 204.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Disponível em: . Acesso em: 10 - 11 - 2016.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em set. 2016.

CAMARGO, Marcelo Ferreira de Camargo. **O acordo de leniência no sistema jurídico brasileiro**. Disponível em <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5426>>. Acessado em: 16 jun. 2017, p. 1.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das pessoas jurídicas: Lei 12.846 de 2013. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015

CASTELO BRANCO, Fernando. Crimes econômicos e processo penal: reflexões sobre o acordo de leniência. São Paulo: Saraiva, 2008.

Corporate Leniency Policy (Augst, 10, 1993), disponível em <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/0091.htm>

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Aurélio – Dicionário da Língua Portuguesa – Século XXI. Nova Fronteira: Rio de Janeiro, 1999.

FIDALGO, Carolina Barros.; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de leniência na lei da combate à corrupção. In: SOUZA, J.M.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.). Lei Anticorrupção. Salvador: JusPODIVM, 2015.

FIDALGO, Carolina Barros; CANETTI, Rafaela Coutinho. Os acordos de Leniência na lei de combate a corrupção. In: SOUZA, Jorge Munhos

QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (Orgs.).Lei Anticorrupção. Salvador: Juspodivm, 2015.

HEINEN, Juliano. Comentários à Lei Anticorrupção – Lei nº 12.846/2013. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 243-244.

IBRADEMP: Instituto Brasileiro de Direito Empresarial. Comitê Anticorrupção e Compliance: Comentários ao projeto de Lei nº 6.826/2010. São Paulo. Novembro de 2011. Disponível em: Acesso em: 06 out. 2016.

LIBÓRIO, Polliana Blans. Soluções **Alternativas Negociadas em Defesa da Concorrência**: Acordo de Leniência e Termo de Compromisso de Cessação. 2009. LIMA, José Luis Oliveira. DALL ACQUA, Rodrigo. **A inconstitucionalidade do acordo de leniência**. Revista Consultor Jurídico, 1º de junho de 2007.

MARRARA, Thiago. Acordos de leniência no processo administrativo brasileiro. modalidades, regime jurídico e problemas emergentes.

REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO, v. 2, n. 2, p. 509- 527, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo; FREITAS, Rafael Vêras de. **A juridicidade da Lei Anticorrupção. Reflexões e interpretações prospectivas**. In: Revista Fórum Administrativo – FA. Belo Horizonte, ano 14, n. 156, fev. 2014.

Motta, M.; Polo, M. Leniency program and cartel prosecution. International Journal of Industrial Organization, n. 21, p. 347-379, 2003.

PETRELLUZZI, Marco Vinício; JUNIOR RIZEK, Rubens Naman. Lei Anticorrupção: origens, comentários e análise da legislação correlata. São Paulo, Saraiva, 2014.

PRADO, Luiz Regis. **Da Delação Premiada: Aspectos de Direito Processual**. Boletim do IBCCrim, n.º 159, p. 10-12, fevereiro de 2006.

SOBRAL, Ibrahim Acácio Espírito. **O Acordo de Leniência: Avanço ou Precipitação**. Revista do IBRAC, São Paulo, vol. 8, p. 131-146, n. 2, 2001

VASCONCELOS, Silvinha Pinto; RAMOS, Francisco de Sousa. Análise da Efetividade do Programa de Leniência Brasileiro no Combate aos Cartéis. Juiz de Fora: 2007, disponível em: http://www.ufjf.br/poseconomia/files/2010/01/td_008_2007.pdf, p. 03.

VILARD, C. S.; PEREIRA, F.R.B.; DIAS NETO, T., (Coord), Direito penal econômico: crimes econômicos e processo penal. São Paulo: Saraiva, 2008.

CRIMES FALIMENTARES

FRANCIS PAIVA: bacharelanda do Curso de Direito da Universidade Brasil.

ANDRÉ DE PAULA VIANA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo estudar a natureza jurídica do empresário, suas atribuições frente a administração da empresa, os tipos penais decorrentes dos crimes falimentares. Tratando-se de suas responsabilidades perante os seus credores, e para com a justiça, visando na ocasião de houver cometido algum dos crimes previsto na Lei Falimentar, a sua inabilitação, o lapso temporal decorrente da sentença declaratória de falência houver ou não crime falimentar, que vai acarretar mais tempo fora do controle da empresa ou, da possibilidade de administrar outra qualquer. Vimos que o crime pode ser próprio ou impróprio, os quais remetem ao agente do crime (se for cometido pelo falido ou por outra pessoa que seja pertinente ao processo de falência, como, por exemplo, administradores judiciais, contadores, técnicos, auditores, Juiz, representante do Ministério Público, o gestor judicial, o perito, avaliador, escrivão, oficial de justiça, leiloeiro, dentre outros).

Palavras-Chave: Crimes Falimentares. Fraude. Inabilitação. Reabilitação.

Sumário: 1. INTRODUÇÃO. 2. NATUREZA JURÍDICA DOS CRIMES FALIMENTARES. 3. DOS CRIMES FALIMENTARES; 3.1 Do Crime de Fraude Contra Credores. 4. DA HABILITAÇÃO ILEGAL DE CRÉDITO. 5. CRIMES FALIMENTARES PRÓPRIOS OU IMPRÓPRIOS. 6. DA INABILITAÇÃO DOS SÓCIOS. 7. DOS SÓCIOS FALIDOS. 8. DA CONDENAÇÃO E REABILITAÇÃO CRIMINAL. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

Quando o ativo (bens) do devedor é insuficiente para a satisfação do seu passivo (débitos) caracteriza-se a sua insolvência. Diante desta, se estabelece o arcabouço normativo uma execução especial, na qual todos os credores deverão ser reunidos em um único processo, para a execução conjunta do devedor, ao invés de se submeter a uma execução individual, pois, o devedor insolvente deverá se submeter a uma execução concursal, em obediência ao princípio do *par condicio creditorum*, o qual determina que deve ser dado aos credores tratamento isonômico. (CÔRREA, 2017)

A falência trata-se, portanto, de execução concursal, que de acordo com a qualidade do devedor será regida por regimes jurídicos diferentes. Desta forma, se o devedor insolvente não é empresário, o procedimento que lhe será aplicado é o

concurso de credores, estabelecido pelo Código Civil de 2002 (CC/2002). Mas, se se tratar de devedor insolvente empresário (empresário individual ou sociedade empresária), a execução concursal é outra, regulada pela legislação falimentar, atual Lei 11.101 de 2005 (LRF) (RAMOS, 2013).

A atual lei de Falência e Recuperação de Empresa prevê sobre todas as sanções penais aplicadas para os crimes falimentares e as hipóteses às quais são aplicadas. Dentre essas sanções, a primeira seria a de reclusão, na qual o indivíduo é privado de sua liberdade e impedido de receber os benefícios do *sursis* ou do livramento condicional. Tal pena poderá ser aplicada com a prática de atos fraudulentos que possam prejudicar os credores ou quando houver simulação da composição do capital social, praticados antes ou depois da decretação da falência. (COIMBRA, 2005)

Ainda na lei que dispõe os institutos da falência, existe a pena de detenção, que também é privativa de liberdade, mas, não impõe ao condenado um período de isolamento. A pena de detenção só será aplicada quando houver omissão dos documentos contábeis obrigatórios. Já na pena alternativa, só haverá perda de bens e valores ou prestação de serviços à comunidade. (GRAÇA, 2010)

Existem três espécies de crime falimentar: próprio, impróprio e pré-falimentar e pós-falimentar. O crime próprio é aquele cometido pelo próprio falido; o crime impróprio é aquele praticado por outras pessoas que não o falido; e, os crimes pré-falimentares que são praticados antes da falência e os pós-falimentares são os praticados, logicamente, após a falência.

E então, nos deparamos com o que poderá ser um dos maiores problemas do falido, que é a sua Inabilitação Empresarial, que à depender da sentença, se não houve crime falimentar, este ficará inabilitado por um prazo de 05 (cinco) anos, no entanto, a Lei Falimentar aplica uma pena mais severa para aqueles que praticam o delito, que devem ficar inabilitados por um prazo de 10 (dez) anos.

Ocorre que, apesar de o empresário estar inabilitado, este precisa trabalhar, afinal como qualquer pessoa, têm contas para pagar, e, então, a lei trouxe uma flexibilização, o empresário inabilitado não pode exercer atividade empresarial, porém, nada o impede de ser sócio de outra empresa, ele só não poderá "tomar as rédeas" da atividade empresarial, o que é muito plausível já que, suponhamos, que não obteve êxito frente a administração da atividade empresarial.

Ao final, a pesquisa explica os efeitos da sua condenação, os direitos e deveres do falido, que poderá ser o agente ativo do crime falimentar, em quais situações poderemos ter fraude aos credores, e que a inabilitação será acompanhada da perda da disposição do falido sobre os seus bens.

2 NATUREZA JURIDICA DOS CRIMES FALIMENTARES

No passado existiu divergência quanto a natureza jurídica dos crimes falimentares, ditos como crimes contra o patrimônio, contra a fé pública ou contra a atividade comercial.

A doutrina ainda não é consensual na apreciação da natureza jurídica do crime falimentar. (SAHINA, 2005)

Nesse sentido Almeida (2005, p.355):

Há na doutrina grande divergência quanto à natureza do crime falimentar, sustentando uns tratar-se de crime contra o patrimônio, como sucede entre nós com Carvalho. Outros, como Galdino Siqueira, consideram-no crime contra a fé pública, não faltando aqueles que, como Oscar Stevenson, o julga um crime contra a atividade empresarial.

Diversos autores penalistas consideram os crimes falimentares como crimes contra a fé pública, outros sustentam que são crimes contra a economia pública, alguns, defendem ainda que são crimes contra a administração da justiça. Existem aqueles que consideram como crimes contra o patrimônio. Por fim, alguns doutrinadores veem os crimes falimentares como crimes plurissubjetivos pela sua natureza complexa, pois ofendem mais de um bem jurídico. (SAHINA, 2005)

Há também tal divergência em relação aos crimes tipificados na Lei Federal de Recuperação de Empresas, pois de todos os tipos penais previsto, é possível identificar que alguns deles se aproximam dos crimes Contra o Patrimônio, já outros podem ser considerados como crimes contra a Administração da Justiça, e já outros, contra a fé pública.

Quando falamos dos crimes art. 173 (desvio, ocultação, ou apropriação de bens), e também nos do art. 174 (aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens), estamos diante de interesses particulares, patrimônio dos credores. Já quando nos referimos ao art. 176 (exercício ilegal de atividade), tutelam os interesses da administração da justiça, a fé pública precisa ser protegida na fraude contra credores qualificada pela falsificação da escrituração contábil. Mantendo o devedor recursos ou valores por outro livro contábil, caracteriza-se ofensa à ordem tributária (ALMEIDA, 2005, p. 355).

3 DOS CRIMES FALIMENTARES

Os crimes falimentares são aqueles tipificados nos artigos 168 a 178 da lei de Falências (Lei nº 11.101/05), muito embora não possuam definição específica no ordenamento jurídico brasileiro. São, portanto, crimes falimentares:

- Fraude a credores;
- Violação de sigilo empresarial;
- Divulgação de informações falsas;
- Indução a erro;
- Favorecimento de credores;
- Desvio, ocultação ou apropriação de bens;
- Aquisição, recebimento ou uso ilegal de bens;
- Habilitação ilegal de crédito;
- Exercício ilegal de atividade;
- Violação de impedimento;
- Omissão dos documentos contábeis obrigatórios.

Os crimes falimentares podem ser “ante ou pós-falimentares, conforme sejam praticados antes ou depois da sentença própria de falência” (MASSON, 2010, p. 192).

A configuração do crime falimentar necessita da presença de três requisitos, sendo estes: a existência de um devedor empresário ou sociedade empresária que tenha sido proferida uma sentença declaratória de falência, ou que tenha concedido a recuperação judicial ou extrajudicial e por fim, é necessário a ocorrência de fatos e atos provenientes de culpa constantes na lei de falência. Faz-se de suma importância ressaltar que o elemento subjetivo deste crime é o dolo ou a culpa. Caso não esteja presente pelo menos um deles não haverá punição. (MOURA, 2011)

Deste modo, verifica-se, portanto, que os crimes falimentares tipificados na referida lei podem ocorrer tanto antes quanto depois da decisão de decretação da falência, da concessão da recuperação judicial ou da homologação da recuperação extrajudicial, ressaltando-se que, sem essa decisão, não há falar-se em crime falimentar, tornando as condutas passíveis de serem caracterizadas como crimes de outra natureza.

Contudo, não é necessário que haja o trânsito em julgado da sentença declaratória de falência, ou concessiva de recuperação judicial ou extrajudicial. Já basta, desta forma, que seja uma decisão, ainda em primeiro grau, para que se caracterize crime falimentar alguma das condutas descritas alhures; podendo, ainda, ser cabível eventual recurso.

3.1 Do Crime de Fraude Contra Credores

Dispõe no artigo 168 da LFRE, que a figura do crime de fraude contra credores, tutelado na Lei anterior no artigo 187, no entanto, com pena que a tornou mais severa, pois a Lei anterior estabelecia pena de 01 (um) a 04 (quatro) anos de reclusão, a LFRE, trouxe uma sanção de 03 (três) a 6 (seis) anos de reclusão e multa.

Previsto no artigo 168, da Lei 11.101/05, o crime de fraude contra credores consiste em:

Artigo 168. Praticar, antes ou depois da sentença que decretar a falência, conceder a recuperação judicial ou homologar a recuperação extrajudicial, ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para outrem.

Pena – reclusão, de 03 (três) a 06 (seis) anos, e multa.

Aqui o sujeito ativo do crime é o empresário, falido ou em recuperação judicial ou extrajudicial, então, é crime próprio, mas, nada impede que outras pessoas possam ser coautores, no entanto vão responder na medida de sua participação.

Diferentemente do que ocorria no passado, hoje tem se em mente que o patrimônio do devedor responde pela dívidas, além do corpo da própria empresa, o seu patrimônio é a garantia da satisfação dos créditos, chega-se à conclusão de que ao dispor de seu patrimônio, o devedor estaria dispondo de algo que em tese pertence aos seus credores.

Sendo no caso uma sociedade, seus sócios, diretores, gerentes, administradores e seus conselheiros, de fato ou de direito, o administrador judicial, poderão também responder pelo crime do artigo 168.

Nesse caso os credores são o sujeito passivo, do ato fraudulento que lhe acarretaram danos e prejuízos. Ocorrendo a fraude depois da sentença aludidas no dispositivo penal, teremos também como sujeito passivo a administração da justiça, que foi lesada.

Acerca do elemento subjetivo do tipo penal, é o dolo. O crime somente pode ser punido pelo dolo direto, pois têm que haver a intenção do agente de praticar o delito, ou seja, obter vantagem indevida em prejuízo de seus credores.

Em relação a conduta do agente, está é comissiva, pois exige-se que na prática do ato fraudulento de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, antes (antes da falência) ou depois (pós falência) da sentença que decretou a falência, conceder a recuperação de empresas ou homologar a recuperação extrajudicial. Não havendo nenhuma sentença, destas listadas, poderá a fraude caracterizar um possível crime de estelionato, previsto no artigo 171 do Código Penal.

Não é preciso que ocorra o resultado pretendido pelo agente, só basta a prática da conduta fraudulenta, que possa resultar prejuízo aos credores. Tentativas só caberia quanto aos atos desencadeados para exaurir atos fraudulentos.

Quanto ao bem jurídico lesionado, há interpretações contrárias: a primeira é que exigirá a ocorrência de dano efetivo aos credores (crimes de dano), se não houver dano, mas apenas a possibilidade de sua ocorrência, a incriminação seria além do necessário, extrapolando o princípio da proporcionalidade do direito penal; já a segunda, entende que estamos diante de crime de perigo concreto e não presumido, haja vista que sua consumação poderá se efetivar tanto com o efetivo prejuízo aos credores, como somente com sua possibilidade concreta deste prejuízo.

Observamos que o tipo penal dispõe que não é necessário, que o ato fraudulento praticado contra o credor esteja relacionado com a falência, somente basta que o ato resulte prejuízo aos credores ou possibilidade da ocorrência de prejuízo, não exige a lei um nexos causal entre a fraude e a falência.

Não define a LFRE o que seria ato fraudulento, sendo necessários recorrer a outras áreas do direito, condutas que tipificam atos fraudulentos.

De acordo com Enedino, deve-se observar o disposto no artigo 185 do CTN, o qual dispõe que se presume fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, o sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa em fase de execução (ENEDINO, 2005, p.204).

Na Lei Falimentar, encontram-se vários dispositivos de natureza comercial, equipara-se fraude à simulação, à falsidade, ao dolo e ao induzimento ao erro essencial, já no Código Civil, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002, preceitua fraude contra credores na seguinte redação:

Artigo 158 - Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por

eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

4 DA HABILITAÇÃO ILEGAL DE CRÉDITO

O crime de habilitação ilegal de crédito está disposto no artigo 175 da Lei 11.101/05.

Artigo 175 - Apresentar, em falência, recuperação judicial ou recuperação extrajudicial, relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsas, ou juntar a elas título falso ou simulado:

Pena – Reclusão, de (dois) a quatro anos, e multa.

Trata-se de crime pós-falimentar, ou seja, passível de punibilidade após a concessão da recuperação judicial, da homologação da recuperação extrajudicial ou da decretação da falência. É crime comum, pois o próprio devedor, ou até mesmo terceiros, podem juntar ou apresentar títulos falsos. O sujeito passivo é a Administração da Justiça.

É crime de delito formal e de perigo, sua consumação ocorre com a apresentação dos relacionados credores, ou reclamação falsa ou com a juntada do título falso ou simulado e, independente do resultado vir a ocorrer, sobrevindo prejuízo, no entanto, é mero exaurimento do delito.

É um delito de mera conduta, desde que apresentada relação de créditos, habilitação de créditos ou reclamação falsas, ou juntada a elas título falso ou simulado, estará caracterizada a infração.

O crime admite tentativa. Contudo, a falsidade dos títulos deve ser convincente, e com capacidade aparente para enganar, todavia, se for uma falsificação grosseira, não se configura o crime, pois trata-se de crime impossível, conforme previsto no artigo 17 do Código Penal, neste caso, a tentativa não será punível.

5 CRIMES FALIMENTARES PRÓPRIOS OU IMPRÓPRIOS

Existem, também, os crimes falimentares próprios ou impróprios, os quais remetem ao agente do crime (se for cometido pelo falido ou por outra pessoa que seja pertinente ao processo de falência, como, por exemplo, administradores judiciais, contadores, técnicos, auditores, Juiz, representante do Ministério Público, o gestor judicial, o perito, avaliador, escrivão, oficial de justiça, leiloeiro, dentre outros).

Vale lembrar que, no caso das sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, são equiparados, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, são equiparados ao devedor ou falido para efeitos penais, conforme prevê o artigo 179 da respectiva lei (COELHO, 2005).

Artigo 179 – Na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade.

Além das penas de reclusão ou de detenção, o sentenciado por crime falimentar poderá ser inabilitado para o exercício de qualquer atividade empresarial (artigo 181, inciso I), impedido de exercer cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades adstritas à Lei de Falências; e, por fim, impossibilitado de gerir empresa ou gestão de negócio.

Em se tratando da competência, o Juízo competente para o julgamento desses crimes é aquele onde tenha sido decretada a falência, ou onde tenha havido a concessão da recuperação judicial, ou, ainda, a homologação do plano de recuperação judicial, ou seja, é a Justiça Comum Estadual.

No entanto, há controvérsias quanto ao juiz que deve julgar esses crimes.

Enquanto há uma corrente que entende que deve ser o juiz falimentar, existe outra, ao meu ver mais coerente, que entende ser o juiz criminal competente para tal.

6 DA INABILITAÇÃO DOS SÓCIOS

A legislação prevê, como regra, que o falido não deve permanecer à frente dos negócios da empresa. Pois, acredita-se que com o afastamento do responsável pela criação do problema, o mesmo seria resolvido.

Porém, existem algumas questões jurídicas sobre a real extensão desta restrição. A primeira se refere ao fato de que a restrição ao falido atinge apenas algumas atividades empresariais, mas possibilita que este exerça atividades menos relevantes. A lei determina a imposição de restrição total, conforme previsto no artigo 102, Lei nº 11.101/2005.

Artigo 102. O falido fica inabilitado para exercer qualquer atividade empresarial a partir da decretação da falência e até a

sentença que extingue suas obrigações, respeitado o disposto no § 1º do art. 181 desta Lei.

A jurisprudência corrobora neste sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO DIREITO COMERCIAL - AÇÃO DE EXCLUSÃO DE SÓCIO - PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO À NORMA DE COMPETÊNCIA PREVISTA NO ART. 164 DO RITJES REJEITADA - PRELIMINAR DE OFENSA AO ART. 835 DO CPC REJEITADA - DETERMINAÇÃO DE OFÍCIO DE PRESTAÇÃO DA CAUÇÃO PREVISTA NO CITADO DISPOSITIVO LEGAL - PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA REJEITADA - QUEBRA DA "AFFECTIO SOCIETATIS" - TENTATIVA DE TRANSFERÊNCIA DE DINHEIRO DA EMPRESA PARA A CONTA PESSOAL DO ADMINISTRADOR - CARACTERIZAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS DEVERES DE SÓCIO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) Não sendo conhecido o Agravo de Instrumento, que tramitou na 3ª Câmara Cível, por aplicação da norma prevista no art. 557 do CPC, havendo a interposição de outro Agravo de Instrumento em um mesmo processo, o primeiro agravo não mais teria o condão de ensejar a prevenção prevista na norma do art. 164 do RITJES, pois esta pressupõe o conhecimento do recurso com julgamento definitivo de mérito ou que ainda esteja em trâmite. 2) Apesar de no caso tratado afigurar-se necessário a prestação de caução pela parte estrangeira que não tem residência nem imóveis no Brasil, como determina o artigo 835 do CPC, isso não seria óbice à concessão de tutela antecipada, mormente quando se atenta para a natureza do instituto da caução às custas, que visa tão-somente resguardar os efeitos de hipotética sucumbência, que só ocorrerá ao fim do processo. 3) A sociedade também deverá fazer-se presente no pólo ativo da ação de exclusão - em litisconsórcio necessário com os sócios - porquanto é dela a obrigação de pagar os haveres do sócio que é compulsoriamente afastado. 4) O afastamento de sócio da administração da sociedade trata-se de medida cabível, sempre que a diretoria, ou determinado diretor ou administrador, locupletar-se ou tentar lucupletar-se com os bens sociais. 5) O deferimento da tutela antecipada nos termos requeridos pelos Agravantes, excluindo o Agravado da participação de todo e qualquer ato que diga respeito à administração da sociedade, pode vir a causar lesão grave e dificilmente reparável, tendo em

conta que um dos Agravantes, ao qual restará afeita a administração da empresa, é sócio majoritário de outra pessoa jurídica com o mesmo objetivo social da qual se almeja excluir o Agravado. 6) Em atenção ao princípio da preservação da empresa, a medida de maior justiça é o deferimento parcial da tutela antecipada requerida, determinando o retorno do Agravado à administração da sociedade, afastando-o apenas da prática de atos que digam respeito à gestão financeira (receber e efetuar pagamentos, efetuar movimentações bancárias, dar quitações, concessões de avais, endossos, oneração e alienação de bens e outros atos dessa mesma natureza). 7) Recurso parcialmente provido. (TJ-ES - AG: 24059010314 ES 024059010314, Relator: CATHARINA MARIA NOVAES BARCELLOS, Data de Julgamento: 07/03/2006, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/05/2006)

O falido não poderá possuir qualquer função administrativa, fiscalizatória ou de outras naturezas, dentro da empresa. Por exemplo, não poderá ser o diretor cultural ou o consultor para assuntos administrativos. O legislador impôs o afastamento, por completo, do devedor.

A condição de falido recai sobre o empresário individual ou sociedades onde a responsabilidade é ilimitada. Nas sociedades limitadas, a falência apenas recai sobre a sociedade, ou seja, sobre a pessoa jurídica.

A inabilitação será acompanhada da perda da disposição do falido sobre os seus bens, como fixado pelo artigo 103 da Lei nº 11.101/2005.

Na doutrina atual existe um questionamento muito recorrente, que consiste em saber se o sócio de uma empresa falida pode constituir uma nova empresa ou ter outra participação societária, e, caso contrário, qual o procedimento necessário para que lhe seja permitido empresarial de novo.

A legislação brasileira que trata da falência aparentemente dá margens a interpretações no sentido de que os efeitos da quebra atingiriam naturalmente os sócios da empresa, fazendo com que eles fiquem inabilitados para exercer nova atividade empresarial. O judiciário ainda não tratou sobre o tema de forma elucidativa, contribuindo para a perpetuação da premissa mencionada. Entretanto, uma interpretação sistemática da lei falimentar permite concluir que, em regra, a falência atinge somente o ente empresarial em si, e não a pessoa natural que integra a sociedade ou a firma individual. (SCALZILLI, 2017)

7 DOS SÓCIOS FALIDOS

A Lei nº 11.101 de 09 de fevereiro de 2005, em seu artigo 82 quando se trata da responsabilidade dos sócios e dos administradores da empresa, dispõe que: todos os sócios sofrerão as consequências da falência da empresa.

No entanto, destaca Coelho (2014, p. 304), serão decorrentes da função exercida na empresa, ou seja, “em termos gerais, a lei atribui ao representante legal da sociedade falida os mesmos ônus processuais reservados ao empresário individual”.

Tais consequências, porém, caso a sociedade se tratar de limitada ou anônima cujo capital estiver integralizado, não será o sócio responsável pelas obrigações sociais, nem será impedido de continuar integrando demais entidades que, por acaso, fazer parte, ou mesmo, ingressar em outra futura. Embora, restrições patrimoniais serão aplicadas ao sócio com responsabilidade ilimitada, dentro dos parâmetros da lei.

Destrinchando as consequências direcionadas aos sócios com responsabilidade ilimitada, cumpre referir que, como menciona o artigo 81 da Lei nº 11.101/05, responderá como falido, e, ainda, ficará impossibilitado de exercer a atividade empresarial.

Ainda, sobre o mesmo dispositivo aludido do artigo 81 da referida lei:

Artigo 81. A decisão que decreta a falência da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, que ficam sujeitos aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade falida e, por isso deverão ser citados para apresentar contestação, se assim o desejarem.

Salienta-se, oportunidade, que Valdo Fazzio Júnior corrobora com tal posicionamento, alegando que:

A decisão que instaura a liquidação judicial da sociedade com sócios ilimitadamente responsáveis também acarreta a falência destes, sujeitos que ficam aos mesmos efeitos jurídicos produzidos em relação à sociedade que integram. É a projeção, no regime de insolvência empresarial, da indistinção patrimonial a que estão expostos (SOUSA, 2014, p. 6).

8 DA CONDENAÇÃO E REABILITAÇÃO CRIMINAL

Havendo condenação, várias são as consequências jurídicas que ensejam sobre o devedor. O Juiz em sentença, deve aplicar pena ao acusado de infração por ele cometida.

A sentença para que tenha seus efeitos concretizados, deve transitar em julgado, isto é, deve ser definitiva de modo que não caiba mais recurso às partes.

O direito penal comporta dois tipos de sanções, a pena privativa de liberdade, ou pena restritiva de direitos e/ou multa.

A pena é concretizada através de uma sentença condenatória. A condenação traz efeitos que podem ser de natureza penal ou extrapenal (BARROS, 2004, p.563).

Os efeitos da condenação dos crimes falimentares, estão previstos no 181 da Lei nº 11.101/05.

Art. 181. São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei:

I - A inabilitação para o exercício de atividade empresarial;

II - O impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria, ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei;

III - A impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.

Os efeitos da condenação por crime falimentar são extrapenais de natureza específica, isto é, somente se aplicam às condenações por crimes falimentares e exigem declaração motivada na sentença, não sendo eles automáticos. Dessa forma, o juiz ao condenar um empresário falido ou em recuperação judicial ou extrajudicial, deverá impor a pena, prevista no tipo penal e, se for o caso, declarar motivadamente na sentença, a inabilitação para o exercício de atividade empresarial, determinando ao cartório, que após o trânsito em julgado, notifique ao Registro Público de Empresas para que tome as medidas necessárias para impedir novo registro em nome do inabilitado.

Após declarada a inabilitação, o empresário está proibido de exercer atividade empresarial de qualquer natureza, tendo que cumprir todas suas obrigações de natureza penal e cível, elencadas pelo artigo 158 da Lei Falimentar, e será concedida através de sentença declaratória.

Artigo 158. Extingue as obrigações do falido:

I - o pagamento de todos os créditos;

II - o pagamento, depois de realizado todo o ativo, de mais de 50% (cinquenta por cento) dos créditos quirografários, sendo facultado ao falido o depósito da quantia necessária para atingir

essa porcentagem se para tanto não bastou a integral liquidação do ativo;

III - o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contado do encerramento da falência, se o falido não tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei;

IV - o decurso do prazo de 10 (dez) anos, contado do encerramento da falência, se o falido tiver sido condenado por prática de crime previsto nesta Lei.

Na prática o falido é submetido, a uma pena quase que perpétua, que dificilmente vai conseguir voltar a praticar atividade econômica ou o livre exercício de suas atividades empresariais, essa situação viola os direitos fundamentais ao trabalho e à livre iniciativa, ademais, vulnera em certa medida a própria dignidade da pessoa humana.

CONCLUSÃO

O instituto da falência acarreta uma série de obrigações, e incumbi-ônus, para os representantes da "massa falida", que da empresa fazem parte, ou que depois de decretado a sentença "pós falência" venham a participar. Pontua os efeitos que a condenação traz para seus sócios e para os credores.

Dispõe os tipos de sociedade empresárias, explanando a respeito do instituto da falência e as consequências que venham a surgir, se a instauração de um processo dessa grandeza, afeta a cada tipo societário.

Vale lembrar que, no caso das sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, são equiparados, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, são equiparados ao devedor ou falido para efeitos penais, conforme prevê o artigo 179 da respectiva lei.

No presente artigo, não houve a exploração das particularidades das Sociedades Simples, pois não possuem caráter empresarial, vez que tal atividade são de natureza intelectual, falamos a respeito dos encargos dos sócios de responsabilidade limitadas e ilimitadas, no processo de falência e pós falência. Chegamos à conclusão que considera os sócios de responsabilidade ilimitada como "falido", como preceitua o artigo 81 da Lei 11.101/05.

Em consequência, o falido não poderá possuir qualquer função administrativa, fiscalizatória ou de outras naturezas, dentro da empresa. Por exemplo, não poderá ser

o diretor cultural ou o consultor para assuntos administrativos. O legislador impôs o afastamento, por completo, do devedor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. **Comentários à Lei de Falências e Recuperação de empresas**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COIMBRA, Valdinei Cordeiro. **Os crimes falimentares na nova Lei de Falências (Lei nº 11.101/05)**. 2005. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/6631/os-crimes-falimentares-na-nova-lei-de-falencias>>. Acesso em: 17 out. 2020.

CORREA, Luis A. Santiago. **Sistema de ineficácia dos atos no regime falimentar**. 2017. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-159/sistema-de-ineficacia-dos-atos-no-regime-falimentar/>>. Acesso em: 17 set. 2020.

COSTA, Daniel Carnio. **Juiz autoriza reabilitação do falido antes do encerramento da falência**. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-set-21/juiz-autoriza-reabilitacao-falido-antes-encerramento-falencia>>. Acesso em: 19 nov. 2020.

DELMANTO, Roberto; JÚNIOR, Roberto Delmanto; DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **Leis penais especiais comentadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

GOMES, Edílson Francisco; FREITAS, Paulo Henrique de Souza. **Crimes falimentares: uma breve análise processual e material das disposições gerais penais da Lei nº 11.101/2005**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/13559/crimes-falimentares-uma-breve-analise-processual-e-material-das-disposicoes-gerais-penais-da-lei-n-11-101-2005>>. Acesso em: 21 out. 2020.

GRAÇA, Camilla Barroso. **Crimes Falimentares**. 2010. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4901>. Acesso em: 17 set. 2020.

MASSON, Cleber Rogério. **Direito penal esquematizado**. 3.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense: São Paulo, 2010.

MOURA, Nayara Oliveira de. **Crimes falimentares**. 2011. Disponível em: <https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6923>. Acesso em: 27 out. 2020.

PARANHOS, Gyzella. **O que é a declaração de falência e como ela funciona**. 2019. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/296695/o-que-e-a-declaracao-de-falencia-e-como-ela-funciona>>. Acesso em: 27 out. 2020.

PEREIRA, Marcela de Souza. **Os efeitos da sentença que decreta a falência em relação aos credores**. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/68120/os-efeitos-da-sentenca-que-decreta-a-falencia-em-relacao-aos-credores>>.

[efeitos-da-sentenca-que-decreta-a-falencia-em-relacao-aos-credores](#)>. Acesso em: 21 out. 2020.

SAHINA, Suellen Barbosa. **O âmbito material e a natureza jurídica dos crimes falimentares sob a ótica da Lei 11.101/2005.** Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/2234/O-ambito-material-e-a-natureza-juridica-dos-crimes-falimentares-sob-a-otica-da-Lei-11101-2005>>. Acesso em: 21 out. 2020.

TOMAZ, Roberto Caldeira Brant. **Sócio de empresa falida pode exercer nova atividade empresária?** 2020. Disponível em: <<https://www.fortes.adv.br/pt-BR/conteudo/artigos-e-noticias/1036/socio-de-empresa-falida-pode-exercer-nova-atividade-empresaria.aspx>>. Acesso em: 23 nov. 2020.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO APLICADO AO DIREITO À PROVA NO PROCESSO CIVIL

JOSE LUIS MORAES RAMALHO:

Bacharelado em direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus -
CEULM/ULBRA.

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar o princípio constitucional do contraditório e de que forma é aplicado ao direito a prova no processo civil. Como metodologia, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, a qual foi possível reunir livros, artigos e monografias com seus respectivos autores para que fosse possível realizar o debate sobre o tema ora proposto. Poderia se dizer que o interesse por referido tema – princípio constitucional do contraditório aplicado ao direito probatório – atine tanto aos lidadores do direito como aos Advogados e Juízes, na medida em que entendemos por demais necessário tanto para o advogado que peticiona ao magistrado para bem representar os interesses de seu constituinte, e ainda fiscaliza, com faculdade de recorrer dos atos judiciais que vem a colidir com os ditames da Carta Magna. Debruçou-se a pesquisa em 03 itens, quais sejam, abordagem geral sobre o princípio do contraditório; principio constitucional do contraditório à luz do Processo Civil e por fim; das provas em espécie e o principio do contraditório.

Palavras-chave: Contraditório; Provas; Constituição; Processo Civil.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - 3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO À LUZ DO PROCESSO CIVIL - 3.1 O CONTRADITÓRIO COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO À PROVA - 4. DAS PROVAS EM ESPÉCIE E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO - 4.1 PROVA DOCUMENTAL - 4.2 EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA - 4.3 Prova Testemunhal - 5 CONCLUSÃO - 6 REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

A proposta deste trabalho é fazer uma leitura do processo civil brasileiro à luz da Constituição Federal de 1988 e, a partir dessa perspectiva metodológica, ler especificadamente o instituto do princípio constitucional do contraditório, e como este se comporta face o instituto jurídico da prova.

Não obstante o modelo de estado que se adote, a legislação infraconstitucional deve bem se acomodar com sua matriz, ou seja, com a constituição vigente. E, num estado democrático de direito, o sistema positivado deve reconhecer, identificar e disponibilizar os meios necessários para a plena e real utilização das garantias

idealizadas no paradigma de estado escolhido pelo constituinte, por delegação do povo.

A Constituição Federal brasileira, exatamente por ser tão analítica, consagra inúmeros princípios, dentre eles alguns que norteiam a realização de um processo democratizado.

O contraditório é um deles. Trata-se, pois, de um princípio institutivo do processo, que consiste na abertura de espaço para que as partes possam expor seus argumentos, de modo a permitir que o juiz reúna os elementos indispensáveis para o julgamento da causa..

Por certo, em todas as fases do processo ele deve estar presente, com a indicação precisa de que a oportunidade está posta. Somente assim agindo o julgador estará atuando adequadamente a Constituição Federal.

Ocorre que o Código de Processo Civil por ser anterior à norma maior, demanda do intérprete mais amplo domínio da mesma e um esforço hermenêutico de compatível.

Nessa perspectiva constitucional, procura-se analisar o princípio constitucional do contraditório e sua incidência no instituto do direito à prova no processo civil.

Cum grano salis poderia se dizer que o interesse por referido tema – princípio constitucional do contraditório aplicado ao direito probatório – atine tanto aos lidadores do direito como aos Advogados e Juízes, na medida em que entendemos por demais necessário tanto para o advogado que peticiona ao magistrado para bem representar os interesses de seu constituinte, e ainda fiscaliza, com faculdade de recorrer dos atos judiciais que vem a colidir com os ditames da Carta Magna; como ao próprio Magistrado que há de observa-lo, para cumprir a difícil tarefa de prestar a jurisdição qualificada e não equidistante, tanto distante da Lei Maior do Ordenamento Jurídico, quanto alheio ao conflito de interesses e ao bem da vida que as partes disputam em jurídico.

2. DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

Já afirmou Rui Portanova (2013) que o princípio do contraditório é elemento essencial ao processo, mais do que isto, pode-se dizer que é inerente ao próprio entendimento do que seja processo democrático, pois está implícita a participação do indivíduo na preparação do ato de poder.

Neste sentido Cintra et al (2020) assevera que o princípio do contraditório também indica a atuação de uma garantia fundamental de justiça, estando

intimamente ligado ao exercício do poder, sempre influente sobre a esfera jurídica das pessoas, que a doutrina moderna o considera inerente mesmo à própria noção de processo. Também compreende desta forma Cintra et al (2020), quando leciona sobre a questão processual e o poder, afirmando que a inexistência de um procedimento, isto é, um processo sem a existência do contraditório, da dialética, inviabiliza o exercício do poder, pois este fica facilmente vulnerável

A primeira constatação que se pode fazer com base no exposto pelos doutrinadores supracitados, é que de fato o tema que se enfrenta tem toda a sua compreensão calcada no constitucionalismo que, preocupado em manter os direitos fundamentais de liberdade e igualdade, inseriu, na maior parte das Cartas Constitucionais modernamente produzidas, princípios visando preservar ditos valores, que é o caso do princípio do contraditório que busca assegurar a igualdade e a paridade de forças dentro do processo.

No Brasil o princípio do contraditório, conforme aponta João Lacerda Kuhn (1998), além da Constituição de 1969, esteve presente no artigo 72, § 16 da Constituição de 1891, artigo 113, n.º 24 da Constituição de 1934, artigo 122, n.º 11 da Constituição de 1937, artigo 141, § 25 da Constituição de 1946, artigo 150, § 15 da Constituição de 1967, e finalmente no artigo 5º, inciso LV, da atual Carta.

Hodiernamente a Constituição Federal de 1988 pode ser considerada como sendo um novo marco na história democrática do país. No dia 05 de outubro de 1988, surgiu um novo Estado, diverso daquele regido pela Carta outorgada de 1967, e que foi objeto da Emenda Constitucional n.º 01, que praticamente modificou a Carta de 1967.

As garantias auferidas pela Constituição Federal são asseguradas a todos os cidadãos, sejam estes brasileiros ou estrangeiros residentes no país, civis ou militares, brancos ou negros, homens ou mulheres. Todos são iguais perante a lei, para se evitar o abuso ou a ocorrência de privilégios. A Constituição não existe apenas para ser um mero referencial, é a norma fundamental. A sua inobservância é um procedimento grave, que fere os princípios do Estado democrático de Direito.

Dentre as garantias fundamentais auferidas a todos cidadãos encontra-se esculpido no inciso LV do artigo 5º da Carta Magna o princípio do contraditório, assim disposto: "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".

Atenta a doutrina que a inovação na Carta Magna de 1988 foi profunda uma vez que fez com que o princípio do contraditório alcançasse expressamente os processos civil e administrativo. Aponta neste sentido Rui Portanova (2013):

Até o advento da Constituição Federal de 1988, contraditório não tinha um dispositivo específico para o processo civil. Isso não impediu nem sua aplicação nem seu desenvolvimento. Os termos do artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e o princípio da igualdade davam embasamento suficiente. Hoje o texto constitucional é suficientemente abrangente para os largos limites da bilateralidade.

Ainda sobre o assunto é importante levar em consideração os ensinamentos de José Roberto dos Santos Bedaque (2011):

A natureza constitucional do direito de defesa sempre foi pela doutrina firmada. Embora a Constituição anterior fizesse referência expressa ao exercício da defesa apenas no âmbito criminal, entendia-se que a garantia se estendia para os demais ramos do direito processual. Divergiam os autores apenas quanto ao fundamento de tal conclusão. Para alguns, a garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional assegurava não só o direito de ação, mas também o de defesa. Outros sustentavam que a menção expressa à defesa criminal (art. 153, §§ 15 e 16) se devia a circunstâncias históricas; a garantia, na verdade, dizia respeito a todo processo.

Assim, pode-se concluir que mesmo antes de a Constituição trazer de forma expressa a incidência do princípio do contraditório à luz do Processo Civil já se aplicava por analogia a garantia constitucional da instrução criminal contraditória a todo o processo. A nova Carta Constitucional ao fazer previsão expressa do princípio do contraditório a todos os processos (processo judicial ou processo administrativo), correspondeu plenamente aos anseios da ciência processual contemporânea.

Pelo constante no dispositivo, conforme leciona João Lacerda Kuhn (1998) deve o princípio ser estendido a todos os participantes em feitos judiciais, independente de serem pessoas físicas ou jurídicas, autor, réu, oponente, denunciado, assistente, Ministério Público ou até aquelas entidades despersonalizadas, desde que partes em processo, seja judicial, penal, cível ou procedimento administrativo. Atenta Nelson Nery Junior (2016) ao fato de que como as testemunhas e peritos não têm pretensão a ser discutida no processo, sendo apenas auxiliares da justiça, não lhes assiste o direito ao contraditório. Quanto a invocação deste princípio para pessoas físicas, elucida o jurista: "... que à primeira vista poderia parecer restringir-se ao cidadão ou à pessoa física, na verdade essa garantia pode ser invocada por pessoa física ou jurídica, na defesa não só da igualdade processual, mas também dos direitos fundamentais de cidadania, religião, liberdade sexual etc".

De acordo com Nelson Nery Junior (2016), o princípio do contraditório, além de fundamentalmente constituir-se em manifestação do princípio do estado de direito, tem íntima ligação com o da igualdade das partes e o do direito de ação, pois o texto constitucional, ao garantir aos litigantes o contraditório e a ampla defesa, quer significar que tanto o direito de ação quanto o direito de defesa são manifestações do princípio do contraditório. Ainda, de acordo com o renomado doutrinador, esta mesma compreensão é possível se auferir do direito comparado: “Nesse sentido tem se manifestado a doutrina italiana moderna, entendendo haver estreita ligação entre o art. 24 da CF Italiana e o art. 101 do CPC italiano, razão pela qual contraditório significa garantia de ação e defesa para ambas as partes” (NERY JUNIOR, 2016).

3. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO À LUZ DO PROCESSO CIVIL

Após abordar amplamente a definição e o alcance do princípio constitucional do contraditório, passa-se para a sua análise especificadamente a luz do direito processual civil.

O provimento do pedido do autor importa no reconhecimento da juridicidade da sua pretensão e, assim, leva a interferir na esfera jurídica do réu, cuja liberdade sofre uma limitação ou vinculação de direito. A ação, pois, se apresenta sempre como o pedido que uma pessoa faz ao órgão jurisdicional, de um provimento destinado a operar na esfera jurídica de outra pessoa, a esse fenômeno dá-se o nome de bilateralidade da ação, à qual corresponde a bilateralidade do processo.

Cintra et al (2020) que:

Pelo simples fato de ser chamado a juízo, tem o réu, evidentemente, interesse em obter a rejeição do pedido, com a declaração da inexistência do direito afirmado pelo autor e da falta de fundamento de sua pretensão. Em virtude da direção contrária dos interesses dos litigantes, a bilateralidade da ação e do processo se desenvolve como contradição recíproca: é nisto que reside o fundamento lógico do contraditório. Reconhece-se ao réu uma pretensão em face dos órgãos jurisdicionais, a qual assume forma antitética à pretensão do autor (contradição).

Assim, o processo considera sob o prisma da igualdade ambas as partes da lide, mas o principal consectário do tratamento igualitário das partes se realiza através do contraditório, que consiste, repete-se, na necessidade de ouvir a pessoa perante a qual será proferida a decisão, garantindo-lhe o pleno direito de defesa e de pronunciamento durante todo o curso do processo, sem que haja privilégios para qualquer uma das partes.

Do princípio do contraditório, de acordo com Humberto Theodoro Júnior (2021), decorrem três consequências básicas: a sentença só afeta as pessoas que foram parte no processo, ou seus sucessores; só há relação processual completa após regular citação do demandado; e toda relação só é proferida depois de ouvidas ambas as partes.

Entende-se, assim, respeitado o princípio do contraditório quando se dá a todas as partes a oportunidade de defender-se, que o façam, efetivamente, que compareçam em juízo e ofereçam as suas razões, ou permaneçam inativas, depende de sua livre determinação. O contraditório consiste na ciência, por ambas as partes, do que se faz ou se pretende fazer no processo, e na possibilidade de contrariar.

Por fim, cumpre assinalar que em sede de direito processual civil o princípio constitucional do contraditório se manifesta em todos os três tipos clássicos de processos adotados pelo ordenamento positivo pátrio, conforme aponta Nelson Nery Junior (2016), ou seja, no processo de conhecimento, de execução e cautelar constata-se a manifestação do princípio em análise. Acrescenta o doutrinador citado: “O princípio do contraditório atua sempre no processo civil, sendo indiferente tratar-se de processo desenvolvido por meio de procedimento de jurisdição contenciosa ou de jurisdição voluntária”.

É conhecida a posição restritiva de certa parcela da doutrina, quanto à existência do contraditório no processo de execução, dado ao notório desequilíbrio entre devedor e credor, este normalmente exequente, no entanto procurar-se-á não entrar no mérito desta discussão assunto.

3.1 O CONTRADITÓRIO COMO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DO DIREITO À PROVA

Em nenhum outro campo do direito processual civil o princípio constitucional do contraditório toma maior relevância do que no instituto do direito probatório. As provas servem à formação do convencimento do juiz e, ao mesmo tempo, cumprem também o papel de justificar perante à sociedade a decisão adotada.

O princípio do contraditório, ou da contrariedade em matéria de prova, deriva do princípio mais amplo por nós já indicado quando aludimos ao princípio fundamental que reside o processo civil, conhecido como princípio da bilateralidade da audiência, segundo o qual ninguém poderá ser condenado sem antes ser ouvido e sem que se lhe assegure a possibilidade de defesa adequada. “Também no domínio do direito probatório, a parte contra quem se produza prova tem direito de conhecê-la antes que o juiz a utilize como elemento de convicção em sua sentença, e deve ter igualmente o direito de impugna-la e produzir contraprova, se puder, por este meio, invalidá-la” (SILVA, 2008).

Assim, é inegável que se trata o princípio do contraditório de princípio fundamental do direito à prova.

No entanto, antes de analisar o princípio constitucional do contraditório frente ao sistema de provas do direito processual civil, faz-se mister inicialmente ressaltar, algumas considerações preliminares ao instituto do direito probatório vigente no nosso ordenamento processual pátrio.

O conceito de ação, em seu caráter abstrato, não deve ser reduzido à possibilidade de se instaurar um processo. Ele envolve uma série de passos que devem ser respeitados, a fim de que seja assegurado às partes o efetivo acesso à justiça.

Dentre eles, podemos destacar o direito à prova

O conceito de prova não é unívoco. Possui vários sentidos, tanto na linguagem popular quanto no uso técnico, e dentre eles, o dos juristas.

No domínio do processo civil, onde o sentido da palavra prova não difere substancialmente do sentido comum, ela pode significar tanto a atividade que os sujeitos do processo realizam para demonstrar a existência de fatos formadores de seus direitos, que haverão de basear a convicção do julgador quanto ao instrumento por meio do qual essa verificação se faz. Segundo Ovídio A. Baptista da Silva (2008):

No primeiro sentido, diz-se que a parte produziu a prova, para significar que ela, através da exibição de algum elemento indicador da existência do fato que se pretende provar, fez chegar ao juiz certa circunstância capaz de convencê-lo da veracidade da sua afirmação. No segundo sentido, a palavra prova é empregada para significar não mais a ação de provar, mas o próprio instrumento utilizado, ou o meio com que a prova se faz.

Na definição de Mittermayer (2008), é o complexo dos motivos produtores de certeza. A prova consiste na demonstração da existência ou da veracidade daquilo que se alega em juízo. Alegar sem provar não tem valor.

Pode-se empregar o mesmo vocábulo prova, segundo Ovídio A. Baptista da Silva⁶⁸, para significar o convencimento que se adquire a respeito da existência de um determinado fato, ou seja, o fato restará provado, à medida que o juiz resulte convencido da não veracidade do fato, ou da veracidade de sua existência.

Ovídio A. Baptista da Silva assevera para a forma como o Código de Processo Civil pátrio posiciona-se quanto ao conceito de prova:

O Código de processo Civil, em seu art. 332, emprega o vocábulo prova para significar meios de prova, tais como testemunhas, documentos, exames periciais ou quaisquer outros meios possíveis de prova, mesmo não especificados em lei. Quando, ao contrário, se diz que o sistema brasileiro filia-se ao princípio de direito probatório denominado princípio da persuasão racional, já não mais se emprega a palavra prova naquele primeiro sentido por nós indicado, senão que se passa a usa-lo neste último significado (SILVA, 2008).

As provas para penetrarem no processo com a eficácia que delas se espera, devem seguir certas formalidades, devendo ser observados na instrução da causa requisitos de forma e de oportunidade.

Partindo da premissa de que a ambas as partes de uma determinada relação processual se hão de conceder iguais oportunidades de pleitear a produção de provas, de que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão judicial e que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados é que se pode constatar que o direito à prova é um dos aspectos essenciais do princípio do contraditório.

4. DAS PROVAS EM ESPÉCIE E O PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

O resultado final da ação jurisdicional, o resultado final do processo, na expectativa de quem aciona o Poder Judiciário é de que, ao final, cumpridos todos os atos processuais, se obtenha uma decisão favorável, que proteja o bem lesado ou ameaçado.

Entretanto o caminho a ser trilhado até que seja dito o direito é árduo. É essencial a formulação de uma prova consistente de forma a assegurar que a decisão pretendida efetivamente corresponda ao direito. É aqui que se dá a essência do trabalho do operador do direito, qualquer que seja o nível em que esteja operando: advogando para o autor, quando deve formular robusta prova de que aquilo que seu cliente pretende efetivamente corresponda à verdade; advogando para o réu, quando deve formular robusta prova de que aquilo que está sendo requerido de seu cliente não corresponde a um direito de seu opositor. O advogado, no exercício do Ministério Privado, deve trabalhar com profundidade e dedicação a prova que foi juntada durante o processo para, afinal, à vista de sua consistência, demonstrar ao julgador sua verdade.

O Ministério Público, em todas as suas atribuições, deverá estar atento para atuar à luz da prova que se encontra nos autos e, quando lhe couber a formulação,

diligenciar para que ela mostre a verdade, ou desta chegue próxima, visando promover, como lhe cabe, a justiça.

O Defensor Público, à semelhança do advogado, deverá cumprir seu mister buscando produzir as provas que permitam conduzir a defesa dos necessitados em cumprimento à nobre missão que a Constituição lhe confere. O juiz, por sua vez, de ofício ou a requerimento das partes, deve determinar as provas necessárias à instrução do processo, apreciando-as uma a uma, minuciosamente, para ao final do processo ditar o direito de forma segura, com base naquilo que ficou demonstrado nos autos.

Assim, pode-se afirmar que o destino da maioria das causas depende essencialmente da convicção do órgão judicial acerca dos fatos de que se originou o litígio, sendo raro os casos em que o julgamento da lide repouse de modo exclusivo na solução de questões puramente de direito, é, portanto, de se ressaltar a importância da atividade de instrução como momento processual em regra decisivo para a sorte do pleito.

Na atividade de instrução há que se observar a incidência do princípio constitucional do contraditório, o que significa, antes de mais nada, que a ambas as partes se não de conceder oportunidades de pleitear a produção de provas seria manifestamente inadmissível a estruturação do procedimento por forma tal que qualquer dos litigantes ficasse impossibilitado de submeter ao juiz a indicação dos meios de prova de que pretende valer-se. Significa, a seguir, que não deve haver disparidade de critérios no deferimento ou indeferimento dessas provas pelo órgão judicial. Também significa que as partes terão as mesmas possibilidades de participar dos atos probatórios e de pronunciar-se sobre os seus resultados.

Cumpra assinalar, finalmente, que a questão ora abordada não está ligada apenas ao interesse das partes, mas encontra íntima conexão com o próprio interesse público, na medida em que qualquer surpresa, qualquer acontecimento inesperado, só faz diminuir a fé do cidadão na administração da justiça.

Diante do que até então se expôs, importa ver como o Código de Processo Civil procura assegurar a observância do princípio constitucional do contraditório exposto, em relação a cada uma das espécies de provas vigentes. Por certo, em todas as fases do processo ele deve estar presente, com a indicação precisa de que a oportunidade está posta. Somente assim agindo o operador do direito estará atuando adequadamente a Constituição Federal

Hodiernamente, o positivismo jurídico faz parte da vida do Direito, é necessário, a não ser que se esteja formulando estudo doutrinário puro, que se proceda exames à luz da legislação vigente no espaço ao qual se destina o estudo procedido. Mesmo no estudo teórico profundo, que vá buscar a formulação de pesquisa e estudo de doutrina,

ainda assim, será útil a utilização de codificações para buscar nelas as tendências ao longo dos diversos tempos e dos diversos países.

Frente a isso, torna-se necessário o estudo do princípio do contraditório à luz do direito à prova, partindo da classificação das provas (espécies de provas) segundo a visão apresentada pela legislação pátria.

O Código de Processo Civil brasileiro (Lei n. 5.869, de 11.01.1973) dedica um capítulo inteiro (Livro I, Título VIII, Capítulo VI, arts. 332 a 443) com 112 artigos para tratar da formação da prova no processo, isso, sem incluir artigos esparsos que também fazem referência à prova, a exemplo dos artigos 276, 280 e 1.107, entre outros.

4.1 PROVA DOCUMENTAL

A prova documental é prova de fundamental importância nos dias de hoje, dada a complexidade dos negócios cada vez mais amplos. Tem merecido uma especial atenção por parte de todos os que mantêm relações negociais, eis que, é com sustentação nos documentos a melhor forma de constituir a prova frente à justiça. Não há dúvidas de que nada supera a confissão bem colhida, entretanto, esta, exceto algumas raras situações, normalmente é difícil de ser obtida. Por isso, “a prova documental possui, assim, em princípio, maior credibilidade que a testemunhal e isso está dito claramente nos artigos 400 e 401 do CPC, entre outros” (LOPES, 2007).

Assevera Ernane Fidélis dos Santos (2008) que documento é toda e qualquer representação material que tenha por objeto reproduzir manifestação de pensamento, sendo a escrita “... o meio mais empregado para a composição de documento, mas toda e qualquer representação material pode adquirir tal característica: o filme, a gravação em discos e fitas, a fotografia, etc”.

Assim, não há dificuldade em concluir-se que neste momento de produção da prova documental há que se ter observância do princípio do contraditório, possibilitando ao réu manifestar-se sobre os documentos trazidos pelo autor com a inicial e ao autor quando a parte adversa apresentar provas/documentos junto com as razões de sua defesa.

4.2 EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO OU COISA

O Código de Processo Civil ao tratar das provas, agrega a exibição de documento e de coisa, dissociando a exibição de documento da prova documental. A mesma agregação é adotada pelos principais autores nacionais em suas obras. João Batista Lopes (2007) insere no capítulo em que trata da Prova Documental subitem específico que analisa a exibição de documento ou coisa, trazendo para este ponto o comentário sobre as ações de exibição.

Para Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart (2006): “A exibição constitui figura estranha na matéria de prova. Não porque seja inábil aportar ao processo meios de prova, mas porque não constitui verdadeira prova, e sim mero mecanismo de obtenção de elementos de prova”.

Assim, a exibição é faculdade conferida pela lei ao juiz para, independentemente da juntada, ou não, dos documentos que formam a prova dos fatos com a petição inicial ou com a contestação, determinar que qualquer das partes apresentem em juízo documentos ou coisas que estejam em seu poder.

4.3 PROVA TESTEMUNHAL

Segundo Ulderico Pires do Santos (1994), na ausência de documento escrito as declarações de vontade podem se provadas com testemunhos de pessoas, estranhas ao processo, que conhecem os fatos que entraram na composição por se acharem presentes no momento em que foram prestadas. Também não serão admitidas quando a prova só poderá ser obtida por documento ou por perícia

De regra geral, é uma prova que se apresenta como suplementar, como adicional ao que já está contido no processo e que ainda não restou provado por documento ou confissão. O Código de Processo Civil no artigo 401, em que pese a jurisprudência vir relativizando a sua interpretação, abre a possibilidade para a produção de prova exclusivamente testemunhal nos contratos que não excedam ao valor correspondente ao décuplo do maior salário-mínimo vigente no país.

Quanto a testemunha, poderá ser arrolada como tal qualquer pessoa a quem a lei não proíba de depor em virtude de considerá-la incapaz, impedida ou suspeita (artigo 405, caput, do Código de Processo Civil). Todavia, sendo estritamente necessário, o juiz ouvirá testemunhas impedidas ou suspeitas sem lhes tomar o compromisso, atribuindo ao depoimento o valor que possa merecer (artigo 405, § 4º, do Código de Processo Civil). O depoimento das testemunhas impedidas ou suspeitas pode ser tomado de ofício ou a requerimento de qualquer das partes.

5. CONCLUSÃO

No contexto democrático, a garantia do contraditório é sinônimo de participação processual, protraindo-se ao longo de todo o procedimento legal e devendo assegurar a paridade de armas, isto é, a igual possibilidade de ambas as partes fazerem valer as suas próprias razões, através da concessão das mesmas oportunidades e instrumentos. Com efeito, a efetividade do contraditório implica a tentativa de concretização da igualdade substancial e a atribuição de poderes idôneos que permitam que os litigantes possam vir a poder influenciar na formação do

convencimento do juiz, contribuindo, desse modo, para a legitimação das decisões judiciais.

O direito à prova revela-se um componente essencial da garantia constitucional do contraditório, porque, ao permitir que a parte contradiga os argumentos que lhe são contrários, possibilita que tenha todos os meios necessários para que possa influenciar na obtenção da tutela jurisdicional favorável.

A garantia do contraditório dá conformidade ao direito à prova, assegurando: a admissão e produção dos meios de prova pertinentes, relevantes e úteis; o direito à prova contrária; a tutela contra o perigo de surpresas; e o direito à valoração da prova produzida.

Na produção da prova documental, os documentos oferecidos pelas partes devem acompanhar, em regra, a petição inicial ou a defesa. O réu irá pronunciar-se sobre os documentos juntados na inicial na sua resposta, se por ventura, juntamente com a resposta o réu trouxer documentos, a respeito deles há de abrir-se ao autor oportunidade de falar. É lícito às partes, em qualquer tempo juntar documentos novos, quando destinados a fazer prova dos fatos ocorridos depois dos articulados, ou para contrapô-los aos que forma produzidos nos autos. Sempre, porém, que uma das partes a requerer, o juiz deve ouvir a tal respeito a outra, sob pena de se estar violando o contraditório.

Na produção da prova testemunhal, incumbe à parte que pretenda fazer ouvir testemunha, depositar em cartório o respectivo rol, o que se justifica pela necessidade de cada litigante saber que pessoas quer o adversário fazer ouvir como testemunha, com antecedência que lhe permita investigar de quem se trata e, eventualmente, oferecer contradita. Não há de furtar-se, por conseguinte, à garantia do contraditório: deve o juiz ouvir não apenas a testemunha contradita e as que porventura sejam apresentadas para depor sobre a contradita, mas também, o litigante que arrolou a testemunha.

O depoimento pessoal da parte é, em regra, prestado a requerimento do adversário, na audiência de instrução e julgamento de cuja designação, hão de ter tido ciência todos os litigantes. No caso de o juiz, de ofício, determinar o comparecimento pessoal da parte a fim de interrogá-la sobre os fatos da causa, também nesta hipótese deve-se respeitar a garantia do contraditório, se uma só das partes vai ser interrogada, a outra há de ter ciência prévia da designação do dia e hora do interrogatório e poderá estar presente, sendo-lhe facultado, por meio de seu procurador, requerer ao juiz que formule perguntas ao interrogado.

6. REFERÊNCIAS

PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 160/161.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. Teoria Geral do Processo. 32ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2020, p. 55.

KUHN, João Lacerda. O princípio do contraditório no processo de execução. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 19/20.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Poderes Instrutórios do Juiz. 6ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 62.

NERY JUNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 12ª ed. revisada e atualizada, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 136.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Conhecimento. 62ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, 1º vol., p. 24.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Curso de Processo Civil. 5ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, vol. 1, p. 347.

MITTERMAYER, C.J.A. Tratado da Prova em Matéria Criminal. Campinas, Bookseller, 2008, p. 75

LOPES, João Batista. A prova no direito processual civil. São Paulo: RT, 2007, p. 101.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Manual do Processo de Conhecimento. 3ª edição revista, atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 379.

SANTOS, Ulderico Pires dos. Meios de Prova. Rio de Janeiro: UPS Editorial, 1994, p. 4.

A lei da Ficha Limpa e o princípio da presunção de inocência: uma análise reflexiva

LEONARDO DIAS MACEDO MARQUES:

Acadêmico de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho - UNIFSA

LUIS FERNANDO DE OLIVEIRA DE ARAUJO⁵⁷

(coautor)

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA⁵⁸

(orientadora)

Resumo: O Artigo visa analisar a Lei Complementar 135 de 2010 à luz do princípio constitucional da Presunção de Inocência, abordando argumentos prós e contras a fim de aferir se há lesão dos dispositivos da lei ao referido princípio. Foram analisados diferentes posicionamentos acerca do tema, traçando linhas de raciocínio que auxiliarão na compreensão do tema. O presente estudo será desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica com abordagem dialética, criada a partir de material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos, estudando levantamentos de diversos autores sobre o problema de pesquisa. No primeiro capítulo foram estudadas as causas de inelegibilidades previstas no ordenamento jurídico brasileiro, tanto as de natureza constitucional, quanto as infraconstitucionais. Estas últimas só existem porque a própria Constituição permitiu em seu artigo 14, liberando o legislador para fazer isso através de lei complementar. No capítulo 2 foi a vez de analisar e detalhar o princípio constitucional da Presunção de Inocência, dando enfoque aos seus conceitos e sua aplicação prática. Continuando o estudo, abordamos no capítulo três a “Lei da Ficha Limpa”, desde o seu surgimento até as ações que visam “derrubá-la”. O quarto e último capítulo foi o ponto central do presente artigo, analisando os diferentes posicionamentos de doutrinadores e juristas para saber se há ou não violação da Constituição pela Lei 135 de 2010. Ademais, serão analisados pormenorizadamente as opiniões de diversos especialistas a fim de chegar de se chegar a uma conclusão a respeito da temática.

Palavras-chave: Lei da Ficha Limpa, Presunção de Inocência, Inelegibilidades.

⁵⁷Acadêmico de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *E-mail:* luisfernando578.lf@gmail.com

⁵⁸ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. *E-mail:* rochelefirmeza@hotmail.com

Abstract: The article aims to analyze the Supplementary Law 135 of 2010 in light of the constitutional principle of presumption of innocence, addressing arguments for and against in order to assess whether there is injury to the provisions of the law to that principle. Different positions on the subject were analyzed, outlining lines of reasoning that will help in understanding the issue. The present study will be developed through a bibliographical research with a dialectical approach, created from already elaborated material, consisting mainly of books and scientific articles, studying surveys from several authors about the research problem. In the first chapter the causes of ineligibility provided for in the Brazilian legal system were studied, both those of a constitutional and infra-constitutional nature. The latter only exist because the Constitution itself allowed it in its article 14, freeing the legislator to do so by means of a complementary law. In chapter 2, we analyzed and detailed the constitutional principle of the Presumption of Innocence, focusing on its concepts and its practical application. Continuing the study, we approached in chapter three the "Ficha Limpa Law", from its appearance until the actions that aim to "overthrow" it. The fourth and last chapter was the central point of this article, analyzing the different positions of legal scholars and jurists to know whether there is or there is not a violation of the Constitution by Law 135 of 2010. Moreover, the opinions of several experts will be analyzed in detail in order to reach a conclusion on the subject.

Keywords: Ficha Limpa Law, Presumption of Innocence, Ineligibility.

Sumário: Introdução. 1. Inelegibilidade no Ordenamento Jurídico Brasileiro 1.1 Hipóteses de Inelegibilidades 1.1.1 Inelegibilidade Constitucional 1.1.2 Inelegibilidade Infraconstitucionais 2. A Presunção de Inocência 3. Lei Complementar nº 135 de 2010 - "Lei da Ficha Limpa". Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca trazer uma análise reflexiva com o escopo de verificar uma possível violação da Lei Complementar 135/2010 de iniciativa popular, conhecida como "Lei da Ficha Limpa", ao princípio constitucional da Presunção de Inocência, disposto no artigo 5º, LVII, da Carta Magna brasileira de 1988.

O aludido princípio dispõe que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, e a "Lei da Ficha Limpa" impõe que condenados em segunda instância em processo criminal fiquem impedidos de concorrer a mandato eletivo, inserindo em nosso ordenamento jurídico mais uma causa de inelegibilidade, evidenciando o conflito entre fontes, e dividindo opiniões não só entre profissionais da área do Direito, como também em toda a sociedade.

A Lei Maior em seu artigo 14, parágrafos 4º, 6º e 7º, dispõe sobre as causas de inelegibilidades constitucionais, causas estas que impedem o cidadão de exercer a sua

capacidade eleitoral passiva por conta de alguma situação elencada no texto constitucional, como por exemplo os analfabetos. Contudo, a própria CF, já prevendo ser impossível tipificar todas as situações de inelegibilidade necessárias, permitiu ao legislador a criação de outras hipóteses por meio de lei complementar, surgindo então no ano de 2010 a LC 135, que criou a causa de inelegibilidade objeto do presente estudo, impedindo que condenados em segunda instância concorram a cargo público eletivo, o que segundo alguns, contraria a Presunção de Inocência.

O princípio da Presunção de Inocência está disposto no artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal e aduz que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de uma sentença penal condenatória, ou seja, enquanto houver a possibilidade da interposição de recursos a pessoa não será declarada culpada. Em razão desse princípio, há várias críticas à Lei Complementar 135 de 2010, pois, em tese, a mesma ao impedir que condenados já em segunda instância fiquem inelegíveis, fere o referido princípio Constitucional.

A Lei Complementar nº 135 de 2010, mais conhecida como Lei da Ficha Limpa, surgiu através de iniciativa popular e tem como objetivo principal endurecer as regras do processo eleitoral para impedir que candidatos que tenham um passado não condizente com os princípios constitucionais, registrem suas candidaturas. Entre outras medidas, aumentou o prazo de inelegibilidade para oito anos visando proteger a probidade e moralidade da administração pública.

Mesmo antes de sua entrada em vigor, a mesma já propiciava diversos debates sobre a sua constitucionalidade, onde quem diz que é inconstitucional alega que é inadmissível alguém ser privado de seus direitos antes de uma condenação transitada em julgado, e quem defende que ela é constitucional, diz que a Presunção de Inocência no âmbito eleitoral não é absoluta, podendo ser flexibilizada para criar tal casa de inelegibilidade como a própria CF permite em seu artigo 14, havendo até os dias atuais muita discussão a esse respeito.

O presente estudo irá abordar diferentes posicionamentos acerca do tema, tanto doutrinários quanto jurisprudenciais, revisando bibliografias que apresentem argumentação robusta, a fim abranger o máximo de posicionamentos que colaborem com a presente pesquisa jurídica, de forma tanto acadêmica quanto profissional.

As abordagens serão desenvolvidas através de uma pesquisa bibliográfica com abordagem dialética, analisando com rigor o objeto da pesquisa, colocando frente a frente os diferentes posicionamentos a fim de se chegar a uma conclusão.

Os estudos e debates acerca do tema são de suma importância, tanto acadêmica quanto social, de forma que objetivam dirimir conflitos existentes entre as fontes,

conflitos estes que impactam diretamente não só na vida de possíveis candidatos, mas também em toda a sociedade brasileira, uma vez que tratando-se de questões democráticas não podem ser de forma alguma controversas, para que tenhamos um processo eleitoral cada vez mais idôneo.

2 INELEGIBILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Os direitos políticos constituem uma série de regras previstas na Constituição Federal, referentes à participação do povo na política, ou seja, a forma e os pressupostos para que o cidadão atue na vida pública. Compreendem os direitos políticos, o direito de sufrágio, ou seja, o direito de votar em eleições, além do voto em plebiscitos, referendos e iniciativa popular de projetos de lei, encontrando respaldo no artigo 14 da Carta Magna: “A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei (...)”.

O direito de votar, ou seja, a capacidade eleitoral ativa, começa aos 16 anos com o alistamento feito perante os órgãos competentes da Justiça Eleitoral, obrigatório para maiores de 18 e menores de 70 anos. A capacidade eleitoral passiva é o direito de ser votado para cargos públicos eletivos, onde é aferida no registro da candidatura, tendo como condições, a nacionalidade brasileira, o pleno exercício dos direitos políticos, o alistamento eleitoral, o domicílio eleitoral na circunscrição, a filiação partidária e a idade mínima, que muda de acordo com o cargo público eletivo a ser disputado.

O estudo acerca dos direitos políticos é de suma importância pois garantem que os cidadãos brasileiros participem da vida política do país, contribuindo para assegurar cada vez mais a soberania popular. Por esse ângulo, Gomes (2011) entende que os direitos políticos ou cívicos equivalem às prerrogativas e aos deveres inerentes à cidadania e englobam o direito de participar direta ou indiretamente do governo, da organização e do funcionamento do Estado.

A Lei Maior no seu artigo 15 aduz que, em regra, é vedada a cassação dos direitos políticos, cuja perda só se dará nos casos de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado, e a suspensão só ocorrerá nos casos de condenação por crime também transitada em julgado enquanto durarem seus efeitos, recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa e nos casos de improbidade administrativa, impossibilitando temporariamente o cidadão de exercer atos da vida política.

Por conseguinte, a perda ou a suspensão dos direitos políticos ocasiona a inelegibilidade, que consiste em causas que impedem o cidadão de exercer a

capacidade eleitoral passiva, retirando do mesmo a possibilidade de concorrer a cargo político-eletivo. Nessa mesma linha de raciocínio, Gomes (2012, pag. 151) aduz:

Denomina-se inelegibilidade ou ilegibilidade o impedimento ao exercício da cidadania passiva, de maneira que o cidadão fica impossibilitado de ser escolhido para ocupar cargo político-eletivo. Em outros termos, trata-se de fator negativo cuja presença obstrui ou subtrai a capacidade eleitoral passiva do nacional, tornando-o inapto para receber votos e, pois, exercer mandato representativo.

Esses impedimentos visam assegurar a probidade administrativa, a moralidade para o mandato eletivo e a normalidade e legitimidade das eleições, obstaculizando a influência do poder econômico ou abuso de poder na administração direta e indireta.

2.1 Hipóteses de inelegibilidade

As inelegibilidades têm natureza constitucional (art. 14, §§ 4º, 6º e 7º, CF) e infraconstitucional (Lei Complementar nº 64/1990), e incapacita o sujeito de obter um cargo público por eleição popular. Diferentemente dos requisitos da capacidade eleitoral ativa, que são exigidos no momento do voto, a inelegibilidade afeta as pretensões dos candidatos desde o momento do registro de candidatura ou em qualquer momento depois, até o dia da votação, privando-os da vida política plena, e justificando-se pela necessidade de assegurar a transparência e equilíbrio nos processos eleitorais, objetivando precipuamente a sua lisura.

2.1.1 Inelegibilidades Constitucionais

A Constituição Federal traz em seu artigo 14, § 4º que o analfabeto não tem capacidade eleitoral passiva. A alfabetização do cidadão necessita ser confirmada no momento do pedido de registro de candidatura mediante apresentação de documento que comprove sua escolaridade ou por outro meio que certifique que o candidato saiba minimamente ler e escrever.

Os Inalistáveis (art. 14, §§ 2º e 4º), também são considerados inelegíveis pela Carta Magna, que prescreve que não poderão alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos (aqueles que, ao atingirem os 18 anos, participam da seleção para prestar serviço militar do exército brasileiro.). Esses fatores obstruem o exercício da capacidade eleitoral passiva.

A Carta Magna também disciplina a inelegibilidade por motivos funcionais (art. 14, §§ 5º e 6º), de chefe do Poder Executivo para postulação a terceiro mandato consecutivo para o mesmo cargo. Dessa forma, quem tiver sucedido ou substituído o

titular do cargo nos seis últimos meses do mandato, somente concorrerá ao mandato consecutivo aquele em que o substituiu ou sucedeu, circunstâncias apontadas como exercício da titularidade do cargo. Em contrapartida, se o chefe do Poder Executivo estiver exercendo seu segundo mandato, estará impedido de candidatar-se ao cargo de vice, pois teria chances de, pela terceira vez consecutiva, conseguir a titularidade nas situações de substituição ou de sucessão.

Por último, o chefe do Poder Executivo poderá, após cumprir o segundo mandato, postular a outro cargo público eletivo, mas deve se desincompatibilizar em até seis meses antes do pleito, conforme norma do § 6º do art. 14 da CF/1988.

Por fim, a inelegibilidade reflexa, tratadas no § 7º do artigo 14 da Constituição Federal, que prescreve:

“§ 7º São inelegíveis, no território de jurisdição do titular, o cônjuge e os parentes consanguíneos ou afins, até o segundo grau ou por adoção, do Presidente da República, de Governador de Estado ou Território, do Distrito Federal, de Prefeito ou de quem os haja substituído dentro dos seis meses anteriores ao pleito, salvo se já titular de mandato eletivo e candidato à reeleição.”

A circunstância de inelegibilidade referida desdobra-se, ainda, aos companheiros, na união estável, e acontece **exclusivamente** em relação chefes do Poder Executivo. Concernente aos cônjuges, companheiros ou parentes do vice, a inelegibilidade ocorrerá somente nas situações em que ele tiver sucedido o titular ou, ainda, o tiver preenchido o cargo nos seis últimos meses antes do pleito.

2.1.2 Inelegibilidades infraconstitucionais

Não se conformando com as hipóteses de inelegibilidade que prevê, a Constituição Federal, visando resguardar ainda mais os princípios da Probidade e Moralidade administrativas, delegou competência à legislação complementar para a criação de outras situações que suspendem a capacidade eleitoral passiva do cidadão, que foram disciplinadas pela LC 64/1990. Nesse sentido, preleciona Castro:

O art. 1º, I, da Lei Complementar n. 64/90, a chamada “lei das inelegibilidades”, tipificou condutas que levam à inelegibilidade do agente, pelo prazo agora fixado em oito anos para todas as hipóteses, conforme nova redação dada pela LC n. 135/2010 (Lei da Ficha Limpa). (2018, p. 192)

Essas causas são apontadas em absolutas (art. 1º, I, alíneas “a” até “q”) e relativas (art. 1º, II a VII). As inelegibilidades absolutas criam impedimento para todo

cargo político-eletivo, sendo indiferente o pleito ser presidencial, federal, estadual ou municipal, e corporificam-se, por exemplo, pela conduta de abuso de poder econômico e político ou pela rejeição de contas relativas ao exercício de cargos ou funções públicas (BRASIL, 1990).

As inelegibilidades relativas, à sua vez, proíbem apenas em relação a alguns cargos ou trazem algumas restrições à candidatura. De modo geral, são baseadas no critério funcional, sendo obrigatória a desincompatibilização para que o cidadão postule a cargo político-eletivo nas circunscrições em que o servidor atue.

Convém frisar que as inelegibilidades constitucionais não precluem, podendo ser arguidas no momento do registro de candidatura e no recurso contra a expedição do diploma, de maneira que as inelegibilidades infraconstitucionais se não forem arguidas no momento do registro da candidatura precluem, exceto se eventualmente ocorrerem entre o pedido de registro e a eleição.

Por fim, a lei complementar nº 135 de 2010 conhecida popularmente como “Lei da Ficha Limpa”, que é um dos objetos do presente estudo, incluiu em nosso ordenamento jurídico mais uma causa de inelegibilidade, onde impede que condenados em segunda instância concorram a mandato eletivo, por um prazo de 8 anos, como será visto aprofundadamente neste estudo em tópico próprio.

3 A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Os princípios, de forma geral, são a base, a sustentação que a norma encontra para ser legítima e impor a todos sua obediência, além de suprir lacunas que ora ou outra surgem no ordenamento jurídico. É o que preleciona o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro: “Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”. Dessa forma, fica evidente sua importância não só na elaboração das leis, como também na ausência desta, aplicando-os às situações concretas que rotineiramente surgem.

Segundo Delgado, “princípio traduz, de maneira geral, a noção de proposições fundamentais que se formam na consciência das pessoas e grupos sociais, a partir de certa realidade, e que, após formadas, direcionam-se à compreensão, reprodução ou recriação dessa realidade”. (2011, p.180).

As precisas lições de Delgado, reforçam a ideia de que os princípios exercem enorme influência na criação da norma, servindo como fonte para a criação da mesma, concedendo respaldo para sua implementação na sociedade.

No presente capítulo, serão abordadas as questões pertinentes especificamente ao princípio constitucional da Presunção de Inocência, explanando o aspecto histórico,

conceitual e aplicabilidade no Direito brasileiro, servindo de alicerce para a compreensão de todo o artigo.

O consagrado princípio constitucional da Presunção de Inocência remete-se ao direito romano, porém, na Idade Média o referido princípio foi afrontado em razão, principalmente, dos procedimentos inquisitoriais que vigoravam naquele período, chegando a ser inverso, já que em caso de dúvida sobre a autoria de determinado delito, a mesma poderia levar à condenação do indivíduo. Nesse sentido, aduz Júnior:

A presunção de inocência remonta ao Direito Romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpa e semicondenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. (2015, p. 215)

Contudo, o princípio foi consagrado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 em seu artigo 9º, refletindo uma nova concepção do direito processual penal, onde “todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado e, caso se julgue indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela lei”.

Na Carta Magna brasileira de 1988 o mencionado princípio está disposto no artigo 5º, inciso LVII, no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, e aduz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ou seja, enquanto determinada decisão condenatória ainda puder ser impugnada através de recurso, o indivíduo continua com o *status* de inocente, também preservando os princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Dessa forma, tal inciso assegura, em tese, que o Estado de forma alguma deve desempenhar sua autoridade de forma arbitrária, mas sim propiciar um ambiente para um processo penal democrático, e só pode impor penas depois de comprovada a culpa segundo critérios processuais que todos, principalmente o Estado, devem obedecer, buscando resguardar a dignidade da pessoa humana.

Em se tratando de legislação infraconstitucional, o Código de Processo Penal (Decreto Lei nº 3.689/41) é o instrumento legal para assegurar a efetiva aplicação da Presunção de Inocência. Seu artigo 283 determina que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de prisão cautelar ou em virtude de condenação criminal transitada em julgado”, desta forma, sendo inobservadas as referidas disposições, haverá um processo viciado desde o início.

Entretanto, é de extrema importância destacar que tal princípio não tem caráter absoluto, uma vez que há a possibilidade de que sejam aplicadas medidas cautelares ao indiciado pela prática da conduta delitiva, que restringem temporariamente determinados direitos fundamentais da pessoa, antes mesmo do trânsito em julgado, como por exemplo, a proibição de frequentar determinados lugares, sequestro de bens, prisão preventiva ou temporária, entre outros, tudo isso respeitando a presunção de inocência, visto que essas referidas cautelares visam resguardar a efetividade do processo criminal, permanecendo o investigado com *status* de inocente.

Desde a entrada em vigor da Constituição de 1988, tal princípio vem sendo objeto de debates acalorados em diversos pontos, entre eles a discussão sobre o momento em que deve ser cumprida a sentença resultante de um processo criminal, onde uma vertente defende a prisão já após condenação em segunda instância, e a outra que a mesma só poderá ocorrer após o trânsito em julgado, ou seja, com o exaurimento de todos os recursos possíveis.

Atualmente o STF adota esta segunda corrente, decisão que de uma forma ou de outra reverbera em muitas outras áreas do Direito, não somente na esfera criminal. Exemplo disso é o Mandado de Segurança 3249159 do Distrito Federal impetrado no próprio STF, por um advogado que visava garantir direito de assumir cargo de Desembargador pelo quinto constitucional. A posse havia sido suspensa a pedido do MPF perante o CNJ por meio de procedimento de controle administrativo sob a alegação de que o referido advogado não detinha idoneidade moral para assumir o cargo, visto que existia um inquérito policial contra ele em curso. Tal tese foi refutada pela Suprema Corte, aduzindo que o simples fato de responder a inquérito não exclui o requisito de idoneidade moral, encontrando respaldo no aludido princípio da Presunção de Inocência.

Encontra-se em tramitação na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, o Projeto de Lei 147/18, de autoria do Senador Cássio Cunha Lima (PSDB/PB), que pretende alterar o entendimento do STF, ou seja, permitir que o condenado em segunda instância comece a cumprir a pena, mesmo que ainda haja recursos pendentes, razão pela qual sua constitucionalidade é questionada. Também existe também a Proposta de Emenda à Constituição nº 410/2018, que visa modificar o inciso LVII do artigo 5º da Carta Magna, para que o mesmo permita a prisão após segunda instância, contudo, tal PEC foi arquivada em dezembro de 2019.

59 MANDADO DE SEGURANÇA nº 32491 DF.

<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25290788/mandado-de-seguranca-ms-32491-df-stf/inteiro-teor-144997374>. Último acesso em 16 mar de 2021.

O basilar princípio da presunção de inocência sofre violação rotineiramente através da grande mídia, que ao noticiar determinado fato criminoso, seja na TV, rádio ou internet, indiretamente incute na mente das pessoas médias a ideia de que o indivíduo suspeito da prática do crime já é o responsável pela conduta criminosa.

Como explana Júnior:

(...) a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção da inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiro limite democrático a abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. O bizarro espetáculo montado pelo julgamento midiático deve ser coibido pela eficácia da presunção de inocência. (2012, p. 778).

À vista disso, o que mais preocupa, além dessa influência da mídia sobre a sociedade, é sua influência sobre o poder judiciário, que pode diretamente interferir nas suas decisões, pondo em xeque a imparcialidade do julgador, e suprimindo a presunção de inocência. O direito à informação e à liberdade de expressão são garantias constitucionais que devem ser preservadas, contudo deve haver uma harmonia entre eles e os direitos constitucionais dos acusados, visando resguardar o seu *status* de inocente, sob pena de regredirmos a tempos não desejados.

Atualmente, na esfera eleitoral, as discussões se concentram na causa de inelegibilidade após condenação criminal em segunda instância, causa esta, que foi incluída pela Lei Complementar nº 135 de 2015 e que divide opiniões desde a sua entrada em vigor. A temática será abordada afundo em capítulo próprio.

4 LEI COMPLEMENTAR Nº 135 DE 2010 - “LEI DA FICHA LIMPA”

A Lei Complementar nº 135 de 2010, popularmente conhecida como “Lei da Ficha Limpa, surgiu através de iniciativa popular, obtendo mais de 1 milhão e 600 mil assinaturas em apoio, foi promulgada pelo então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva e tem por objetivo estabelecer regras mais rígidas a candidatos com condenação em segunda instância, principalmente por delitos ligados à corrupção, estendendo os prazos de inelegibilidade para oito anos. Esse projeto de lei teve o apoio de entidades que integram o Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral e contou com o aval de vários setores da sociedade, entre eles a OAB e a Sociedade de Procuradores e Promotores Eleitorais.

Segundo Reis⁶⁰, um dos apoiadores do projeto:

A coleta de assinaturas teve início em maio de 2008, após a aprovação da campanha pela unanimidade dos presentes à Assembleia Geral da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, uma das entidades integrantes do movimento. A partir daí, todas as demais organizações foram convidadas a refletir sobre o tema e difundi-lo entre suas bases de modo a alcançar-se a mobilização em rede necessária à geração da “energia política” da qual dependeria a conquista das 1,3 milhão de assinaturas necessárias à apresentação de um projeto de lei de iniciativa popular. (2010, s.p.)

Tanaka, integrante de campanhas da Avaaz.org, aduz que “algumas pessoas chegaram a dizer que a campanha Ficha Limpa foi a primeira grande mobilização popular por uma questão política desde o movimento dos caras-pintadas que pediram o *impeachment* do então presidente Fernando Collor de Mello”. (2011, s.p.)

O fato é que tal dispositivo legal alterou a Lei Complementar nº 64, de 1990, seguindo o que aduz o art. 14, § 9º, da Constituição Federal, que permite que o legislador infraconstitucional estabeleça novas causas de inelegibilidade, a fim de proteger a probidade e a moralidade administrativas para exercício de mandato eletivo, levando em conta a vida pregressa do candidato.

A criação da Lei fez surgir inúmeros debates, jurídicos e políticos, inclusive na Suprema Corte do país, tanto acerca de sua constitucionalidade, quanto aos efeitos jurídicos que provocou nas eleições de 2012 em diante.

O principal fator que faz com que a mencionada lei complementar seja alvo de diversos ataques é que a mesma prevê que condenados criminalmente em segunda instância fiquem inelegíveis por até oito anos, o que confronta o princípio constitucional da Presunção de Inocência, de modo que este aduz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ocasionando diversos debates e dividindo opiniões entre juristas e figuras políticas, questões estas que serão abordadas no próximo tópico.

⁶⁰ Compreendendo a Lei da Ficha Limpa. Marlon Jacinto Reis (2010). Disponível em: <https://www.tse.jus.br/o-tse/escola-judiciaria-eleitoral/publicacoes/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-4-ano-5/digressoes-sobre-as-doacoes-de-campanha-oriundas-de-pessoas-juridicas>. Último acesso em: 12 abr. 2021.

Dois anos após a sua entrada em vigor, ao analisar as ADCs 29 e 30, e a ADI 457861, o colegiado do Supremo Tribunal Federal decidiu, por 7 votos a 4 pela sua constitucionalidade, alcançando atos e fatos ocorridos antes mesmo de sua vigência, impactando inclusive já nas eleições de 2012. O ministro Mendes (2016), ao votar pela sua inconstitucionalidade, alegou que o princípio da presunção de inocência deve ser respeitado não apenas no âmbito penal, mas em todos os ramos do direito pátrio e não pode ser suprimido para criar uma causa de inelegibilidade que não observe o trânsito em julgado de uma condenação. Em outra ocasião, durante um julgamento sobre a inelegibilidade de prefeitos que tiveram as contas reprovadas, Mendes (2016) novamente fez críticas à referida lei: “Sem querer ofender ninguém, mas já ofendendo, ou reconhecendo pelo menos, que parece que foi feita por bêbados. É uma lei mal feita, nós sabemos disso”.

No mesmo sentido, Andrade defende que em vista de todo um aprendizado histórico não se deve de forma alguma suprimir um princípio tão importante quanto a presunção de inocência, nem mesmo à luz de outros princípios constitucionais, sob pena de retroagirmos a tempos não desejados:

Quanto ao princípio da presunção de inocência aplicado à Lei da Ficha Limpa, parece-me recomendável, em homenagem à ideia de aprendizado histórico, seja dada interpretação conforme ao direito fundamental ao duplo grau de jurisdição naqueles casos de provimento único condenatório por órgão colegiado, desde que cabível recurso à instância superior. O direito ao duplo grau de jurisdição, enquanto direito fundamental decorrente do princípio do devido processo legal, ilumina as balizas do princípio da presunção de inocência, irradiando reflexões produtivas para a reforma do sistema processual brasileiro. (2012, p. 123)

Por outro lado, há quem defenda sua constitucionalidade, e tece elogios alegando uma série de benefícios trazidos pela norma. O Ministro Lewandowski, inclusive utilizou o Tribunal Superior Eleitoral – TSE, para a aplicabilidade daquela em 2010 e destacou:

Ao aprovar a Lei da Ficha Limpa, o legislador buscou proteger a probidade administrativa, a moralidade para o exercício do mandato e a normalidade e legitimidade das eleições. Quando estabeleceu novas hipóteses de inelegibilidade, a Lei Complementar 135/10 apenas cumpriu comando previsto na

61 Supremo Tribunal Federal - ADCs 29 e 30, e ADI 4578. Diário da Justiça, DF. Disponível em: <https://http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>. Último acesso em: 11 de abr. de 2021.

Constituição, que fixou a obrigação de considerar a vida pregressa dos candidatos para que se permita ou não a sua candidatura. (2010, s.p.)

Lewandowski (2016) ao votar pela constitucionalidade da lei, ao rebater o argumento de alguns políticos e juristas de que a mesma foi feita às pressas, citou seu amplo apoio popular, e frisou que a mesma foi alvo de diversos debates no Congresso Nacional, sendo formal e materialmente constitucional.

A lei surgiu em meio a um cenário de diversos escândalos de corrupção, sendo abraçada pela população nacional desde a sua concepção, buscando fazer uma filtragem para que candidatos que tenham as vidas pregressas incompatíveis com os princípios da administração pública como a Moralidade, fiquem impedidos de fazerem parte da vida política.

A Constituição Federal de 1988 é clara em seu artigo 9º, parágrafo 14, ao determinar que a legislação complementar deverá estabelecer outras causas de inelegibilidade, como fez a Lei Complementar 64 de 1990, e por último a Lei da Ficha Limpa, de forma que tornar o cidadão inelegível por um certo período de tempo não suprime a Presunção de Inocência, mas tão somente exige um passado íntegro de quem tenha intenções de representar a população no geral, fazendo isso em consonância com os ditames constitucionais.

A ministra do STF Weber, ao também votar pela constitucionalidade da lei, afirma:

O homem público, ou que pretende ser público, não se encontra no mesmo patamar de obrigações do cidadão comum no trato da coisa pública. O representante do povo, o detentor de mandato eletivo, subordina-se à moralidade, probidade, honestidade e boa-fé, exigências do ordenamento jurídico e que compõem um mínimo ético, condensado pela lei da Ficha Limpa, através de hipóteses concretas e objetivas de inelegibilidade. (2012, s.p.)

É importante frisar que tornar alguém inelegível, não necessariamente diz respeito a uma punição, visto que se tratam de conjunturas objetivas. No momento em que a CF aduz que o analfabeto é inelegível, a mesma não está punindo-o, mas tão somente afirmando que ele não atende os requisitos mínimos para a disputa de cargo eletivo como saber ler e escrever, sendo incapaz de atender aos anseios da sociedade que deve ter pessoas competentes para gerir o bem público.

A intenção do legislador efetivar o parágrafo único, do artigo 1º, da nossa Carta Magna, quando diz que todo poder emana do povo, que o exercerá diretamente, por meio de plebiscito, referendo e lei de iniciativa popular, a exemplo da Lei da Ficha Limpa, e por representantes eleitos democraticamente, visando consolidar as liberdades civis e da República.

Outro ponto a ser levado em consideração e defendido por diversos juristas, é que a decisão colegiada de segunda instância que torna o sujeito inelegível por oito anos é sim constitucional e deve ser aplicada, uma vez que mesmo ainda existindo a possibilidade de recursos para o STJ e STF, só poderia ser alegadas ofensas à lei e à Constituição, e não passível de mudar as questões fáticas, que já estariam estabilizadas no processo.

Ademais, os debates acerca da Lei, não devem encerrar brevemente, visto que a cada caso concreto de inelegibilidade dos candidatos, é colocada em xeque sua constitucionalidade, causando uma certa insegurança jurídica no ordenamento.

5 O CONFLITO ENTRE A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA E A “LEI DA FICHA LIMPA”

Feitas as devidas considerações a respeito do princípio constitucional da Presunção de Inocência e sobre a Lei Complementar nº 135 de 2010 (Lei da Ficha Limpa), serão abordados a partir de agora os conflitos que os envolvem, de modo que o primeiro preceitua uma regra que contrasta com o que aduz a mencionada lei.

O conflito acontece no momento em que a Lei da Ficha limpa, ao estabelecer que condenados em segunda instância fiquem impedidos de concorrer a cargo eletivo por um prazo de até oito anos, inserindo mais uma hipótese de inelegibilidade, deu início a uma série de discussões acerca de sua constitucionalidade. Alguns defendem que a referida lei contraria o princípio constitucional da Presunção de Inocência, que aduz que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, outros alegam que a própria Constituição em seu artigo 14 permite que a legislação complementar crie outras hipóteses de inelegibilidade a fim de preservar a moralidade e a probidade da administração pública.

Para muitos juristas e doutrinadores a Presunção de Inocência não se restringe ao âmbito do Direito penal e processual penal, mas que deve ser observado em todo os ramos do Direito pátrio. Posicionando-se nesse sentido, Mello, ex ministro do STF, no julgamento do Recurso Ordinário 4.189-RJ62, aduz:

62 RECURSO ORDINÁRIO 4.189. RJ. Disponível em:
<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310285312/recurso-extraordinario-re-938389-rj-rio-de-janeiro>. Último Acesso em: 13 abr. 2021.

[...] a presunção de inocência, embora historicamente vinculada ao processo penal, também irradia seus efeitos, sempre em favor das pessoas, contra o abuso de poder e prepotência do Estado, projetando-os para esferas processuais não criminais, em ordem de impedir, dentre outras graves consequências, no plano jurídico (...) que se formulem, precipitadamente, contra qualquer cidadão, juízos morais fundados em situações juridicamente ainda não definidas. (2016, s.p.)

Contudo, a Lei 135 de 2010 não declara o cidadão culpado, apenas visa conservar a probidade e moralidade administrativas, impedindo aquele que foi condenado em duas instâncias de concorrer a cargo eletivo, visto que mesmo que haja a possibilidade de recurso para as cortes superiores, o que vai se buscar alterar é a matéria de direito, e não fática.

No ano de 2011, o Supremo Tribunal Federal deliberou que a Lei da Ficha Limpa não poderia ser aplicada ao pleito de 2010, respeitando o princípio constitucional da Anterioridade da Lei Eleitoral, previsto no artigo 16 da Constituição Federal, onde aduz que as leis que alterem o processo eleitoral só poderão ser aplicadas no mínimo um ano depois da sua entrada em vigor. A decisão colegiada aconteceu em julgamento do Recurso Extraordinário 63370363, em sede de repercussão geral, onde foi debatida a aplicação da nova lei àquele pleito. Os ministros decidiram, por 6 votos a 5, dar provimento a tal recurso que foi interposto por um candidato a deputado estadual em Minas Gerais que teve seu registro de candidatura negado com fulcro na lei.

Como já mencionado no capítulo anterior, em 2012 os ministros da Suprema Corte concluíram o julgamento das Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30 propostas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente, e da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 4578), que tratam da Lei da Ficha Limpa e ao analisar o voto de cada ministro fica evidente a enorme divergência entre alguns deles.

O relator, ministro Fux (2012), decidiu pela parcial constitucionalidade da lei, concordando com a inelegibilidade após condenação em segunda instância, mas discordando do prazo de oito anos. Segundo ele, tal período deveria ser abatido do lapso entre a condenação em segunda instância e o seu trânsito em julgado.

63 RECURSO EXTRAORDINÁRIO 633703. DF. Disponível em:
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=175082>. Último acesso em: 13 abr. 2021

No mesmo sentido, o ministro Aurélio (2012), aduziu que os dispositivos da Lei da Ficha Limpa não ofendem as disposições constitucionais: “Os preceitos são harmônicos com a Carta da República e visam à correção de rumos nessa sofrida pátria, considerado um passado que é de conhecimento de todos”.

O então ministro e presidente da Corte, Peluso manifestou-se contrariamente à causa de inelegibilidade imposta pela lei, aduzindo que “não se pode tomar medidas restritivas que levem o cidadão a perder sua dignidade antes que a condenação seja definitiva. Não se pode impor medidas gravosas antes do fim de um processo que ainda não terminou. Depois do trânsito em julgado, aí sim”.

Todavia, a Suprema Corte por maioria de votos decidiu pela constitucionalidade da Lei primando o entendimento de que devem ser considerados inelegíveis os candidatos condenados, mesmo que apenas por uma decisão emanada por órgão colegiado, em razão de práticas atentatórias à economia popular, a administração pública, a fé pública, sistema financeiro, patrimônio público ou privado, meio ambiente, dentre outras hipóteses.

Dessa forma, prevaleceu a tese pela qual o princípio da presunção de inocência pode ser relativizado no âmbito eleitoral, só tendo aplicação plena na esfera penal e processual penal. Ademais, entendeu-se que a inelegibilidade não é uma pena, motivo pelo qual é incabível a aplicação do princípio de presunção de inocência.

Nesse sentido, preleciona o ex ministro do STF Ayres Brito (2012), que “o parágrafo 9º do artigo 14 da Constituição Federal de 1988 diz expressamente que Lei Complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade, e que esse dispositivo foi ambicioso, porque quis mudar uma péssima cultura brasileira no trato da coisa pública, por isso se fez tão zeloso na proteção dos valores da probidade e da moralidade, considerando a vida pregressa dos candidatos”, defendeu.

Após a exposição feita, e analisando os anseios da sociedade que se encontra cansada de tantos escândalos de corrupção, má gerência pelos seus representantes para com o patrimônio público, fica evidente a importância da Lei 135 de 2010, que é um marco no nosso ordenamento jurídico, que visa fazer uma filtragem dos candidatos que tem um passado não condizente com os princípios morais e éticos que são exigidos para a ocupação de cargo público.

No mesmo sentido, fica entendido que a referida lei não afronta o princípio da Presunção de inocência, que de nenhuma forma declara o cidadão culpado de crime ou algo semelhante, mas apenas atesta que sua vida pregressa o impede de pleitear a representação da sociedade. Além disso, a própria CF permite que sejam criadas outras hipóteses de inelegibilidade, o que confere constitucionalidade à lei da Ficha Limpa, inclusive já declarada pelo Supremo Tribunal Federal.

Outro ponto que é importante frisar, e que já se encontra consolidado na jurisprudência e pela doutrina majoritária, é que a Presunção de Inocência só tem aplicação plena no Direito Penal e Processual Penal, visto que se trata das liberdades individuais dos cidadãos, sendo permitida a sua flexibilização em outras temáticas de outras áreas do direito, como é o caso do Direito Eleitoral.

Por fim, em vista dos argumentos apresentados, fica evidente o quão complexo é o tema, onde todas as considerações devem ser analisadas com minúcia, pleiteando a preservação de valores e princípios constitucionais, e através de leis infraconstitucionais como a Lei Complementar 135/2010, resguardar os princípios da probidade e moralidade administrativas, que como nunca, se mostram-se imprescindíveis.

6 CONCLUSÃO

Muitas discussões, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais, foram necessárias para que a Lei da Ficha Limpa tivesse reconhecida a sua constitucionalidade. Tal lei trouxe mudanças de grande importância para a vida político-social do país, demandando reputação ilibada, isenta de condenações em segunda instância, e maior transparência na vida daqueles que almejam postular um cargo público eletivo, aumentando ainda mais a responsabilidade do eleitor para com o seu voto.

Como visto, as divergências são muitas a respeito do tema, contudo, é importante frisar que, levando em conta a atual situação do Brasil com a questão da corrupção, a LC 135 DE 2010 é um marco na luta da sociedade na busca por representantes que tenham como norte desempenhar suas atividades dando o máximo de si, e sempre pensando na coletividade, e não em interesses particulares como fazem grande parte dos que atualmente representam o povo.

A tese de que a Presunção de Inocência só tem aplicação em caráter absoluto no processo penal é a mais acertada, visto tal ramo tratar das liberdades físicas do indivíduo, porém, em outros ramos do Direito como no eleitoral que em sua maior parte visa a lisura do procedimento de escolha dos representantes do povo, o princípio deve ser analisado de maneira relativa, já que mesmo havendo a possibilidade de interposição de recurso contra a decisão, só é possível a análise e posterior modificação de matéria de direito, permanecendo a decisão de segunda instância quanto a matéria fática, não parecendo conveniente permitir que tais candidatos pleiteiem o cargo.

É necessário que o cidadão conheça a vida pregressa de quem está disposto a confiar seu voto. O Brasil ainda presencia inúmeros casos de corrupção por ano, e normas que visam coibir candidatos que possam manchar a imagem do país serão

sempre muito bem recepcionadas pelo povo, que está cada vez mais desacreditado de seus representantes.

O processo eleitoral brasileiro como um todo, necessita de uma reformulação, onde leis devem ser revistas e outras criadas a fim de garantir a moralidade da vida política no país, enrijecendo cada vez mais os pressupostos para pleitear não só o ingresso ao cargo público eletivo, mas principalmente assegurar proibidade no exercício do mandato, e punir, na forma da lei, quem fuja de tais ditames, pois só assim teremos um sistema eleitoral sério e comprometido com os anseios sociais.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Luís Raul. Reflexões sobre autonomia pública e privada IN. CIARLINI, Álvaro Luís de A.S. Instituto Brasiliense de Direito Público. 2012, p. 123.

BRASIL, Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>. Acesso em: 13 de janeiro de 2021.

BRASIL, Decreto - Lei ° 4.657 de 4 de setembro de 1942 - LINDB. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm, último acesso em 13 de abril de 2021.

BRASIL, Lei Complementar N° 64 de 18 de maio de 1990. Artigo 1°, inciso I e II. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm. Acesso em: 23 de abril. 2021.

BRASIL, Senado Federal. Constituição da república federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs 29 e 30. ADI 4578. Promovidas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010. Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs 29 e 30. ADI 4578P. Promovidas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **Voto do Ministro Ricardo Lewandowski.** Constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010. Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs 29 e 30. ADI 4578P. Promovidas pelo Partido Popular Socialista (PPS) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010. Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs 29 e 30. ADI 4578P. **Voto do Ministro Luiz Fux.** Constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010. Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs 29 e 30. ADI 4578P. **Voto do Ministro Marco Aurélio.** Constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010. Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 fev. 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADCs 29 e 30. ADI 4578P. **Voto do Ministro Antônio César Peluso.** Constitucionalidade da Lei Complementar 135/2010. Diário da Justiça, Brasília, DF, 16 fev. 2012.

BRITTO, Carlos Ayres. Voto. Ações declaratórias de constitucionalidade nº 29 e 30. Distrito Federal, 2012.

CASTRO, Edson de Resende. **Curso de Direito Eleitoral.** 9ª ed. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2018, p. 192.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho.** – 10 ed. São Paulo: Editora LTr, 2011, p.180.

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

DO BRASIL, Senado Federal. **Constituição Federal. Brasília: Senado Federal,** Centro Gráfico, 1988.

FRANÇA. Declaração dos direitos do homem e do cidadão, 1789. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos, Universidade de São Paulo, 2015.

GOMES, José Jairo. Direito Eleitoral. 7ª ed. São Paulo: Atlas Jurídico, 2011, p. 4.

GOMES, José Jairo. **Direito Eleitoral.** 8ª ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 151.

LOPES JR. Aury, Direito Processual Penal, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 215.

LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional. 9ª ed., São Paulo: Saraiva 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira. Site G1.globo.com, 17 de ago. de 2016. Último acesso em 08 de abr. de 2021.

MENDES, Gilmar. Voto em ADC 29, ADC 30 e ADI 4.578: Relator Ministro Luiz Fux. 2012. Acesso em: 11 abr. de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/adc-29-30-lei-ficha-limpa.pdf>

REIS, Marlon Jacinto. Lei complementar nº 135 de 4 de junho 2010: analisadas por juristas e integrantes responsáveis pela iniciativa popular. São Paulo: Editora Édipo, 2010.

STF - MS: 32491 DF, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 19/08/2014, Segunda Turma. DJe-198 DIVULG 09-10-2014. PUBLIC 10-10-2014

TANAKA, Graziela. Ativismo na Ficha Limpa. 1º jan. 2011. Disponível em: <<http://www.tiespecialistas.com.br/2011/01/ativismo-online-na-ficha-limpa-a-internet-esta-mudando-a-politica>>. Último acesso em: 08 abr. de 2021.

TSE - RO: 64580 PA, Voto do ministro Ricardo Lewandowski. Data de Julgamento: 05/10/2010, Data de Publicação: DJE - Data 07/10/2010, p. 16. Último acesso em: 05 abr. de 2021.

WEBER, Rosa. Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa. STF, 15 fev. 2012. Disponível em www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200330. Último acesso em 11 abr. 2021

HERANÇA DIGITAL: A EMINENTE NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

CAMILLA MENEZES MACIEL:
Bacharelada no curso de Direito pela
UnirG Universidade de Gurupi/TO.

RESUMO: É inegável que a tecnologia avança diariamente e que o uso da *internet* se tornou parte do cotidiano. Com o avanço tecnológico as pessoas constroem, ainda que inconscientemente, o seu patrimônio de bens virtuais com e sem valoração pecuniária. Por isso, a presente pesquisa bibliográfica, de método dedutivo, buscou analisar se o ordenamento jurídico brasileiro detém de disposições legais capazes de solucionar demandas relacionadas à herança digital. Para tanto, foi necessário primeiramente verificar o aumento de pessoas conectadas a *internet*, compreender conceitos essenciais ao direito sucessório, o que é a herança digital e quais as classificações dos bens que a integram, estudar a possibilidade de lesões aos direitos da personalidade e se existe insegurança jurídica como consequência à ausência de legislação específica. Ao final, percebeu-se que o testamento é o meio recomendado para que o proprietário manifeste sua vontade sobre o destino dos bens digitais, que é necessária a proteção póstuma dos direitos personalíssimos e por essa razão, não se deve admitir a transferência irrestrita dos bens digitais. Constatou-se, ainda, que o Judiciário nacional se posicionou divergentemente quando chamado a solucionar controvérsias semelhantes, assim, outra não poderia ser a conclusão senão pela existência de insegurança jurídica.

Palavras-chave: Herança Digital. Sucessão. Bens Digitais. Projetos de Lei. Insegurança Jurídica.

ABSTRACT: It is undeniable that technology advances daily and that the use of the internet has become part of everyday life. With technological advancement, people build, even unconsciously, their patrimony of virtual goods with and without monetary value. Therefore, the present bibliographic research, using a deductive method, sought to analyze if the Brazilian legal system has legal provisions capable of solving demands related to digital heritage. To do so, it was necessary first to verify the increase of people connected to the internet, understand concepts essential to inheritance law, what is the digital inheritance and what are the classifications of the assets that compose it, study the possibility of injuries to personality rights and if there is legal uncertainty as a consequence of the absence of specific legislation. In the end, it was realized that the testament is the recommended mean for the owner to express his will on the destination of digital assets, that posthumous protection of personal rights is necessary and for that reason, the unrestricted transfer of digital assets should not be allowed. It was also found that the national judiciary was positioned differently when

called upon to solve similar disputes, thus, the conclusion could not be anything other than the existence of legal uncertainty.

Keywords: Digital Heritage. Sucession. Digital Goods. Law Projects. Legal Uncertainty.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 *Internet*. Do Primórdio À Convergência Em Aldeia Global. 3 Direito Das Sucessões. 3.1 Dos Conceitos Essenciais Do Direito Sucessório: 3.1.1 Da Classificação Da Sucessão, Da Herança E Do Legado; 3.1.2 Do Princípio Da *Saisine*. 4 Eminente Necessidade De Regulamentação Da Herança Digital No Ordenamento Jurídico Brasileiro. 4.1 Patrimônio Virtual. 4.2 Proteção Dos Direitos Da Personalidade vs Garantia Ao Direito De Herança. 4.3 Como Podem Os Bens Digitais Ser Herdados? 4.4 Projetos De Lei Em Trâmite. 4.5 Insegurança Jurídica Frente Aos Casos Levados Ao Poder Judiciário Brasileiro. 5 Considerações Finais. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de possuir a árdua missão de acompanhar as mudanças sociais, o Direito nem sempre obtém êxito. Em se tratando das evoluções que dizem respeito ao meio digital, esse atraso se mostra com maior clareza, pois a velocidade com que as transformações tecnológicas acontecem dificulta que o Poder Legislativo consiga acompanhar o ritmo das inovações e legisle sobre as mesmas.

Com toda essa imersão social ao espaço cibernético, muitas mensagens de texto, fotos, vídeos, áudios, arquivos contendo informações pessoais ou mesmo profissionais, compra e venda de bens e serviços acabam por formar, mesmo que sem a consciência imediata da pessoa, o seu patrimônio digital composto por bens passíveis de valoração econômica ou não.

Assim, com o evento morte e o início das discussões acerca da herança, não se pode mais apenas preocupar-se com a herança composta pelo conjunto de direitos e obrigações tangíveis que estavam vinculados à personalidade do falecido, pois há também o patrimônio construído no meio virtual.

Certo é que nada importa para o Direito das Sucessões se o morto construiu em vida um volumoso capital de bens palpáveis ou não. Somente interessa o falecimento da pessoa que deixa relações jurídicas patrimoniais, pois, o que foi construído, respeitando os dispositivos legais previstos no Código Civil, será transferido para os herdeiros.

Desse modo, diante da inegável imersão da sociedade para o espaço digital e a importância do estudo jurídico voltado para preencher as lacunas que surgem conforme progride a sociedade, visando assim, atingir o escopo de um ordenamento

jurídico que acompanhe o desenvolvimento social, se fez necessária a realização deste trabalho.

Através de metodologia exclusivamente bibliográfica, observou-se a escassez de obras doutrinárias sobre o tema, o que serve para demonstrar que se trata de um assunto relevante e pouco abordado pelos juristas. De tal modo, reforça-se o ideal de contribuir com o estudo de outros acadêmicos e demais pessoas que se interessem sobre o tema da herança digital, e que queiram ter a noção, ainda que breve, do que poderá ocorrer com seus bens digitais após a sua morte.

Em razão do alicerce exclusivamente bibliográfico, foi efetuada a pesquisa em doutrinas nacionais, legislação aplicada ao tema e jurisprudência pátria atualizada. Os meios de busca necessários para realização deste trabalho foram doutrinas físicas e digitais, bem como, *sítes* que disponibilizam conteúdos jurídicos. É preciso ainda pontuar que este possui técnica de análise qualitativa, vez que se baseia na coleta e confrontação de dados informativos.

No que concerne ao método de pesquisa, neste foi utilizado o método dedutivo, posto que se trata de um estudo realizado a partir de princípios e ensinamentos do direito sucessório, visando alcançar a conclusão da necessária legislação sobre a herança digital.

O problema que se pretende elucidar nesta pesquisa é se o ordenamento jurídico brasileiro atende à demanda criada pela herança digital. Desse modo, o estudo visa esclarecer se o direito de herdar, garantido constitucionalmente, contempla todos os bens digitais que compõem o patrimônio virtual do falecido e como pode ser realizada a transmissão dos bens exclusivamente digitais após a morte de seu proprietário.

Para tanto, este trabalho é dividido em três sessões. Na primeira sessão aborda-se o contexto histórico do surgimento da *internet*, são apresentados dados que comprovam o crescente uso da rede mundial de computadores pelos brasileiros e como o aumento de pessoas conectadas resulta na denominada aldeia global.

Na segunda sessão, são abordadas algumas definições de suma importância para a compreensão do direito sucessório. Dessa maneira, há explanação sobre a morte para o direito civil brasileiro, as espécies de sucessão, o entendimento sobre os institutos jurídicos da herança e do legado, bem como apontamentos acerca do princípio da *saisine*.

A terceira sessão se volta a atingir os objetivos específicos traçados para este, quais sejam: entender o que são bens digitais, quais as suas classificações, o que é a

herança digital, qual o destino dos bens digitais após a morte de seu proprietário, como o patrimônio virtual pode ser herdado e qual o impacto que a transmissão da herança digital de maneira irrestrita pode acarretar aos direitos da personalidade.

Além disso, na terceira sessão também há análise dos projetos de lei sobre a herança digital que atualmente estão tramitando, bem como demonstração da insegurança existente no ordenamento jurídico pátrio diante da ausência de legislação regulamentadora sobre o tema. Tal insegurança é demonstrada através das decisões proferidas em casos concretos que foram levados ao Poder Judiciário.

2 *INTERNET*: DO PRIMÓRDIO À CONVERGÊNCIA EM ALDEIA GLOBAL

Precipuamente faz-se necessário tratar acerca do desenvolvimento histórico da *internet*, a grande rede que atualmente conecta milhares de pessoas. Dos ensinamentos da doutrinadora Pinheiro (2016) extrai-se que a origem da *internet* se deu em meados dos anos 60, ápice da Guerra Fria, sendo criada para atender aos anseios de militares americanos e denominada como "*Arpanet*".

A criação norte-americana, a partir dos ensinamentos de Pinheiro (2016), possuía como escopo a proteção de informações, posto que, tratava-se de um sistema que interligava, de maneira descentralizada, redes dos computadores militares. Assim, na ocorrência de ataque inimigo às bases americanas, os dados não seriam perdidos, pois não se encontravam armazenados em um local físico passível de destruição.

Em que pese à rede descentralizada de transmissão de dados tenha sido criada na década de 60, Teixeira (2020) pontua que apenas no ano de 1980 é que a tecnologia passa dos fins estritamente militares, à rotina dos civis em universidades americanas, possibilitando a troca de conhecimento entre professores e estudantes. A propósito, leciona Teixeira (2020) que no final de 1980 é que a tecnologia expandiu-se, de maneira a estabelecer comunicação entre os computadores presentes nas universidades e os laboratórios de pesquisas, o que tornou possível a troca de informações mediante um sistema de protocolos.

A partir do protocolo, *internet protocol*, ou simplesmente IP, como é popularmente denominado, é que surge a definição da *internet*. Teixeira (2020) explica que, os IP's interligados entre milhares de dispositivos tecnológicos espalhados pelo mundo, resulta em uma rede que possibilita a transmissão de dados, sons e imagens de forma rápida.

Não obstante a definição de *internet* supramencionada, a especialista em direito digital, Pinheiro (2016), catequiza que o ano de 1987 foi o grande marco dessa tecnologia, diante da possibilidade de utilizá-la comercialmente, quando então a

interligação de milhares de dispositivos espalhados por todo o mundo recebeu o nome de *internet*.

Hodiernamente a *internet* é precisamente caracterizada por sua agilidade. Maneira simples e eficaz de constatar a veracidade desta característica é recordar que houve uma época em que as pessoas esperavam dias e por vezes até meses para comunicar-se através de cartas, comunicação esta que, nos dias atuais, é feita em segundos por mensagens em aplicativos.

Essencial ainda pontuar neste contexto histórico o que ensina Cadamuro (2019). De acordo com o autor, a história da *internet* no Brasil apenas teve início em 1988, quando pesquisadores, alunos e professores tiveram contato com a rede de computadores através de *e-mails* e bases de dados de universidades estrangeiras.

Nesse caminho à convergência, é nítido o fato de que com o passar dos dias mais pessoas se conectam a *internet*, sendo cada vez mais frequente encontrar a mencionada conexão não só em áreas urbanas, mas também em zonas rurais, o que nos leva a necessidade de observar os resultados de pesquisa realizada pelo Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação (Cetic.br)

A supracitada pesquisa monitora a adoção das tecnologias da informação e comunicação (TIC) no Brasil. Através da pesquisa TIC Domicílios (2019), alcançou-se a conclusão de que três a cada quatro brasileiros utilizam internet, o que equivale a 134 milhões de pessoas conectadas no Brasil.

De acordo com a pesquisa TIC Domicílios (2019) supramencionada, mais da metade da população que vive em zona rural no Brasil declarou ter acesso à rede mundial de computadores. Além disso, a TIC Domicílios ainda constatou que a internet está presente em 71% dos domicílios no território nacional e que dentre as principais atividades realizadas online, 39% dos usuários de internet efetuaram compras de produtos e serviços virtualmente no período de doze meses anteriores à pesquisa.

O caminho da convergência da sociedade para resultar em uma aldeia global, segundo as orientações de Pinheiro (2016), tem início com a evolução da transmissão de simples pacotes de dados para compartilhamento de conteúdo multimídia, áudio e vídeo, o que passa a exigir equipamentos atualizados e redes que gozem de maior velocidade.

No entanto, segundo a autora, o caminho para a convergência salta das conexões por computadores para aparelhos de TV e celulares, de modo a abranger interatividade com toda comunidade móvel, sendo que alcançaríamos a convergência total quando chips conversarem entre si, de modo que um eletrodoméstico conectado

a rede possa, por exemplo, constatar a iminência de um defeito e contatar por si próprio à assistência técnica.

A ideia central da aldeia global pautada na interatividade entre pessoas dos mais diversos locais do mundo é facilmente percebida atualmente. Pessoas interligadas tecnologicamente tem acesso rapidamente aos mais diversos acontecimentos mundiais independentemente dos quilômetros de distância que separam quem tem acesso à informação e quem presta a informação estando no local onde ocorrerá o fato.

Cadamuro (2019) ensina em sua obra que a grande maioria dos estudos realizados com foco no uso da tecnologia resulta em constatar que as pessoas têm aumentado o tempo em que passam na *internet*, em especial, nas redes sociais. Bem verdade que, as redes sociais conectam milhares de pessoas que sequer se conhecem pessoalmente, mas que compartilham as mais variadas informações.

Considerando o caminho histórico do surgimento e desenvolvimento da *internet* e que, como ensina Zampier (2021) “o ser atual é hiperconectado, sendo que muitos vivem mais tempo diante de seus *gadgets* do que do mundo concreto que os cercam”, surge a importância do estudo jurídico voltado à destinação *post mortem* do acervo digital, de modo preencher as lacunas existentes causadoras da insegurança jurídica.

Nesta linha, Leal (2020) pontua que a maneira como o uso da internet se dá atualmente, sem sombra de dúvidas, reflete em discussões jurídicas extremamente relevantes, pois se concretizam tanto na esfera patrimonial quanto na esfera existencial, sendo que essa última pode acarretar em ferimentos aos direitos da personalidade do morto e de terceiros, assunto este que adiante será abordado.

3 DIREITO DAS SUCESSÕES

Na esfera civilista, o Código Civil de 2002 regula a partir do artigo 1.784 as disposições concernentes ao direito das sucessões. *A priori*, é importante esclarecer que a palavra sucessão em sentido lato, de acordo com Gonçalves (2021), significa o ato em que uma pessoa passa a ocupar lugar que pertencia a outra, de modo que a primeira substitui a titularidade dos bens da última.

Entretanto, *strictu sensu*, o mencionado doutrinador leciona que no direito das sucessões o vocábulo sucessão designa unicamente a transmissão do patrimônio, tanto ativo quanto passivo, de uma pessoa para outrem em razão do evento morte. Esse entendimento também é partilhado por Venosa (2020, p. 1.537) ao ensinar que juridicamente, “está-se tratando de um campo específico do direito privado: a transmissão de bens, direitos e obrigações em razão da morte”.

Gagliano e Filho (2020) definem o direito das sucessões como o especial ramo do direito civil que dispõe acerca da transferência de patrimônio em razão da morte de uma pessoa. Essa mudança de titularidade quanto aos bens é o objeto de estudo desta esfera civilista.

Portando, para o estudo que ora se faz deste ramo do direito, interessa apenas a transmissão patrimonial do *de cuius*, ou simplesmente autor da herança, a seus herdeiros e legatários. Em que pese seja possível haver sucessão *inter vivos*, cuida-se aqui, exclusivamente da sucessão *mortis causa*.

No presente contexto, Cadamuro (2019) destaca que o ordenamento jurídico nacional adota a consideração presente na Resolução nº 1.480/1997 do Conselho Federal de Medicina, a qual estabelece que a morte ocorre quando é constatada a total e irreversível cessação das funções cerebrais.

Cumprindo ainda pontuar que a compreensão de que com o evento morte o patrimônio do autor da herança é transmitido de maneira automática aos herdeiros, entendimento advindo da expressão “desde logo” presente na literalidade do artigo 1.784 do CC, é entendimento consolidado. Assim, Tartuce (2021, p. 17) define o direito das sucessões como sendo:

“[...] o ramo do Direito Civil que tem como conteúdo **as transmissões de direitos e deveres de uma pessoa a outra, diante do falecimento da primeira**, seja por disposição de última vontade, seja por determinação da lei, que acaba por presumir a vontade do falecido”. Grifo nosso.

Ademais, Tartuce (2021) ainda erude que a base do direito sucessório encontra-se prevista no direito de propriedade e na função social da mesma, tendo por pilar o texto constitucional do artigo 5º, incisos XXII e XXIII. Tal entendimento é o que também ministra Gomes (2019) ao afirmar em sua obra que a sucessão é modo de aquisição da propriedade.

Ao estudar o direito das sucessões, assim como os outros ramos do direito, esse possui conceitos próprios os quais são de essencial compreensão antes de adentrar ao estudo da herança digital e entender porque existe a necessidade imperiosa de que seja legislada. Por tamanha relevância, adiante serão abordados os conceitos essenciais para o direito das sucessões.

3.1 Dos Conceitos Essenciais Do Direito Sucessório

3.1.1 Da Classificação Da Sucessão, Da Herança E Do Legado

Lôbo (2021) explica que no direito brasileiro existem dois tipos de sucessão em razão da morte, quais sejam: a sucessão legítima e a sucessão testamentária. O mencionado autor educa que a sucessão legítima, como o próprio o nome já remete ao entendimento, é a que se encontra definida pela própria lei, diferentemente da sucessão testamentária, que decorre da manifestação da vontade do autor da herança, ou seja, do *de cuius*.

Ainda quanto a classificação da sucessão hereditária, Gagliano e Filho (2020) orientam que, a sucessão hereditária legítima encontra-se disciplinada no Código Civil Brasileiro, nos artigos 1.829 a 1.856. Por sua vez, as disposições acerca da sucessão hereditária testamentária encontram-se previstas nos artigos 1.857 a 1.990 da mesma codificação legal.

Gagliano e Filho (2020, p. 43) definem a sucessão testamentária da seguinte maneira: "aquela em que a transmissibilidade da herança é disciplinada por um ato jurídico negocial, especial e solene, denominado *testamento*". Nessa espécie de sucessão, o testador goza da sua autonomia e liberdade para escolher não só o sucessor, mas a quantidade que o escolhido herdará, desde que respeitados os preceitos dos artigos legais supramencionados.

A herança é composta dos bens móveis e imóveis, das obrigações e dos direitos que não se extinguiram quando se findou o ser humano, ou como bem sintetiza Gomes (2019, p. 6) "herança é o patrimônio do defunto". O legado, por sua vez, corresponde a um bem ou um conjunto de bens que integram a herança, mas que serão certos e determinados através do testamento e destinados ao legatário que sucede a título singular, enquanto que o herdeiro é quem recebe a integralidade dos bens da herança e por isso, sucede a título universal.

Arremata Tartuce (2021) ao doutrinar que o artigo 1.788 do CC leva ao seguinte raciocínio jurídico: primeiro há de se investigar se existe disposição de última vontade feita pelo morto, bem como se essa é válida e eficaz. Caso não haja testamento, ou sendo o mesmo ineficaz ou nulo, a sucessão legítima toma espaço de modo a presumir a vontade do morto.

É possível concluir que a sucessão legítima impera no ordenamento jurídico pátrio, o que reforça ainda mais a compreensão de que é necessário haver introdução de disposições que tratem do destino do patrimônio digital do defunto, pois como ensina Gagliano e Filho (2020), a cultura brasileira não abrange preocupação com o

destino do patrimônio em momento *post mortem* a ponto de proceder à confecção de testamento.

3.1.2 Do Princípio Da *Saisine*

Uma particularidade do direito das sucessões que precisa ser compreendida é o momento em que se transmite a herança, o que juridicamente se representa pelo princípio da *saisine*. Em ambas as formas de sucessão que foram expostas anteriormente, o fundamento da transmissão da herança encontra-se disposto no artigo 1.784 do Código Civil e é entendimento pacífico no direito brasileiro.

O artigo citado dispõe que no momento da abertura da sucessão, a herança se transmite desde logo aos herdeiros, sejam legítimos ou testamentários. Gonçalves (2021) explica que o entendimento do princípio da *saisine*, é que o próprio *de cujus* transmite ao sucessor tanto a propriedade quanto a posse da herança.

O jurista Venosa (2020) traz em sua obra a etimologia da palavra *saisine* provinda do verbo *saisir* que significa agarrar, prender, apoderar-se. De acordo com Venosa, o princípio em tela possui origem germânica e também se faz presente no direito francês. Não se trata, portanto, de instituto que possui fonte romana e que significa apreensão autorizada da posse.

Bem esclarece Lôbo (2021) que o direito civil brasileiro se diferencia de outros sistemas jurídicos quando admite que a transmissão da herança ocorre automaticamente, ou seja, sem que haja a necessidade de aceitação dos herdeiros. Desse modo, desde o exato momento em que ocorre o falecimento, ainda que o herdeiro sequer tenha conhecimento do ocorrido, por força de lei, aquilo que herdou ingressa de modo automático em seu patrimônio.

Por fim, tendo em vista que a morte é o marco para transmitir a herança, é preciso verificar os valores dos bens que compõe o espólio para delimitar qual o montante a ser partilhável pelos herdeiros, bem como o imposto incidente na transmissão *causa mortis*, assim ensina Gonçalves (2021) em consonância com o disposto na Súmula 112 do STF. Diante das informações já apresentadas, é chegado o momento de ingressar ao estudo da herança de bens digitais.

4 EMINENTE NECESSIDADE DE REGULAMENTAÇÃO DA HERANÇA DIGITAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

4.1 Patrimônio Virtual

É inegável que os avanços tecnológicos, principalmente no que diz respeito a *internet*, tem acarretado diversas mudanças na vida das pessoas. Se antes, era comum

herdar livros, diários e álbuns de fotos, hoje é preciso se preocupar com o patrimônio que se constrói dia a dia na rede mundial de computadores sem que nem mesmo se tenha a consciência imediata disso.

Cadamuro (2019) afirma que cada pessoa cria e coleciona rico conjunto de bens digitais e que provavelmente pelo fato de tais bens não ocuparem espaço físico essa construção de acervo sequer é notada por quem o constrói e o aumenta a cada dia. O autor que ora se cita ainda menciona o estudo realizado pela empresa do ramo tecnológico McAfee, no qual foi observado que os brasileiros atribuem ao seu patrimônio digital o valor de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

É primordial para entender o que vem a ser o patrimônio virtual, analisar o que dizem alguns autores sobre este tema. Inicialmente, bens digitais são definidos por Lara (2016) como instruções binárias capazes de serem processadas em dispositivos eletrônicos, como os computadores, *tablets* e os próprios *smartphones*.

Em sua obra, Zampier (2021) destrincha a categoria de bens digitais em três espécies. Os bens tecnodigitais existenciais que são os compostos de informações sem fim econômico, tais como as fotos, vídeos e mensagens de texto. O bem digital patrimonial sendo aquele que agrega utilidade para o proprietário e é capaz de gerar repercussão econômica e o bem digital patrimonial-existencial que é o dotado de características tanto do bem existencial quanto do bem patrimonial, de modo a situar-se entre as duas espécies.

Zampier (2021) ainda alerta que os bens existenciais, apesar de não deterem fim econômico, podem vir a precisar da segurança conferida aos direitos da personalidade. Esse entendimento também é abordado por Leal (2020) que define os bens digitais existenciais como nada mais do que os próprios direitos da personalidade que precisarão de proteção pelo ordenamento jurídico quando se encontrem dispostos na *internet*, proteção esta que adiante será mais bem explicada.

Partindo do entendimento sobre o conceito de herança, abordado no capítulo anterior, como sendo o conjunto de bens e obrigações daquele que morreu e tendo em vista a classificação dos bens digitais, é chegado o momento de compreender o conceito de herança digital. Esta, de acordo com o entendimento de Cadamuro (2019), é o montante de conteúdos imateriais, intangíveis e incorpóreos que pertenciam ao falecido e que se encontram localizados em ambiente virtual.

Parte dos estudiosos entende que apenas os bens passíveis de valoração econômica, ou seja, os bens digitais patrimoniais poderão ser transferidos a título de herança para os herdeiros e legatários, tendo em vista que os denominados bens digitais existenciais, por estarem diretamente ligados aos direitos da personalidade, se

herdados, acarretaria em lesões aos mencionados direitos, tanto do morto quanto à personalidade de terceiros.

Por este motivo, adiante será abordada a discussão que permeia o assunto da herança digital e sua transmissão. Afinal, o direito de herdar, garantido constitucionalmente, contempla todos os bens digitais que compõem o patrimônio virtual do falecido? Há que se falar em direitos da personalidade após a morte?

4.2 Proteção Dos Direitos Da Personalidade vs Garantia Ao Direito De Herança

O estudo da herança digital, sua possibilidade de transmissão, bem como a insegurança jurídica que se forma pela ausência de regulamentação legal, esbarra na proteção dos direitos da personalidade que, por sua vez, são os direitos ligados aos seres humanos e que possuem forte direcionamento ao respeito da dignidade humana garantida constitucionalmente no art. 1º, inciso III.

Pela concepção naturalista, como dispõe Bittar (2014), os direitos da personalidade são direitos inatos à pessoa humana e que são dotados de própria proteção. Ainda segundo esse autor, cabe ao Estado apenas o reconhecimento e a previsão desses direitos, seja a nível constitucional ou ordinário. Tartuce (2021, p. 173) bem sintetiza ao afirmar que “os direitos da personalidade são aqueles inerentes à pessoa e à sua dignidade”.

Dentre as características dos direitos da personalidade, Gagliano e Filho (2020) abordam a vitaliciedade, pela qual, ante o entendimento de que os direitos da personalidade são inatos à pessoa humana, quando esta se finda, nos termos do art. 6º do CC, com o evento morte, em regra também desaparecem os direitos da personalidade.

No entanto, é importante pontuar que, alguns desses direitos são passíveis de proteção mesmo após a morte, como no caso de lesão a honra e a imagem, diante da qual, os legitimados previstos no parágrafo único do art. 12 do CC poderão exigir que cesse a ameaça, ou ainda pleitear reparação pela lesão, como bem dispõe o art. 5º, X da Constituição Federal seja a título de dano moral ou material em caso de violação dos direitos a intimidade, vida privada, honra e imagem.

Doutrinadores como Gonçalves (2021) e Venosa (2020) defendem o entendimento de que a proteção aos direitos da personalidade se estende mesmo após a morte do titular, sendo necessário observar este entendimento ao tratar da herança digital, pois como ensina Tartuce (2021), o morto detém de resquícios da

personalidade civil o que, como acima foi pontuado, pode acarretar em lesão e, por conseguinte, o dever de reparação.

Para Cadamuro (2019), é clara a tutela póstuma presente no ordenamento jurídico pátrio quando se trata de direitos da personalidade, sendo perfeitamente possível a indenização em razão de ofensas aos direitos do falecido. Como bem pontua o autor, essa indenização será única, independentemente de quantos sejam os herdeiros do morto, de modo a beneficiar todos os outros legitimados.

Dessa maneira, surge então o debate no qual alguns juristas entendem que a garantia à herança prevista no inciso XXX do art. 5º da CF/88, somente corresponde aos bens digitais patrimoniais, ou seja, aqueles que possuem valoração econômica, salvo em caso de manifestação de última vontade realizada pelo morto através de testamento.

Leal (2020) destaca que a tutela do direito da privacidade e dos demais direitos da personalidade por si só já resulta em um estudo dificultoso, sendo que ao analisar como devem ser tratados, após a morte do titular, os dados pessoais que foram inseridos na *internet*, esse debate se transforma em algo ainda mais complexo. Posto isso, agora serão abordados os entendimentos dos estudiosos sobre a possibilidade e como deve ocorrer a aquisição da herança dos bens digitais.

4.3 Como Podem Os Bens Digitais Ser Herdados?

Apresentada a classificação dos bens digitais, o que importa agora é entender como e quais desses poderão ser herdados. Leciona Cadamuro (2019) que a lei brasileira, no âmbito das sucessões, não impede que os bens digitais sejam dispostos em sucessão testamentária, mas a questão relevante mesmo é conciliar o entendimento sobre os bens virtuais que não possuem valoração econômica.

Zampier (2021) compreende que sem sombra de dúvidas os bens digitais podem compor a sucessão, pois permitir que os herdeiros adquiram a propriedade dos bens digitais é cumprir com os direitos fundamentais, bem como com os ditames sucessórios. Destaca ainda este autor que pelo instrumento do testamento, já brevemente mencionado no presente trabalho, é possível que haja disposições de características patrimoniais e existenciais.

É claramente majoritário o entendimento de que a melhor forma de garantir a aquisição dos ativos digitais sejam eles patrimoniais, existenciais ou híbridos, é pelo instrumento de disposição de última vontade. Desse modo, Lara (2016) entende que o testamento precisa passar a ser mais utilizado pela população brasileira, por ser maneira segura para que haja a transmissão desejada, sem que seja necessário discutir judicialmente para assegurar o acesso ou não aos herdeiros.

Neste ponto, Leal (2020) destaca como principal dificuldade para o tratamento dos bens digitais após a morte de seu proprietário é exatamente o fato de não existirem, na maioria das vezes, expressas disposições deixadas pelo morto, a fim de regular como e se era de sua vontade que tais bens fossem repassados. Bem verdade que, como Gagliano e Pamplona (2020) pontuam, o testamento não faz parte da cultura brasileira, o que neste contexto acarreta em mais dificuldades.

A ausência de disposição testamentária atrelada a ausência de legislação sobre como deve ser realizada a transmissão desses bens aos herdeiros, faz com que, conforme ensinamento de Zampier (2021), as discussões acerca dos bens virtuais de caráter existencial sejam mais complexas, vez que a aquisição desses bens pode acarretar em lesão aos direitos da personalidade não só do morto como também dos terceiros que com ele mantiveram contato.

Exemplo da dificuldade para lidar com a questão jurídica da herança de bens digitais de caráter existencial seria o requerimento feito pelos herdeiros para ter acesso a contas pessoais do falecido, como os *e-mails* e as redes sociais. Em caso como esse, Cadamuro (2019) esclarece que, pela ausência de disposição testamentária e legal sobre o assunto, primeiramente os herdeiros encontrariam dificuldade na esfera extrajudicial, em razão do que estabelecem as políticas dos provedores desses serviços.

Cadamuro (2019) ainda pontua que, diante da negativa dos provedores de *e-mails* e redes sociais, ao pleitear acesso perante o Poder Judiciário os herdeiros concretizam o risco de ferir os direitos da personalidade do *de cuius*, tendo em vista que a Constituição Federal protege o sigilo das informações. Zampier (2021), por sua vez, ensina que não seria possível, por regra, haver a aplicação do princípio da *saisine* previsto no art. 1.784 do CC em relação aos bens digitais existenciais.

Lara (2016) enfatiza a importância do planejamento minucioso realizado pelo usuário e proprietário de bens digitais para garantir como será regulada a sucessão desses ativos digitais. É importante destacar que, em que pese não haja vedação na legislação para disposições testamentárias de bens que não gozem de valoração econômica, a discussão sobre a possibilidade ou não de herdar bens digitais realmente se priva quanto aos bens existenciais.

Assim, Cadamuro (2019) orienta que o conjunto de bens virtuais que possuem valoração econômica pode ser objeto de disposição testamentária e merece ser inventariado do mesmo modo que os outros bens do morto. Zampier (2021) compartilha do mesmo entendimento, pois segundo este, bibliotecas virtuais, acervo musical ou de vídeos devem ser considerados como componentes de acervo de bens digitais dotados de valor econômico e, portanto, devem ser herdados.

Diverge Leal (2020) do entendimento de Zampier (2021) que acima foi abordado, ao instruir que, quanto aos conteúdos patrimoniais é preciso primeiramente verificar se o autor da herança estava realmente adquirindo a propriedade do bem digital ou se era apenas uma licença para o uso do mesmo, vez que, em se tratando de licença para uso, essa será extinta com a morte, caso tenha sido devidamente cumprido o dever de informação que rege a relação consumerista.

Mais uma vez, Cadamuro (2019) pontua o entendimento de que, inexistindo testamento, os herdeiros até poderão pleitear o acesso aos *e-mails*, conversas particulares do *de cuius*, senhas das redes sociais e utilizar desses bens como bem entender, o que acarretaria em lesão aos direitos da personalidade do morto, pois como anteriormente visto, mesmo após a morte, alguns direitos da personalidade ainda dotam de proteção legal.

Fica evidenciado, portanto que, a melhor maneira de garantir a proteção quanto a vedação ao acesso ou mesmo dispor a possibilidade de que os bens frutos da evolução tecnológica sejam herdados, é através do testamento, pois como aponta Leal (2020), a última vontade do falecido será observada preliminarmente, buscando atingir a determinação que melhor represente a vontade da pessoa que se findou como estabelece o artigo 1.899 do Código Civil.

Como mencionado anteriormente, o direito brasileiro não detém de vedação para a disposição de bens digitais pelo falecido. No entanto, o que se pretende demonstrar com este trabalho é a insegurança jurídica existente em razão da ausência de legislação específica, pois da mesma forma que não há vedação, também não existem regras que estabeleçam o trâmite que deve ser adotado quando o assunto for especificamente a herança de bens digitais.

Com isso, atentos à evolução tecnológica e às implicações legais que podem acarretar, integrantes do Poder Legislativo têm buscado elaborar projetos de lei para dispor sobre a herança digital e é sobre esses projetos que o próximo tópico se fundamentará.

4.4 Projetos De Lei Em Trâmite

Em pesquisa ao *site* da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, constatou-se que atualmente apenas os projetos de lei nº 6468/2019 e nº 5820/2019 estão em tramitação, sendo que os projetos de lei nº 4847/2012, nº 4099/2012, nº 1331/2015, nº 7742/2017 e nº 8562/2017 foram arquivados.

O projeto de lei nº 6468/2019 de autoria do Senador Jorginho Mello do PL/SC, disponível para pesquisa no *site* do Senado Federal, objetiva alterar o artigo 1.788 do Código Civil, "para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da

herança”, acrescentando-lhe parágrafo único para que, segundo Mello (2019), haja a transmissão de todos os conteúdos ou arquivos digitais do falecido aos seus herdeiros.

Em justificativa Mello (2019) expõe que é preciso que o Direito Civil se ajuste para as novidades trazidas pela tecnologia, pois situações de famílias que buscam a tutela jurisdicional para obter acesso aos bens digitais estão gerando tratamento desigual, sendo por vezes injustas em contextos semelhantes.

Por sua vez, o projeto de lei nº 5820/2019, de autoria do Deputado Elias Vaz (2019) do PSB-GO, disponível no *site* da Câmara dos Deputados, possui como finalidade dar “nova redação ao art. 1.881” do Código Civil de 2002. Esse projeto, na visão de Leal (2020) é interessante em razão da expressa possibilidade de emprego do codicilo, representando então uma forma diversa da testamentária para disposição de vontade quanto ao destino dos bens digitais.

Gomes (2019) explica que o codicilo, disposto no art. 1.881 e ss. do CC/2002, atualmente se destina para que o autor da herança se manifeste quanto ao seu enterro, esmola de pequena monta e disposição em relação a legados compostos por bem móveis, joias não valiosas e até mesmo sobre as roupas que lhe pertenciam. Além disso, o jurista ainda ensina que, o codicilo não está sujeito às formalidades do testamento, mas deve ser escrito, datado e assinado.

Em caminho com os avanços tecnológicos, cumpre pontuar que no projeto de lei que ora se comenta, Vaz (2019) propõe que na manifestação de vontade escrita seja válida a assinatura digital, sendo neste caso, dispensadas as testemunhas. Outra inovação disposta por Vaz (2019) neste projeto de lei é o codicilo em formato de vídeo, sendo exigida a presença de duas testemunhas, quando houver disposição de cunho patrimonial, dentre outras exigências, como nitidez de som e imagem.

Para Junior e Costa (2020), o projeto de lei nº 5820/2019 possui a pretensão de aprimorar o instrumento do codicilo, de forma que acarretará em desburocratização do direito sucessório. Pontuam ainda que, se feito em vídeo, como previsto no projeto de lei, o codicilo ainda se apresentará como meio inclusivo para pessoas com deficiência, pois essas poderão se valer do meio de comunicação que corresponda com a sua deficiência, como por exemplo, a linguagem de sinais.

Importante ainda pontuar que esse projeto de lei, em seu § 4º, se propõe a conceituar a herança digital como sendo o conjunto de elementos armazenados na internet, como fotos, vídeos, livros e senhas.

4.5 Insegurança Jurídica Frente Aos Casos Levados Ao Poder Judiciário Brasileiro

Em que pese o direito brasileiro possua leis que abarcam contextos virtuais, a herança digital ainda encontra-se desprovida de proteção, o que evidentemente abre margem para que a discussão judicial sobre esta temática exista em ambiente de completa insegurança jurídica, como será possível constatar com a abordagem a seguir de casos concretos levados ao Poder Judiciário Brasileiro e que tiveram decisões jurídicas diversas.

O primeiro caso que aqui será apresentado, de acordo com o *site* Migalhas, tramitou na 1ª Vara do Juizado Especial Central de Campo Grande, Mato Grosso do Sul, no qual, aos dezenove dias do mês de março do ano de dois mil e treze, a Juíza de Direito, Vania de Paula Arantes, deferiu o pedido de liminar para determinar a exclusão do perfil da rede social *Facebook* de Juliana Ribeiro Campos, que, segundo sua genitora e requerente naquele, havia se transformado em um “muro de lamentações” após a morte da referida.

De maneira oposta à decisão acima apresentada, uma sentença improcedente foi prolatada por um Juiz de Direito em Pompeu, Minas Gerais. Como dito, o caso foi julgado improcedente e negou o pleito de uma mãe para acessar os dados da filha morta. Os referidos dados eram arquivos que se encontravam em conta virtual vinculada ao telefone celular da morta, de acordo com o *site* do Colégio Notarial do Brasil Seção São Paulo.

Será agora apresentado o caso recentemente julgado em sede recursal, pela 31ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em nove de março de dois mil e vinte e um. A referida Câmara, segundo informações constantes no próprio *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo, negou provimento ao Recurso de Apelação nº **1119688-66.2019.8.26.0100**, **interposto por uma mãe que visava acessar dados, saber os motivos pelos quais houve a exclusão repentina do perfil de sua filha falecida na rede social *Facebook* e obter reparação a título de danos morais.**

A apelante argumentou que após o falecimento de sua filha, passou a usar o perfil da mesma, pois conhecia o usuário e a senha necessários para efetuar *login*. No entanto, a plataforma social *Facebook* procedeu com a exclusão do perfil da finada sem aviso prévio. Por essa atitude, a ora apelante requereu os dados contidos no perfil, prestação de informações sobre os motivos que levaram à exclusão e indenização por dano moral.

A ementa do julgado que ora se refere restou da seguinte forma:

AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA – EXCLUSÃO DE PERFIL DA FILHA DA AUTORA DE REDE SOCIAL (FACEBOOK) APÓS SUA MORTE – QUESTÃO DISCIPLINADA PELOS TERMOS DE USO DA PLATAFORMA, AOS QUAIS A USUÁRIA ADERIU EM VIDA – TERMOS DE SERVIÇO QUE NÃO PADECEM DE QUALQUER ILEGALIDADE OU ABUSIVIDADE NOS PONTOS ANALISADOS – POSSIBILIDADE DO USUÁRIO OPTAR PELO APAGAMENTO DOS DADOS OU POR TRANSFORMAR O PERFIL EM “MEMORIAL”, TRANSMITINDO OU NÃO A SUA GESTÃO A TERCEIROS – INVIABILIDADE, CONTUDO, DE MANUTENÇÃO DO ACESSO REGULAR PELOS FAMILIARES ATRAVÉS DE USUÁRIO E SENHA DA TITULAR FALECIDA, POIS A HIPÓTESE É VEDADA PELA PLATAFORMA – DIREITO PERSONALÍSSIMO DO USUÁRIO, NÃO SE TRANSMITINDO POR HERANÇA NO CASO DOS AUTOS, EIS QUE AUSENTE QUALQUER CONTEÚDO PATRIMONIAL DELE ORIUNDO – AUSÊNCIA DE ILICITUDE NA CONDOTA DA APELADA A ENSEJAR RESPONSABILIZAÇÃO OU DANO MORAL INDENIZÁVEL – MANUTENÇÃO DA SENTENÇA – RECURSO NÃO PROVIDO.

(TJ-SP - AC: 11196886620198260100 SP 1119688-66.2019.8.26.0100, Relator: Francisco Casconi, Data de Julgamento: 09/03/2021, 31ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 11/03/2021) **Grifo nosso.**

É possível constatar através do supracitado julgado o acerto de Leal (2020) ao ensinar que em se tratando de bens digitais existenciais, ou seja, aqueles que não possuem valor econômico, em não havendo manifestação de vontade do falecido, é necessário verificar o que consta nos termos e condições de uso das plataformas digitais onde se encontram os bens. No presente caso, o relator entendeu que a apelada (*Facebook*), agiu em exercício regular de direito, logo não há que se falar em abusos seja no âmbito do direito civil ou do direito do consumidor.

Pontua ainda o relator no julgamento do recurso disponível no *site* do Tribunal de Justiça de São Paulo que, em relação à validade do que determina a rede social em caso de morte do titular do perfil - exclusão da conta ou transformação em memorial - na legislação brasileira não existem disposições específicas que tratem da herança de bens digitais, sendo que a Lei 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da *Internet* ou mesmo a Lei Geral de Proteção de

Dados, não possuem dispositivo algum que estabeleça como se deve proceder em casos como este.

Em razão da lacuna legal sobre a herança digital, tendo em vista que a finada aderiu aos termos e condições de uso da plataforma, manifestando seu consentimento para uso da rede social e inexistindo diversa manifestação de vontade elaborada pela filha da apelante sobre qual destino gostaria que fosse dado a seu perfil, deve sobressair o que estabelece a rede social em seu regramento de política e condições de uso.

Como demonstrado, é indubitável que a herança composta por bens virtuais já faz parte da vida das pessoas, portanto, para evitar inseguranças jurídicas como a acima exposta, é de fundamental importância que haja positivação legal para guiar os operadores do direito a fim de dar maior efetividade ao destino dos bens intangíveis e, desse modo, garantir que tanto o titular dos bens, quanto os herdeiros tenham conhecimento e segurança para a proteção de seus direitos.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise dos institutos jurídicos do direito das sucessões em conjunto com a análise dos projetos de lei que atualmente tramitam nas Casas Legislativas e a abordagem dos casos concretos levados ao Poder Judiciário, restou demonstrada a imperiosa necessidade do ordenamento jurídico brasileiro em se atualizar para acompanhar os avanços sociais atrelados aos progressos tecnológicos.

Ademais, constatou-se que através do instrumento de testamento a discussão sucessória apresenta-se mais fácil de ser resolvida, posto que o próprio direito civil determina que deve ser respeitada a vontade do autor da herança, desde que esse tenha observado os limites impostos legalmente. Desta forma, inexistindo testamento, através de processo judicial para herdar os bens virtuais do morto, a herança deverá corresponder apenas aos bens que possuam caráter patrimonial.

Por ser garantido constitucionalmente, o direito de herança deve ser exercido sobre os bens digitais patrimoniais do morto. Sendo assim, os bens virtuais que não detenham de valor econômico, salvo se outra era a vontade do morto, não devem ser transferidos para os herdeiros, pois o exercício irrestrito do direito de herança, como visto, resulta em lesões aos direitos da personalidade, tendo em vista que alguns desses gozam de proteção mesmo após a morte do seu titular.

Assim, observa-se que, apesar de não ser popular na cultura brasileira, o testamento é fundamental para que o proprietário dos bens digitais manifeste sua vontade quanto ao destino que desejava dar aos mencionados, havendo então um

meio de preservar o que se queria com menor risco de lesionar direitos da personalidade do *de cujus*.

Por todo o desenvolvido neste trabalho, conclui-se que a insegurança jurídica quanto a destinação dos bens digitais se mostra cada vez mais presente no Poder Judiciário brasileiro e que, por este motivo, é inegável a eminente necessidade de disposições legais para consolidar as regras de transmissão do patrimônio digital construído pelo autor da herança, a fim de garantir o direito fundamental do herdeiro e ainda assim preservar a extensão protetora dos direitos da personalidade.

Portanto, pela falta de legislação específica, conclui-se que o ordenamento jurídico brasileiro não detém de disposições legais capazes de atender às demandas que passarão a ser mais frequentes no Poder Judiciário devido aos avanços tecnológicos e a imersão da vida pessoal e profissional na rede mundial de computadores.

REFERÊNCIAS

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

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 112**. O imposto de transmissão causa mortis é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [1964]. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula112/false>. Acesso em: 22 mar. 2021.

BITAR, Carlos Alberto. **Os Direitos da Personalidade**. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2015. Modificado por Eduardo C. B. Bittar.

CADAMURO, Lucas Garcia. **Proteção dos direitos da personalidade e a herança digital**. Curitiba: Juruá Editora, 2019.

CETIC.BR. **TIC Domicílios 2019: Principais Resultados**, 26 maio 2020. Disponível em: https://cetic.br/media/analises/tic_domicilios_2019_coletiva_imprensa.pdf. Acesso em: 28 fev. 2021.

CETIC.BR. **Três em cada quatro brasileiros já utilizam a Internet, aponta pesquisa TIC Domicílios 2019**, 26 maio 2020. Disponível em: <https://cetic.br/pt/noticia/tres-em-cada-quatro-brasileiros-ja-utilizam-a-internet-aponta-pesquisa-tic-domicilios-2019/#:~:text=TIC%20Domic%3%ADlios%202019->

[Tr%C3%AAs%20em%20cada%20quatro%20brasileiros%20j%C3%A1%20utilizam%20a,aponta%20pesquisa%20TIC%20Domic%C3%ADlios%202019&text=O%20Brasil%20conta%20com%20134,com%2010%20anos%20ou%20mais.&text=O%20celular%20%C3%A9%20o%20principal,usu%C3%A1rios%20da%20rede%20\(99%25\)](https://www.conteudojuridico.com.br/Tr%C3%AAs%20em%20cada%20quatro%20brasileiros%20j%C3%A1%20utilizam%20a,aponta%20pesquisa%20TIC%20Domic%C3%ADlios%202019&text=O%20Brasil%20conta%20com%20134,com%2010%20anos%20ou%20mais.&text=O%20celular%20%C3%A9%20o%20principal,usu%C3%A1rios%20da%20rede%20(99%25).). Acesso em: 28 fev. 2021.

COLÉGIO NOTARIAL DO BRASIL SEÇÃO SÃO PAULO. Valor econômico: justiça recebe os primeiros casos sobre herança digital, 19 set. 2018. Disponível em https://www.cnbsp.org.br/?url_amigavel=1&url_source=noticias&id_noticia=16822&filtro=1&lj=681. Acesso em: 04 de nov. de 2020.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº 1.480/1997, de 8 de agosto de 1997.** Brasília, DF. Disponível em http://www.sgc.goias.gov.br/upload/links/arq_908_ResolucaoA1480ACFM.pdf. Acesso em: 22 mar. 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Parte Geral.** 22. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil: Direito das Sucessões.** 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VAZ, Elias. **Projeto de Lei nº 5820 de 2019.** Dá nova redação ao art. 1.881 da Lei nº 10.406, de 2002, que institui o Código Civil. Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2228037>. Acesso em: 20 mar. 2021.

GOMES, Orlando. **Sucessões.** 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Atualizado por Mario Roberto Carvalho de Faria.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões.** 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral.** 19. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

JÚNIOR, Clodoaldo Moreira dos Santos; COSTA, Tiago Magalhães. Herança digital à luz do PL 5.820/19. Migalhas, 31 jan. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/319511/heranca-digital-a-luz-do-pl-5-820-19>. Acesso em: 21 mar. 2021.

LARA, Moisés Fagundes. **Herança Digital.** 1. ed. Porto Alegre: Clube de Autores, 2016.

LEAL, Livia Teixeira. **Internet e Morte do Usuário**: propostas para o tratamento jurídico *post mortem* do conteúdo inserido na rede. 2. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil**: Sucessões. 7. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MIGALHAS. Facebook deve excluir perfil de jovem que faleceu em 2012, 24 abr. 2013. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/176985/facebook-deve%20excluir-perfil-de-jovem-que-faleceu-em-2012>. Acesso em: 04 de nov. de 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. **Direito Digital**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MELLO, Jorginho. **Projeto de Lei nº 6468 de 2019**. Altera o art. 1.788 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, que institui o Código Civil, para dispor sobre a sucessão dos bens e contas digitais do autor da herança. Disponível em <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/140239>. Acesso em: 20 mar. 2021.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça de São Paulo. Apelação Civil nº **1119688-66.2019.8.26.0100. Ação de obrigação de fazer e indenização por danos morais – sentença de improcedência – exclusão de perfil da filha da autora de rede social (facebook) após sua morte [...]**. 31ª Câmara de Direito Privado. Relator Francisco Casconi, 09 de março de 2021. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=14441461&cdForo=0>. Acesso em: 20 mar. 2021.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil**: Direito das Sucessões. 14. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

TEIXEIRA, Tarcisio. **Direito Digital e Processo Eletrônico**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**: Família e Sucessões. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

ZAMPIER, Bruno. **Bens digitais**: cybercultura, redes sociais, e-mails, músicas, livros, milhas aéreas, moedas virtuais. 2. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2021.

MULHERES “MULAS” NO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS

STHEFANY TORRES DOS SANTOS:

Bacharelada do curso de Direito pela Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

EDY CÉSAR DOS PASSOS JÚNIOR⁶⁴

(orientadora)

RESUMO: Nas últimas décadas evidenciou-se o aumento no número do sistema prisional, incluindo o aumento no número de encarceramentos feminino são mais de 714 mil mulheres em prisões no mundo. No Brasil, o número de mulheres em situação de cárcere ultrapassou a marca de 37 mil pessoas, de acordo com o observatório das desigualdades sociais. Diante do contexto, o presente trabalho apresenta a seguinte questão de pesquisa: quais os principais fatores que contribuem para que inúmeras mulheres sejam privadas de liberdade? Assim sendo, o presente trabalho propõe analisar o perfil das mulheres na função de “mula” na rede de narcotráfico, bem como, mapear as características sociais, educativas, familiares e afetivas em que elas são inseridas, e ainda conhecer os meios de inserção destas mulheres no crime. O percurso metodológico utilizado para a realização da pesquisa foi pesquisa bibliográfica de natureza exploratória, que consiste em um estudo de pesquisa bibliográfica, tomando como base os seguintes recursos: livros, artigos científicos, trabalhos de conclusão de cursos, legislação específica, dentre outros. Dessa maneira, o trabalho está dividido da seguinte forma: primeiramente apresenta os aspectos gerais e conceituais, na sequência relaciona a temática abordada com questões de gênero, e por fim, discorre sobre o encarceramento feminino na realidade brasileira. Os resultados apontam que o crime de tráfico de drogas é o principal motivo do encarceramento feminino no Brasil, o perfil desta população é de prevalência jovem, sendo que 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos, destas 67% são negras, das quais 50% delas não concluíram o ensino fundamental, no tocante motivos para inserção no tráfico de drogas, a literatura aponta como um dos motivos a vulnerabilidade social, uma vez que, muitas dessas mulheres tem filhos e/ou pessoas idosas e o tráfico se apresenta como um dos meios para obter ganhos financeiros.

Palavras-chave: Gênero; Mulheres; Tráfico de drogas; Mulas; Encarceramento Feminino.

Sumário: Introdução. 1. Conceitos: drogas, tráfico de drogas, tráfico internacional de drogas, mula. 1.1. Tráfico de drogas. 1.2. O tráfico internacional de drogas. 1.3. Mula.

⁶⁴ Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

2. Mulheres em condições de “mulas”: um enfoque de gênero. 3. tráfico de drogas e encarceramento feminino na realidade brasileira. Conclusão.

INTRODUÇÃO

Atualmente o tráfico de drogas é a atividade criminosa que mais cresce no mundo de acordo com o DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), o grande aumento tem sido no tráfico internacional de drogas, que movimenta a grande parte da classe social mais baixa. Na busca por “mudança de vida” fácil e rápida, muitos são atraídos através de propostas atrativas. No processo de recrutamento as mulheres são os principais alvos para ocuparem a função de transporte de drogas como meio de distração para atuação de vantagem da organização criminosa.

A função dada a essas mulheres é denominada como “mulas”, que é atribuída a pessoas que realizam o transporte ilícito de entorpecentes em fronteiras. Diante desse contexto, foi observado o perfil dessas mulheres que atribui histórico de desemprego, baixo grau de escolaridade, mães solteiras ou até mesmo por coação, engano e dependência afetiva do parceiro.

Diante do contexto apresentado anteriormente e dada a importância do tema o presente trabalho objetivou analisar o perfil das mulheres na função de “mula” na rede de narcotráfico, bem como, mapear as características sociais, educativas, familiar e afetiva em que elas são inseridas, e ainda, conhecer os meios de inserção destas mulheres ao crime.

A fim de alcançar os objetivos propostos utilizou-se neste trabalho a pesquisa bibliográfica de caráter exploratório através de levantamento de informações bibliográficas e documental, de forma a conhecer o perfil dessas mulheres e meios de inserção na rede de narcotráfico.

Assim sendo, este trabalho estruturou-se da seguinte forma: além desta introdução que aborda de maneira geral a temática, contém ainda a metodologia utilizada. Em seguida o capítulo I apresenta os aspectos gerais e conceituais para o entendimento do tema, o capítulo II aborda a temática das “Mulas” do tráfico com enfoque de gênero, o capítulo III sobre o perfil das mulheres privadas de liberdade no Brasil. Posteriormente, apresenta as considerações finais. E ainda como parte do trabalho, encontram-se as referências bibliográficas que foram utilizadas para a elaboração do mesmo.

METODOLOGIA

Este tópico tem o objetivo esclarecer os procedimentos e critérios utilizados no estudo, mostrando como os resultados foram alcançados. Para Martins e Theophilo

(2007), o método científico não é, nem mais nem menos, senão a maneira de se construir boa ciência: natural ou social, pura ou aplicada, formal ou factual. Yin (2001) aponta que a escolha dos métodos deve ser sempre criteriosa, para selecionar os que mais se adaptem aos objetivos e condições nas quais a pesquisa está sendo realizada, sendo que não há método que seja melhor ou pior que o outro.

De acordo com Prodanov e Freitas (2013), a pesquisa científica possui como intuito compreender e esclarecer fenômenos, buscando apresentar soluções e/ou alternativas, que respondam a determinados problemas. E para que isso seja possível, o pesquisador se mune de reflexões acumuladas que antecederam sua pesquisa e, por meio do manuseio de variados métodos e técnicas, visando à obtenção de respostas pertinentes às suas inquietações.

Um destes métodos utilizados é a pesquisa bibliográfica. Tal método foi o utilizado por este presente trabalho. Para Fonseca (2002), os trabalhos científicos iniciam pela pesquisa bibliográfica, visto que, a mesma permite ao pesquisador conhecer o que já foi estudado sobre o tema. De acordo com Lakatos e Marconi (2010), a pesquisa bibliográfica abrange a bibliografia já tornada pública sobre o tema.

Assim, o presente estudo inicialmente recorreu às bases de dados referentes ao tema abordado, bem como, de livros, trabalhos de conclusão de curso e revistas relacionadas ao tema escolhido, a fim de obter informações que vise alicerçar as discussões deste trabalho.

Com relação ao objeto de estudo, esta pesquisa se limitou a abordar o tema do tráfico de drogas numa perspectiva de gênero, com ênfase ao papel de mulas geralmente ocupada por pessoas do sexo feminino no que tange a organização do tráfico.

Para a coleta dos dados, utilizou-se inicialmente as seguintes bases de dados: a CAPES – Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior, SCIELO – *Scientific Electronic Library Online*, Google acadêmico, dentre outros.

Após a coleta de dados, os mesmos foram selecionados visando utilizá-los de acordo com o objetivo da pesquisa. Posteriormente foram organizados em informações que pontuadas e comentadas fundamentaram as discussões realizadas neste trabalho.

1. CONCEITOS: DROGAS, TRÁFICO DE DROGAS, TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS, MULA.

A Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, é a lei que institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, estabelece

normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas e define crimes e dá outras providências. A referida lei, apesar de tratar sobre as questões relacionadas aos entorpecentes e psicotrópicos, não discorre sobre a definição do que é droga e nem apresenta quais substâncias acarretará a responsabilidade penal.

O parágrafo único do artigo e da lei citada anteriormente aponta que: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União (BRASIL, 2006)”.

Diante desse contexto, há o entendimento de que a não identificação das substâncias consideradas drogas, pela lei específica que trata sobre o tema, compromete sua correta interpretação e aplicação, por isso consideram a necessidade de uma complementação, para melhor aplicabilidade.

Assim sendo, a complementação para a referida lei é encontrada na Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), portaria Nº 344 de 12 de maio de 1998, que aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial.

Na referida portaria a definição de drogas se dá da seguinte forma: “Substância ou matéria-prima que tenha finalidade medicamentosa ou sanitária”. Define ainda os entorpecentes como sendo “substância que pode determinar dependência física ou psíquica relacionada, como tal, nas listas aprovadas pela Convenção Única sobre Entorpecentes, reproduzidas nos anexos deste Regulamento Técnico (BRASIL, 1998)”.

A portaria apresenta, entre outros aspectos a autorização necessária para:

Extraír, produzir, fabricar, beneficiar, distribuir, transportar, preparar, manipular, fracionar, importar, exportar, transformar, embalar, reembalar, para qualquer fim, as substâncias constantes das listas deste Regulamento Técnico (ANEXO I) e de suas atualizações, ou os medicamentos que as contenham, é obrigatória a obtenção de Autorização Especial concedida pela Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (BRASIL, 1998).

E dessa maneira, a portaria referenciada estabelece responsabilidades e define as substâncias as quais se refere a lei de drogas. Assim sendo, após essa definição introdutória sobre o que a legislação denomina como sendo droga o próximo tópico abordará sobre o tráfico de substâncias.

1.1 Tráfico de drogas

O tráfico de droga pode ser entendido como sendo as atividades/ações descritas no art. 33 da Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006, são estas:

Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 2006).

Caracteriza-se ainda como sendo tráfico de drogas sujeito às mesmas penas das ações anteriormente citadas, os incisos I, II, III, IV do mesmo artigo que são:

I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;

II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

IV - vende ou entrega drogas ou matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas, sem autorização ou em desacordo com a determinação legal ou regulamentar, a agente policial disfarçado, quando presentes elementos probatórios razoáveis de conduta criminal preexistente.

Os artigos seguintes da lei ainda são referentes a outras atividades que estão relacionadas ao tráfico de drogas com penas diferenciadas para cada atividade. O art. 34 aborda sobre objetos destinados a produção de drogas, o art. 35 trata da associação ao tráfico, o art. 36 trata do financiamento as práticas apontadas nos arts. 33 e 34, o art. 37 prevê a colaboração com grupos articulados para as práticas dos arts. 33 e 34,

o art. 38 versa sobre a prescrição ou ministração, culposamente de drogas, sem que delas necessite o paciente, ou fazê-lo em doses excessivas ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nesse caso o art. prevê também, em caso de condenação a comunicação imediata ao Conselho Federal da categoria profissional a que pertence o agente. O art. 39 trata da condução de embarcação ou aeronave após o consumo de drogas, expondo a dano potencial a incolumidade de outrem, com agravante caso o veículo seja de transporte coletivo de passageiros.

Assim sendo, considera-se que as ações descritas na lei citada anteriormente, caracterizam-se como tráfico de drogas no Brasil, vale ressaltar que a lei faz uma diferenciação entre usuários e grandes traficantes, e dessa maneira usuários primários e com bons antecedentes criminais pode, podem responder pelo crime de tráfico com penas alternativas, enquanto aqueles que, supostamente, vivem do lucro do comércio de drogas a pena podem ser detenção ou reclusão, bem como, o pagamento de multa.

1.2 O tráfico internacional de drogas

Compreender sobre o tráfico internacional de drogas, requer conhecimento a respeito da política internacional de enfrentamento. A política internacional de combate às drogas em vigor atualmente foi lançada no ano de 1961 com a Convenção Única de Estupefacientes das Nações Unidas, seguida da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas de 1971. Essa política ganhou um caráter interventivo militarizado e “linha dura” na América Latina a partir de 1988 na era Reagan e da criação da Convenção da ONU contra o Tráfico Ilícito de Drogas Narcóticas e Substâncias Psicotrópicas. No entanto, não há obrigação dos países signatários de criminalizar usuários das substâncias ilícitas, nota-se, no entanto, que uma das consequências desta política é o inchaço demasiado do sistema carcerário de vários países da América Latina (SOUZA, 2013).

O entendimento sobre tráfico internacional que têm os Tribunais Superiores do Brasil é que deve haver obrigatoriamente busca da importação ou exportação, que se consuma pela entrada ou saída da substância entorpecente do território nacional, ou seja, o crime de tráfico internacional pode consumir-se pelo transporte da droga destinada ao estrangeiro ou quando de seu ingresso, ainda dentro da zona aduaneira. Esse entendimento considera os precedentes do STF (HC 52.328/SP, RTJ 71/358; HC 56.883/AL, RTJ 89/449) que entende o tráfico internacional como sendo a cooperação internacional na produção, circulação e comercialização do tóxico ou entorpecentes.

O artigo 40, inciso I da lei 11.343/2006 aborda sobre o tráfico transnacional, diz que as penas previstas nos art. 33 à 37 da referida lei serão aumentadas de um sexto a dois terços caso a natureza ou a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito.

Tal entendimento é fixado na súmula 607 do Supremo Tribunal de Justiça (STJ). De acordo com a súmula, configura-se como prova da destinação internacional de drogas, mesmo que não consumada a transposição da fronteira.

Assim sendo, todas as ações descritas nos arts. 33 a 37 podem ser consideradas como sendo tráfico internacional, desde que comprovada sua transnacionalidade.

De acordo com Souza (2013), o tráfico internacional de entorpecentes se apoia a partir de alguns autores que agem de maneira planejada em nível local, nacional e transnacional. Essa organização possui organização de poderes dentro de uma rede, essa organização também influencia quanto a divisão dos lucros, que se utiliza de critérios desigual, essa organização por vezes obedece a critérios geográficos e de gênero. Assim sendo, dentro dessa organização o próximo item deste trabalho abordará sobre outro conceito muito utilizado quando se aborda a questão do tráfico, que são as chamadas "mulas".

1.3 Mula

Quando se fala de tráfico de drogas é relevante entender que há definição de papéis na organização do mesmo. Há os postos de alto, médio ou baixo escalão, essa divisão contribui para divisão de poder, comando, posição e ainda remuneração. No caso dos ocupantes de postos mais baixos e de maior risco/visibilidade estão os "aviões", microtraficantes e "mulas" (SOUZA, 2013). Ainda de acordo com a autora citada anteriormente, a "mula" dentro do tráfico de drogas, pode ser definido como sendo o agente transportador de drogas.

De acordo com Velliga (2006), citado por Oliveira e Linjardi (2013) as "mulas", assim como os aviões, microtraficantes, passadores, atendentes, estica e outros são componentes da divisão do trabalho, no comercio ilegal de drogas, conforme necessidade tática e estratégica. Assim sendo, entende-se que são sobre as mulas do tráfico que recai o fardo mais pesado de transportar a droga e a maior possibilidade de perder a liberdade e a vida (OLIVEIRA; LINJARDI 2013, p. 80)".

De acordo com Rodriguez (2008), o papel desempenhado pelas "mulas" geralmente corresponde ao último escalão na hierarquia do tráfico, entregar substâncias aos consumidores ou transportar a droga através das fronteiras.

Segundo Araújo (2011), as mulas são consideradas como objetos de fácil substituição, logo, mesmo que algumas delas sejam presas, não muda em nada a configuração da organização, visto que não tem significado algum para as organizações criminosas, ou seja, não afeta diretamente as atividades desenvolvidas pela organização, pois as mulas são consideradas descartáveis no contexto das organizações criminosas.

Faé (2020, p.27) defende que grande parte das pessoas que se submetem ao papel de “mula”, seja de maneira “consciente ou não do que será transportado, nunca teve relação direta com a droga e, por serem consideradas “pessoas comuns”, acabam, diversas vezes, passando despercebidas pelas barreiras policiais”.

Segundo Rodrigues (2008), as mulheres desempenham de maneira significativa papel de “mulas do tráfico de movem a droga” e, como representam a parte mais visível e exposta da cadeia, correm o maior risco de serem apanhadas desenvolvendo este papel.

Dessa maneira, após realizar as definições introdutórias de conceito que o trabalho abordará, faremos um recorte de gênero, uma vez que, o trabalho visa abordar este recorte, pois tratará das mulheres na condição de “mulas” para o tráfico de drogas.

2. MULHERES EM CONDIÇÕES DE “MULAS”: UM ENFOQUE DE GÊNERO.

Inicialmente o conceito de gênero foi proposto por teóricas feministas americanas, como o objeto de estudo dos feminismos. Os movimentos feministas possibilitaram uma aproximação com o meio acadêmico e político, que propiciaram elaboração de pesquisas e construtos teóricos que forneceram subsídios para as discussões acerca das desigualdades entre homens e mulheres.

Esse conceito fora proposto para superar o determinismo biológico relacionado ao uso do termo sexo ou diferenciação sexual e destacar a construção social das identidades de homens e mulheres. O conceito permite uma desnaturalização e desconstrução de definições e papéis referentes ao masculino e ao feminino e possibilita a introdução de compreensões das dinâmicas relacionais entre eles (SAFFIOTI, 1999).

Guimarães e Pedroza (2015, p. 4), compreendem que: “é fundamental compreender como as dimensões de gênero são estruturantes na constituição subjetiva de homens e mulheres e na organização das relações sociais estabelecidas a partir de desigualdades de poder entre eles”.

A categoria de gênero como categoria que estuda as diferenças sexistas entre comportamento feminino e masculino contribui para agregar às análises uma dimensão explicativa que permita problematizar novas possibilidades, uma vez que, pressupõe a compreensão das relações sociais que se estabelecem entre os sexos, diferenciando o sexo biológico do sexo social, colocando a desigualdade entre os sexos como construto social, historicamente determinado (SAFFIOTI, 1999; FONSECA, 2009).

Minayo (2005, p. 93) entende que “gênero diz respeito a relações de poder e à distinção entre características culturais atribuídas a cada um dos sexos e a suas peculiaridades biológicas. As características de gênero se fundam na hierarquia e na desigualdade de lugares sexuais”.

Assim, “o conceito de gênero é entendido como a forma social que adquire cada sexo, portanto é uma aquisição cultural obtida através do processo de socialização que prepara os sujeitos para desempenhar os papéis sociais de acordo com a sua “natureza” (DOROLA, 1979, apud, CARDOSO, 2008, p.3)”.

De acordo com Louro (2003), o conceito de gênero pretende se referir ao modo como as características sexuais são compreendidas e representadas, tornadas partes de um processo histórico. Ainda segundo a autora, as questões de gêneros são permeadas por relações de poder.

Concordando com essa afirmativa Nogueira, Saavedra e Costa (2008), compreendem que existe um modelo sustentado pelos valores tradicionais de gênero que demarcam claramente os comportamentos que são característicos do sexo feminino e comportamento característicos do sexo masculino.

Pode-se dizer que historicamente as mulheres viveram subjugadas e inferiorizadas por uma sociedade construída em relações desigual de poder, alicerçada no campo biológico entre corpos de homens e mulheres, utilizando-se dessas diferenças para subjugar o sexo feminino com base numa estrutura patriarcal construída historicamente, se tornando uma arma de dominação sobre mulheres, trazendo consequências físicas, psicológicas, sociais, econômicas dentre outras.

De acordo com Fonseca (2009), a construção sociocultural do universo feminino submisso legitimou, por muito tempo, a imagem negativa da imperfeição presente nas mulheres. Ao longo dos séculos, a ideia da mulher como sexo fraco, submisso e imperfeito está introjetada no imaginário social, o que ainda hoje traduz profundos efeitos nas configurações sociais.

Dessa forma, tendo em vista os contextos apresentados anteriormente, pode-se inferir que homens e mulheres estão envoltos com os valores culturais estruturantes em nossa sociedade, tais valores permeiam as relações entre os indivíduos, tanto na esfera pública como na vida doméstica e familiar, no cotidiano das articulações conjugais (LOBO; LOBO, 2015).

No que se refere ao tráfico de drogas, a literatura apresenta que mesmo tendo as mulheres adquirido maior autonomia nos últimos anos, é ainda ela que muitas vezes em situação de vulnerabilidade social é responsável pelo sustento da família, que muitas vezes contêm filhos e/ou pessoas idosas, tais fatores contribuem para o

envolvimento das mesmas com o tráfico de drogas e sua submissão a atividade de riscos, ou seja, é para elas que as drogas aparecem como uma das poucas alternativas financeiras (CERNEKA, 2012).

Outro aspecto a ser considerado, trata-se dos contextos sociais, há muita facilidade em conseguir os indivíduos desejados pelo tráfico internacional de drogas, isso por conta das promessas de pagamento, às quais se trata de bastante dinheiro sobre pouco trabalho ou, ainda, sendo vítima da coação realizada pelos “chefes do tráfico” (ARAÚJO, 2011).

Ainda de acordo com o autor citado anteriormente, a maior parte das pessoas recrutadas pelas organizações criminosas para realizar o trabalho de “mula” vem de lugares extremamente pobres e sem condições mínimas para sua população, de maneira estrutural. Locais sem fiscalização para coibir atividades criminosas que, quase sempre, tem apoio governamental, abrindo maiores caminhos para essa “empresa” sobre a sociedade.

De acordo com Faé (2020, p.33), também nesse contexto torna-se perceptível a relação de poder relacionada com os aspectos de gênero:

É visível a carga que a identidade de gênero tem sobre a mulher, inclusive quando se trata do campo da transgressão. Essa carga se amplia sobre a mulher “mula” do tráfico internacional de drogas, visto que suas operações são de extrema vulnerabilidade, não se deixando de lado o fato de serem totalmente descartáveis. Por isso, é possível afirmar que as “mulas” não rompem com o tradicionalismo das identidades de gêneros, ao contrário, somente os reforça por conta das experiências, por conta das atitudes extremamente passivas, submissas e subalternas.

Dentro dessa mesma perspectiva, a construção social do gênero em termos de poder e de desigualdade, permite perceber como se dá as práticas compreendidas de mulheres e de homens na divisão feita referentes ao tráfico de drogas, nelas também há a relação dinâmica de poder, de simbolismo assimétrico.

Assim sendo, o próximo capítulo discorre sobre gênero e sua relação com o tráfico de drogas na realidade brasileira.

3. TRÁFICO DE DROGAS E ENCARCERAMENTO FEMININO NA REALIDADE BRASILEIRA.

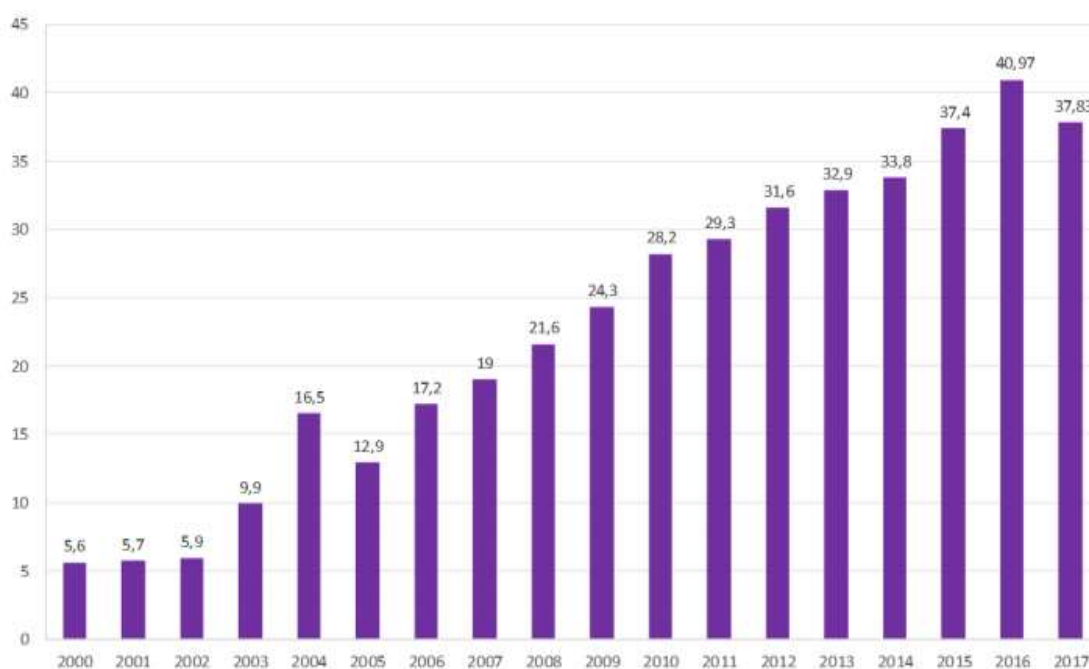
A atual população carcerária brasileira no ano de 2020 é de aproximadamente 726 (setecentos e vinte e seis) mil detentos, de acordo com os dados do Departamento

Penitenciário Nacional, desses, 253,9 mil são provisórios, ou seja, de pessoas que estão no sistema prisional, no entanto, ainda não tiveram um julgamento, um percentual 33% do total.

Das pessoas privadas de liberdade, 95% são homens e 5% são mulheres, aproximadamente 37,2% mulheres. O Brasil possui uma das maiores populações carcerárias femininas do mundo, estando atrás dos Estados Unidos, China, Rússia e Tailândia (RISSO, 2020).

Os dados apontam que a população carcerária feminina vem aumentando ao longo dos últimos anos, conforme pode ser notado no gráfico 1 a seguir:

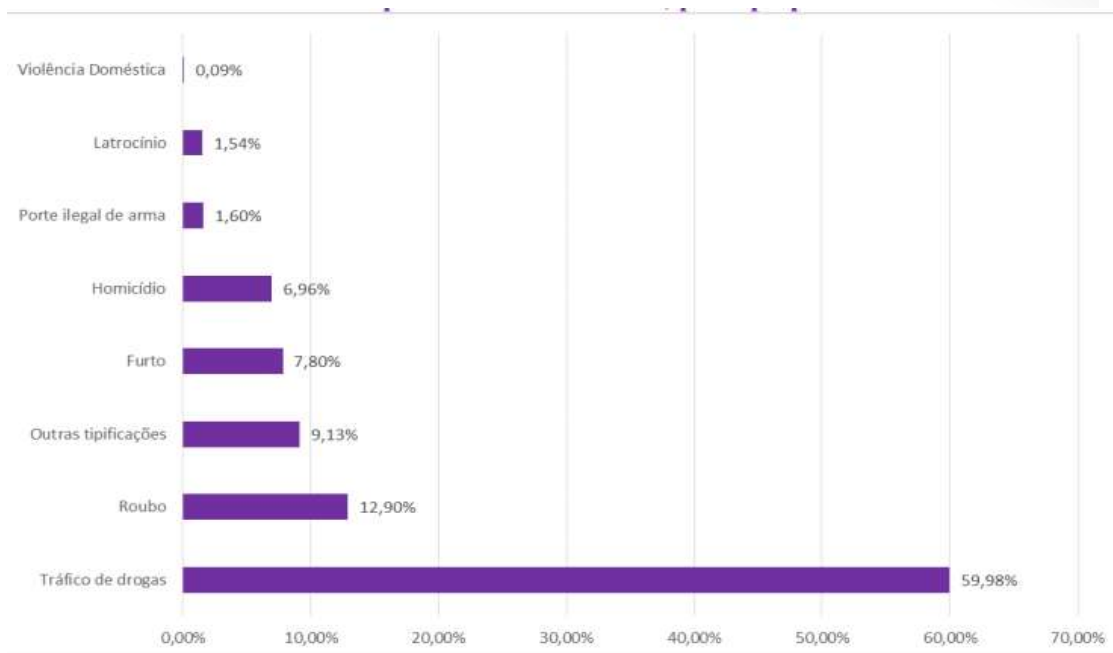
Gráfico 1- Evolução das mulheres privadas de liberdade entre 2000 e 2017.



Fonte: INFOPEN Mulheres (2019).

De acordo com os dados do INFOPEN Mulheres, dos crimes mais frequentes entre as mulheres privadas de liberdade prevalece à prisão por tráfico de drogas, conforme mostra o gráfico 2 a seguir:

Gráfico 2- Dos crimes tentados/consumados por mulheres privadas de liberdade

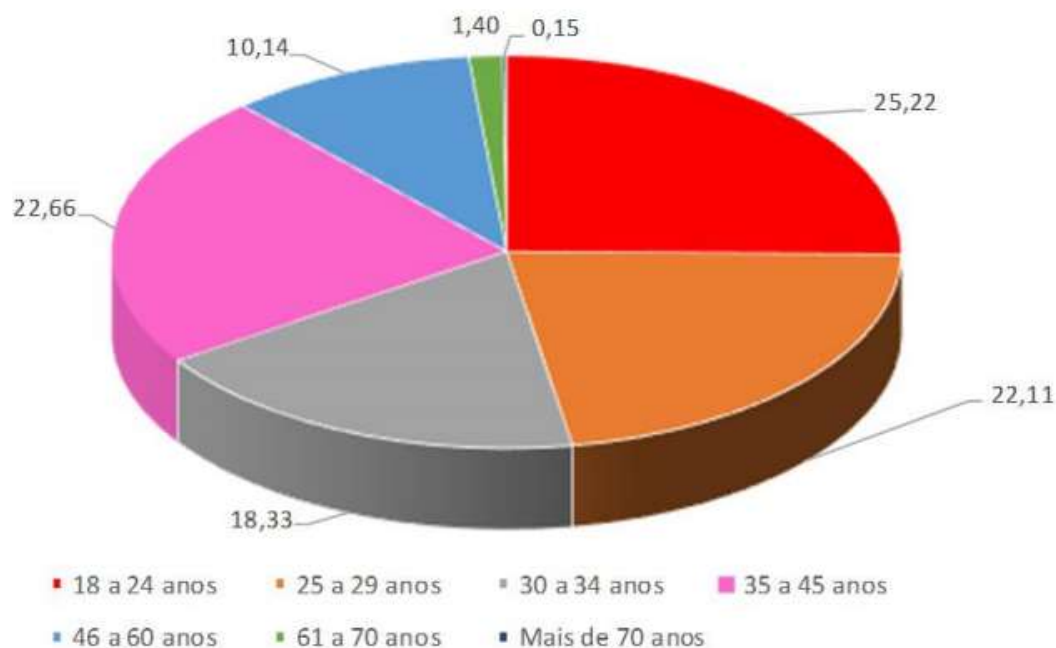


Fonte: INFOPEN Mulheres (2019).

O crime de tráfico de drogas é o principal responsável pela maior parte das prisões, perfazendo um total de 59,9% dos casos. Em seguida temos o crime de roubo, totalizando 12,90% das prisões efetuadas e furto, com 7,80% dos casos., conforme apresentado no gráfico acima. Souza (2013), acredita que tais dados são muito em consequência da política internacional de drogas que tem proporcionado o inchaço demasiado do sistema carcerário de vários países da América Latina.

No que se refere ao perfil das mulheres, as mesmas são jovens, conforme aponta o gráfico 2 adiante.

Gráfico 3 - Faixa etária das mulheres privadas de liberdade no Brasil.

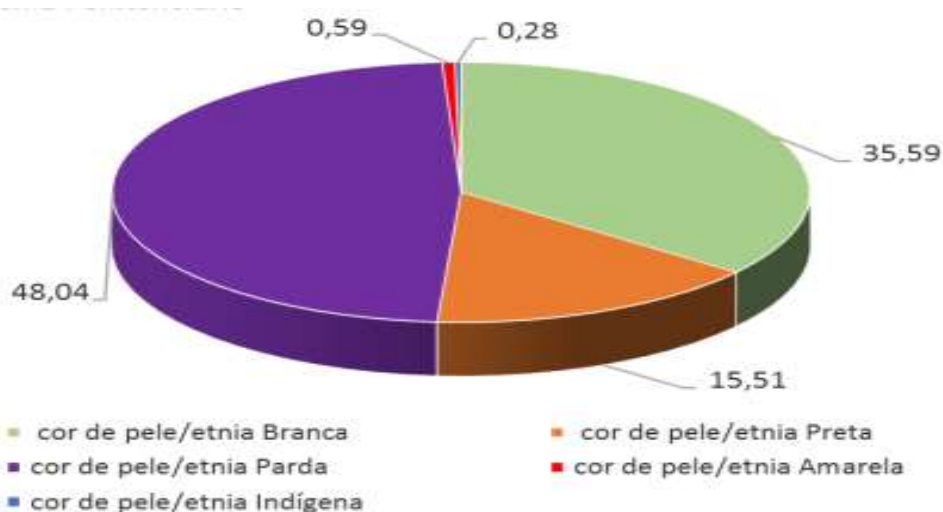


Fonte: INFOPEN Mulheres (2019).

Assim sendo, o perfil da população prisional feminina se é semelhante ao perfil geral, trata-se de população jovem, onde 25,22% possuem entre 18 a 24 anos, seguido de 22,66% entre 35 a 49 anos e 22,11% entre 25 a 29 anos. Somados ao total de presas até 29 anos de idade totalizam 47,33% da população carcerária.

No que tange aos dados sobre a cor ou etnia da população prisional feminina brasileira, os dados se assemelham com os dados gerais do sistema prisional conforme:

Gráfico 4 - Etnia/ cor das mulheres privadas de liberdade



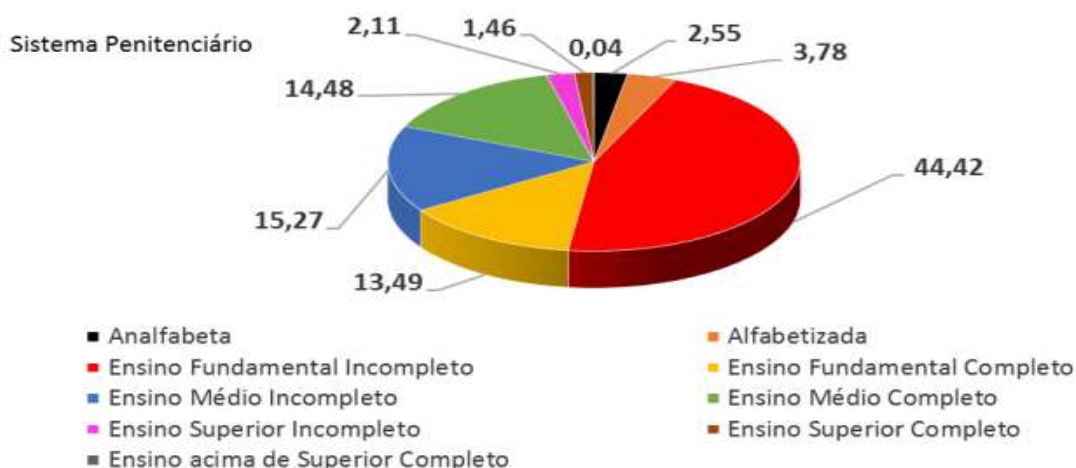
Fonte: INFOPEN Mulheres (2019).

O gráfico acima indica que 48,04% das mulheres privadas de liberdade no Brasil são de cor/etnia pardas, seguido de 35,59% de cor/etnia branca e 15,51% de cor/etnia preta. Somadas, as mulheres presas de cor/etnia pretas e pardas totalizam 63,55% da população carcerária nacional.

Sendo assim, os dados apontam que a população feminina negra (pretas e pardas) é maior do que a população de pretos e pardos (população negra), da população carcerária de maneira geral, visto que os dados apontam que esta última é de 55,4% (BRASIL, 2019).

Os dados referentes à escolaridade das mulheres encarceradas no Brasil, também são equivalentes com os dados da população carcerária de uma maneira geral.

Gráfico 5 - Escolaridade das mulheres privadas de liberdade no Brasil

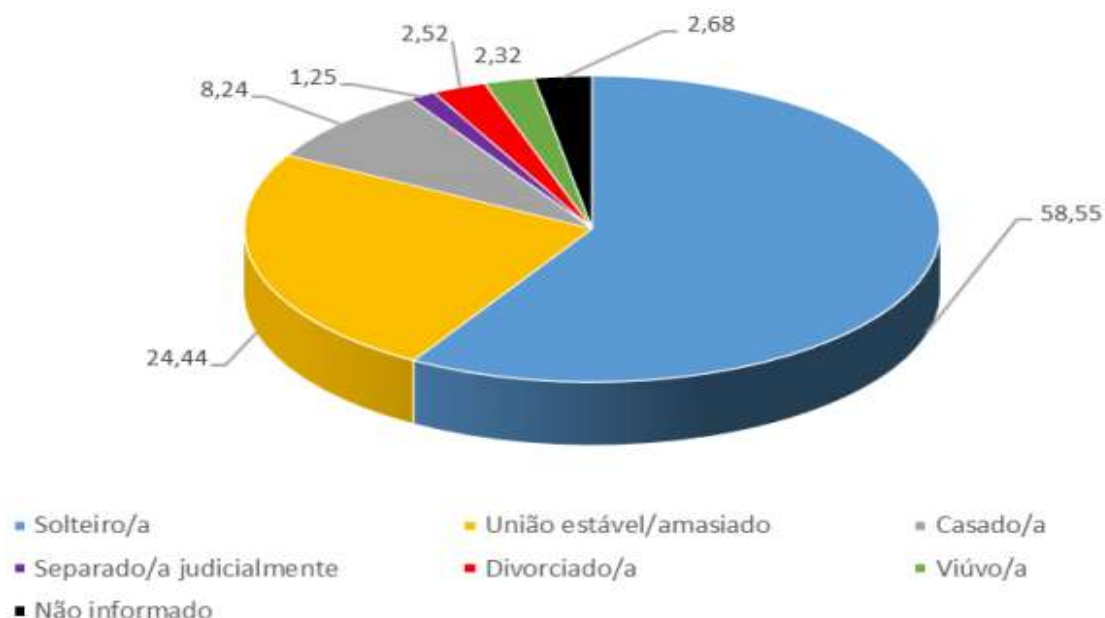


Fonte: INFOPEN Mulheres (2019).

No que concerne ao grau de escolaridade das mulheres privadas de liberdade no Brasil, o gráfico acima mostra que 44,42% destas possuem o Ensino Fundamental Incompleto, seguido de 15,27% com Ensino Médio Incompleto e 14,48% com Ensino 35 Médio Completo. O percentual de custodiadas que possuem Ensino Superior Completo é de 1,46% das presas.

Com relação à constituição familiar das mulheres privadas de liberdade, destaca-se o gráfico seguinte.

Gráfico 6 - Escolaridade das mulheres privadas de liberdade no Brasil



Fonte: INFOPEN Mulheres (2019).

Com relação ao gráfico 5, é possível observar que, entre esta população, destaca-se o percentual de mulheres solteiras, que representa 58,4% da população prisional, seguindo a mesma tendência do segundo semestre de 2016. As presas em união estável ou casadas representam 32,6% da população prisional feminina.

Em relação ao número de filhos que as mulheres presas de liberdade, 28,9% possuem um filho, acompanhado de 28,7% com dois filhos e 21,7% com três filhos, mais de quatro filhos 11,01%. No Tocantins, de acordo com o Senso Carcerário Feminino no Tocantins de 2019 realizado pela Secretaria de Cidadania e Justiça (SECIJU) em parceria com a Universidade Serra do Carmo (FASEC).

74% das mulheres presas são mães, a quantidade varia de um a 10 filhos. A maioria das mães encarceradas têm de um a quatro

filhos, sendo 42% com um ou dois filhos, 47% com três ou quatro filhos, 9% com cinco ou seis filhos, 1% com 7 ou 8 filhos e 1% com nove ou 10 filhos.

O perfil etário dos filhos é 51% maiores de 12 e 49% menores de 12 anos. Deste 20% são crianças de zero a quatro anos, 26% de quatro a seis anos, 34% de seis a 10 anos e 20% de 10 a 12 anos.

Os responsáveis pelos filhos das mulheres encarceradas são em maioria os avós, representando 51%, estes são seguidos pelos pais, 20%; parentes, 14%; outros, 14%; há também crianças em abrigos o que corresponde a 1%.

As mulheres no sistema prisional possuem direitos básicos tais como: acesso à alimentação adequada, um espaço limpo, a saúde, a educação e ao trabalho nos quais não têm acesso. E ainda, necessidades específicas para mulheres, que vão desde produtos higiênicos diferenciados e adaptações na estrutura para atender as necessidades das detentas gestantes e lactantes.

Assim sendo, a Constituição Federal artigo 5º, inciso L, assegurar o direito de presidiárias terem locais adequados para no período de amamentação estar com seus filhos e a Lei de nº 11.942, de 28 de maio de 2009, criada para assegurar às mães presas e aos recém-nascidos condições mínimas de assistência.

Além disso, a Lei Complementar 153, de 9 de dezembro de 2015, no Art. 3 consta que é dever da instituição penal a implantação e manutenção de berçário, creche e seção destinada à gestante e parturiente. A Lei nº 12.962/2014 trouxe alteração ao Estatuto da Criança e do Adolescente para assegurar a convivência da criança e do adolescente com pais privados de liberdade e a Lei da Primeira Infância (Lei nº 13.257/2016), responde à convocação dos organismos internacionais para a especial atenção que deve ser dispensada aos filhos de pessoas aprisionadas para diminuir o impacto da penalidade na sua prole (RISSO, 2019).

No entanto, o que tem se percebido que esses direitos não são respeitados na maioria dos casos, de acordo com os dados do INFOPEN Mulheres, do total de unidades femininas, menos da metade dispõe de cela ou dormitório adequado para gestantes. Em relação à existência de berçários ou centro de referência materno infantil, 32% das unidades femininas têm esse espaço. As unidades mistas, por sua vez, contam com apenas 3% de espaços separados para o fim referido.

Assim sendo, é possível inferir que as categorias de gênero necessariamente precisam estar em pautas, visto que, há uma quantidade significativa de demandas em

relação ao tema que precisam de respostas, a abrangência da mesma está presente nas mais diferentes áreas de atuação profissional, conforme apontadas no decorrer deste trabalho.

Destarte, após pesquisa realizada acerca do tema do tema abordado, levando em consideração os aspectos gerais e conceituais, abordar as questões de gênero no contexto do tráfico de drogas, bem como, a realidade brasileira no que tange o tráfico de drogas e o encarceramento feminino, tornou-se possível realizar as seguintes considerações.

CONCLUSÃO

O presente trabalho teve como objetivo geral analisar o perfil das mulheres na função de “mula” na rede de narcotráfico. Os objetivos específicos foram: mapear as características sociais, educativas, familiar e afetiva em que elas são inseridas, conhecer os meios de inserção destas mulheres ao crime.

De acordo com a pesquisa, é possível inferir que as relações de gênero se apresentam no contexto aqui estudado, como uma relação permeada de poder, conforme é destacada em estudos relacionados ao tema em outros contextos sociais, ou seja, o gênero feminino é aqui também um elo inferior na escala de poder, quando comparado ao poder exercido pelo gênero masculino na organização do tráfico de drogas.

Ainda de acordo com a pesquisa, foi possível mapear as principais características sociais das mulheres privadas de liberdade, assim, os dados apontam que o principal motivo para a privação de liberdade de mulheres no Brasil é em consequência do tráfico de drogas, com um percentual de aproximadamente 64% das prisões, é possível inferir ainda que há a prevalência de perfil da população prisional geral, ou seja, a população jovem, sendo que 50% das mulheres encarceradas têm entre 18 e 29 anos, destaca-se a proporção de mulheres negras presas 67%, ou seja, duas em cada três presas são negras. Com relação à escolaridade, 50% das mulheres encarceradas não concluíram o ensino fundamental.

No que se refere à inserção de tais mulheres ao mundo do crime, a pesquisa apontou que a vulnerabilidade social contribui de maneira significativa para essa inserção, uma vez que, em muitos casos essas mulheres são mães, ou possuem pessoas idosas sob sua responsabilidade, tais fatores contribuem para o envolvimento das mesmas com o tráfico de drogas e sua submissão a atividade de riscos, ou seja, é para elas que as drogas aparecem como uma das poucas alternativas de ganhos financeiros significativos, mesmo com riscos.

Assim sendo, é possível inferir que a problemática aqui abordada é resultado de múltiplos fatores presentes na constituição social, conforme apontado na literatura das mais diversas áreas de estudos.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Davi Matos. **O tratamento jurídico das “mulas” do tráfico internacional de drogas na perspectiva dos princípios constitucionais**. Monografia (Graduação em Direito). 64 p. Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2011. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/33635/1/2011_tcc_dmara%c3%bajo.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição, 1988. Constituição da República Federativa do Brasil**. 30. ed. atual. eampl. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL, **Portaria Nº 344, de 12 de maio de 1998**. Disponível em: https://bvsmis.saude.gov.br/bvs/saudelegis/svs/1998/prt0344_12_05_1998_rep.html. Acesso em 13 de out. 2020.

BRASIL, **Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm. Acesso em: 13 de out. 2020.

BRASIL. Ministério da Justiça. Segurança Pública. **Relatório Temático de Mulheres privadas de Liberdade**: Brasília: 2019, 82 p.

CARDOSO, N. M. B. Psicologia e relações de gênero: a socialização do gênero feminino e suas implicações na violência conjugal em relação às mulheres. In ZANELLA, AV., et al., org. **Psicologia e práticas sociais [online]**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2008.

CERNEKA, H. A. (2012). Mulheres invisíveis? Condição da mulher no sistema de justiça criminal brasileiro. Em Souza, L. A. F.; Magalhães, B. R. & Sabatine, T. T. **Desafios à segurança pública: controle social, democracia e gênero**. (163-179). Marília, São Paulo: Cultura Acadêmica Editora, 2012.

FAÉ, Giulia. **AS “MULAS” DO TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS: A VISÃO POR MEIO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E DOS TRATADOS INTERNACIONAIS**. Monografia (Graduação em Direito). 71 p. Bento Gonsalves: Universidade de Caxias do Sul, 2020. Disponível em: http://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/33635/1/2011_tcc_dmara%c3%bajo.pdf. Acesso em: 11 abr. 2021.

FONSECA, R.M.G.S.; *et. al.* Violência doméstica contra a mulher na visão do agente comunitário de saúde. **Rev. Latino-am. Enferm.** 2009;17 (6): 974-80.

FONSECA, J. J. S. **Metodologia da pesquisa científica.** Fortaleza: UEC, 2002.

GUIMARÃES, M. C.; PEDROZA, R. L. S. (2015). Violência contra a mulher problematizando definições teóricas filosóficas e jurídicas. **Psicologia & Sociedade**, 2015; 27(2), 256-266.

LAKATOS, E. M.; MARCONI, M. de A. **Fundamentos de metodologia científica.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

LÔBO, G. A.; LÔBO, J. T. Gênero, machismo e violência conjugal: um estudo acerca do perfil societário e cultural dos agressores de violência doméstica e familiar contra as mulheres. **Revista Direito & Dialogicidade** - Crato, CE, vol.6 , n.1, jan./jun. 2015.

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista.** 7.ed. Petrópolis: Vozes, 1997. 179 p.

MARTINS, Gilberto de Andrade; THEÓPHILO, Carlos Renato. **Metodologia da investigação científica para ciências sociais aplicadas.** São Paulo: Atlas, 2007.

MINAYO, M. C. S (2005). Violência: um problema para a saúde dos brasileiros. In: BRASIL, **Ministério da Saúde. Secretaria de Vigilância em Saúde.** Impacto da violência na saúde dos brasileiros. (Série B. Textos Básicos de Saúde). Brasília: Ministério da Saúde, 2005, p. 9-41.

NOGUEIRA, Conceição; SAAVEDRA, Luísa; COSTA, Cecília. (In)Visibilidade do gênero na sexualidade juvenil: propostas para uma nova concepção sobre a educação sexual e a prevenção de comportamentos sexuais de risco. **Pro-posições**, v.19, n.2. mai/ago. 2008. 21 p.

OLIVEIRA, Tito Carlos Machado de.; LINJARDI, Luciane Grego Soares. CARGA PESADA DAS MULAS – SOBRE MULHERES TRAFICANTES NA FRONTEIRA BRASIL-BOLÍVIA. **Revista do Centro de Educação Letras e Saúde da Unioeste.** Foz do Iguaçu, PR, vol. 12, n. 2, jul/dez. 2013, p.70-95.

OBSERVATORIO DAS DESIGUALDADES. **O aumento do encarceramento feminino no Brasil: pobreza, seletividade penal e desigualdade de gênero.** Disponível em: <http://observatoriodesigualdades.fjp.mg.gov.br/?p=975>. Acesso em 30 de Nov. 2020.

RISSO, Mayra Fim. **Encarceramento Feminino: Desafios Invisíveis.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/encarceramento-feminino-desafios-invisiveis/>. Acesso em 29 de nov. 2020

RODRÍGUEZ, M.N. **Mulheres na prisão abordagem a partir de uma Perspectiva de Gênero.** In: **Ministério da Justiça do Brasil.** Programa de Sistemas Penitenciários e Direitos Humanos na América Latina, 2008, San José da Costa Rica. Pub., 2009.

SAFFIOTI, H.I.B. O Estatuto teórico da violência de gênero. In: SANTOS, J.V.T. dos (Org.) **Violência no tempo da globalização.** São Paulo: Hucitec, 1999. p. 145-163.

SECRETARIA DE CIDADANIA E JUSTIÇA. **Seciju e Fasec divulgam 1º Censo Carcerário Feminino do Tocantins.** Disponível em: <https://cidadaniaejustica.to.gov.br/noticia/2019/8/12/seciju-e-fasec-divulgam-1-censo-carcerario-feminino-do-tocantins/>. Acesso em 29 de nov. 2020.

SOUZA, Luiza Luz de. **As consequências do discurso punitivo contra as mulheres "mulas" do tráfico internacional de drogas: ideias para a reformulação da política de enfrentamento às drogas no Brasil.** Parecer elaborado no âmbito do Projeto Justiça Criminal do Instituto Terra, Trabalho e Cidadania, financiado pelo Instituto Lafer. Instituto Trabalho e Cidadania, 2013.

YIN, R. K. **Estudo de Caso: Planejamento e Métodos.** Porto Alegre: Bookman, 2001. 212p.

A IMPENHORABILIDADE DO BEM DE FAMÍLIA

JUCILÉIA JAKIMINUTT CAMPOS:

Graduada em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus-
CEULM/ULBRA

RESUMO: A pesquisa objetiva destringir especificamente sobre o bem de família e sua impenhorabilidade. Metodologicamente, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, a qual foi possível reunir monografias, artigos e livros com seus respectivos autores a fim de que seja debatido o tema em questão. A pesquisa é relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, pois visa debater sobre o instituto da impenhorabilidade do bem de família que consiste na proteção da família, considerada o principal pilar da sociedade, com os interesses da prole e do lar acima dos valores creditícios. Está calcado no respeito à dignidade da pessoa humana, o qual se encontra assegurado pela Constituição Federal. Dividiu-se a pesquisa em 04 itens, quais sejam, a contextualização histórica do bem de família; o bem de família convencional e legal; os direitos fundamentais e a lei que disciplina sobre a impenhorabilidade da família.

Palavras-chave: Impenhorabilidade; Bem; Família; Direito.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO DO BEM DE FAMÍLIA - 2.1 O BEM DE FAMÍLIA NO BRASIL - 3 BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO E BEM DE FAMÍLIA LEGAL - 3.1 NATUREZA JURÍDICA - 3.2 CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA CONVENCIONAL - 3.3 INSTITUIÇÃO - 3.4 CONCEITO E ESTRUTURAÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL - 4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI 8.009/90 - 4.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE ENQUANTO PRINCÍPIO JURIDICO - 4.2 FINALIDADE E EFICÁCIA DA LEI 8009/90 - 5. CONCLUSÃO - 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O instituto da impenhorabilidade do bem de família consiste na proteção da família, considerada o principal pilar da sociedade, com os interesses da prole e do lar acima dos valores creditícios. Está calcado no respeito à dignidade da pessoa humana, o qual se encontra assegurado pela Constituição Federal.

Visa, portanto, resguardar determinados bens, como o imóvel que serve de residência à família e, caso este seja locado, os bens móveis que o guarnecem, bem como, a pequena propriedade rural, entre outros, tornando-os imunes à penhora, ou seja, não responderão tais bens pelas dívidas contraídas pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, ressalvadas algumas exceções

A pesquisa é relevante tanto para os operadores do Direito quanto para a sociedade, pois visa debater sobre o instituto da impenhorabilidade do bem de família

que consiste na proteção da família, considerada o principal pilar da sociedade, com os interesses da prole e do lar acima dos valores creditícios. Está calcado no respeito à dignidade da pessoa humana, o qual se encontra assegurado pela Constituição Federal.

Desse modo, a pesquisa objetiva denotar a impenhorabilidade do bem de família, aludindo-se a sua eficácia legal nos ditames da Lei. Especificamente serão apresentados a contextualização histórica do bem de família, os seus conceitos e de que forma este instituto se apresenta na Legislação, e como os doutrinadores observam a sua aplicabilidade.

2. CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICA DO BEM DE FAMÍLIA

O instituto tem origem norte americana, onde surgiu no começo do século XIX, quando o Estado do Texas, promulgou uma lei no ano de 1839, devido a crise econômica pela qual passava o país naquela época, a qual consiste na cessão a todo chefe de família maior de 21 anos de idade, de uma propriedade rural que tivesse entre 80 a 160 hectares, com a finalidade de torna-lo produtivo, dando, em consequência, proteção a sua família, proporcionando assim um abrigo seguro.

Nela deveria o cessionário viver durante cinco anos, mediante a realização de certas benfeitorias, quando passaria a ter direito no recebimento do título dominial daquela área.

O homestead estadual, após seu nascimento, em 1839, no Texas, espalhou-se pelo território americano, implantando-se no ano de 1849, em Vermont e Wisconsin; no ano de 1850, em New York e Michigan; no ano de 1851, em Indiana, New Jersey e Delaware e, no de 1864, em Nevada. Nestes Estados do Norte, mais necessitados do instituto, veio ele com remédio imediato, que em seguida, foi sendo adotado no Sul, dado os nefastos efeitos da Guerra da Secessão causados àquele rico território, primeiramente, no ano de 1865, na Flórida e Virgínia, depois, no ano de 1868, em Arkansas e Alabama; no de 1870, no Mississippi e na Geórgia.

Assim outros estados americanos passaram então a adotar esta mesma norma, e em alguns deles houve até mesmo a inclusão desta norma na própria constituição local, ficando assim definitivamente criado o instituto do HOMESTEAD (home = casa, lar; stead = lugar, local), que na linguagem jurídica quer dizer (uma residência de família ou local do lar) 1 .

2.1 O BEM DE FAMÍLIA NO BRASIL

O Instituto do bem de família teve origem no Brasil, exatamente em 01/12/1912, quando em comissão especial do senado presidida pelo então senador

Feliciano Penna, aceitou a emenda apresentada pelo senador Fernando Mendes de Almeida, mandando incluir quatro artigos regulando o HOMESTEAD.

Desta forma incluiu-se em nosso sistema legislativo o bem de família, tendo sido a emenda que o apresentou publicada no órgão oficial em 05/12/1912.

Com isto foram implantados os artigos 70 a 73, que se podem observar na parte geral do Código Civil de 1916, ali tida como de forma inadequada no entendimento de expressiva parte de nossa doutrina, que preferia vê-lo tratado no campo de direito de família, uma vez que na área onde se encontrava abordava apenas os elementos da relação jurídica, sujeitos, objetos e fatos que determinam a origem conservação e extinção de direitos.

É de salientar que o bem de família é relação jurídica de caráter específico e não genérico, desta forma se justifica tal defesa doutrinária, que ainda se assenta ser a finalidade do instituto a proteção da família, proporcionando-lhe abrigo seguro.

Nessa direção, amparando a pretensão doutrinária, a lei 10.406/02 - Código Civil, insere o instituto no referido direito de família, mais precisamente nos artigos 1.711 à 1.722, e não mais na parte geral.

Na realidade, não há outro lugar, no sistema legislativo, do que o Direito de Família para agasalhar o instituto, que deve fazer parte do conjunto de normas reguladoras das atividades familiares, com cuidados especiais, para que o Estado intervenha, sempre e de forma categórica, por sua vontade soberana, no tratamento dessa que é a figura jurídica preservadora da própria existência dos indivíduos, em seu grupo mais íntimo, que mais merece a cura do Direito. Dessa forma não pode o Estado negar à família uma proteção sólida, por meio de um eficaz ordenamento jurídico, pois que mais caiba responsabilidade nesse sentido do que ao indivíduo.

3 BEM DE FAMÍLIA VOLUNTÁRIO E BEM DE FAMÍLIA LEGAL

3.1 NATUREZA JURÍDICA

No tocante à natureza jurídica do instituto do bem de família, nossos doutrinadores assumem posições diversas. Há os que defendem a existência de uma transmissão imobiliária, onde a família seria a adquirente, como personalidade coletiva, e o instituidor o transmitente

E aqueles que como o Prof. Caio Mário, entendem o instituto do bem de família como de forma de afetação de bens a um destino especial, que é a residência familiar, impenhorável por dívidas anteriores à sua constituição, salvo se proveniente de impostos devidos pelo próprio prédio (PEREIRA, 2012).

Esta controvérsia a qual se forma em torno da natureza jurídica, na verdade não oferece maior utilidade prática, sendo que, a essência evidenciada pela própria natureza jurídica do instituto é sem dúvida a proteção da família, o ente mais significativo ao Estado, com acentuação do valor da moradia familiar. Esta é a ideia fundamental, calcada no amparo da entidade familiar, com os interesses da prole e do lar acima dos valores creditícios. Ao preservar certos bens da penhora, quer o legislador integrá-los no conceito de dignidade familiar, protegendo desta forma, à família, por ser bem jurídico superior.

3.2 CONCEITO DE BEM DE FAMÍLIA CONVENCIONAL

Antes mesmo do início da vigência do Código Civil de 1916, Carvalho de Mendonça conceituava o bem de família como: “uma porção de bens definidos que a lei ampara e resguarda em benefício da família e da permanência do lar, estabelecendo a seu respeito a impenhorabilidade limitada e uma inalienabilidade relativa” (SANTOS, 2013)

Assim definiu João Marques dos Reis: “O prédio solenemente destinado pelo chefe de família solvente, a domicílio desta, gozando de relativa impenhorabilidade e não podendo ter outro destino, nem ser alienado, sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais” (REIS, 2003).

Mais recentemente, Álvaro Villaça Azevedo apresentou seu conceito da seguinte forma: “O bem de família é um meio de garantir um asilo a família, tornando o imóvel onde a mesma se instala, domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade” (AZEVEDO, 2012).

Dos conceitos formulados até aqui, com relação ao bem de família, todos a luz do Código Civil de 1916, percebe-se a conjugação dos elementos característicos do instituto, de forma que se torna possível a definição de um imóvel urbano ou rural, destinado a proteção da residência da família, mediante a garantia de que não sofrerá penhora por dívidas, salvo as exceções legalmente previstas

Atualmente essa definição permanece correta, porém não totalmente completa. Com o advento da Lei 10.406/2002 (Código Civil), houve um redimensionamento do instituto, o qual passou a ter uma feição que pode ser definida como de fundo patrimonial, caracterizado por subtrair determinados valores previamente estipulados e atrelados ao imóvel destinado à instituição do bem de família, tornando-os impenhoráveis e inalienáveis, visando assegurar um meio de renda destinada à conservação do próprio imóvel e ao sustento da família.

Podemos, desta forma, conceituar o instituto do bem de família voluntário como um prédio ou parcela do patrimônio que os cônjuges, ou entidade familiar, destinam para abrigo e domicílio desta, com cláusula de ficar isento da execução por dívidas futuras. Esse instituto visa assegurar um lar à família, pondo-a ao abrigo de penhoras por débitos posteriores à instituição, salvo os que provierem de impostos relativos ao próprio imóvel. Trata-se de bem impenhorável e inalienável. A sua instituição competirá ao marido e a mulher, tendo em vista que em certas hipóteses um deles poderá estar na chefia, se for viúvo ou se assumiu a direção da família sozinho, diante do fato do outro estar preso, ter sido declarado ausente ou ter sofrido interdição.

3.3 INSTITUIÇÃO

Para ser efetivada a instituição do bem de família devem ser atendidos alguns requisitos que vem expressamente previstos nos artigos 1.711 a 1.722 do C.C, no Decreto-lei nº 3.200/41 e na Lei 6.015/73.

Inicialmente, cabe salientar que, a instituição do bem de família deverá recair sobre bem imóvel, podendo este ser urbano ou rural e que seja destinado ao domicílio da família, incluindo seus pertences e acessórios ou abrangendo valores mobiliários (valor representado por bens imóveis), cuja renda deverá ser aplicada na conservação do prédio e no sustento da família.

A instituição do bem de família poderá ser feita por testamento ou por escritura pública, com a individualização do prédio e a declaração de sua destinação, devidamente registrada. Lavrada a escritura pública, os instituidores encaminharão ao oficial do Registro Imobiliário, para que providencie os editais para sua publicação na imprensa local, cientificando os interessados de que deverão apresentar impugnação dentro de trinta dias, contados da data da publicação. Decorrido sem protesto, registra-se o instrumento, o qual atribui ao imóvel a qualidade de ficar isento de execuções por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao próprio prédio.

Com relação ao quantum dos valores mobiliários destinados a instituição do bem de família, estes não podem exceder ao valor do prédio, que constitui o domicilio familiar, à época daquela instituição.

O instituidor do bem de família poderá determinar não só que a administração dos valores mobiliários seja confiada a uma instituição financeira, como também disciplinar o modo de pagamento da renda aos beneficiários, hipótese em que os administradores terão sua atuação e responsabilidade regida pelas normas do contrato de depósito. Com relação a destinação da renda destes valores mobiliários,

a mesma deverá ser aplicada para conservar o imóvel, que abriga os instituidores e sua prole, e para sustentar a família.

3.4 CONCEITO E ESTRUTURAÇÃO DO BEM DE FAMÍLIA LEGAL

A constituição Federal de 1988 determina ao Estado a obrigação de proteger a família e garantir a dignidade humana. Em resposta aos mandamentos constitucionais contidos nos artigos 1º, inciso III, e 226, surgiram, inicialmente, a Medida Provisória nº 143, e posteriormente, a Lei 8009/90, que instituiu o benefício da impenhorabilidade do bem de família "ex lege" dispensando a escritura pública, sendo, também, irrelevante a circunstância de o beneficiário ser ou não devedor.

Esta Lei 8.009/90, veio a modernizar o instituto do bem de família, dando-lhe maior abrangência e mais amplo sentido humano e social, uma vez que retirou do campo de incidência da penhora, independentemente da vontade do cidadão, a casa que constitui seu lar e os móveis que a guarnecem.

Compreende o bem o espaço sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, principalmente, os de uso profissional, os móveis da casa, desde que quitados.

No que tange a pequena propriedade rural, trabalhada pela família, a impenhorabilidade atinge a sede da moradia, bem como os móveis nela existentes.

Para a Lei 8009/90, o termo família passou a ter maior amplitude, abrangendo não só aquele grupo de pessoas vinculadas por consanguinidade ou por afinidade, mas podendo originar-se tanto do casamento como da união estável, ou entidade familiar.

A Lei 8009/90 vem estruturada em oito artigos, os quais determinam a impenhorabilidade do bem de família explicitando seu conteúdo e abrangência, assim como enumerando as exceções, as quais serão estudadas no capítulo quarto deste trabalho.

Quanto à extensão, a impenhorabilidade instituída pela referida lei atinge um único imóvel urbano ou rural. Para efeito deste diploma legal, considera-se residência uma única propriedade destinada para moradia permanente, requisito indispensável, excluindo-se assim, do benefício da impenhorabilidade, as casas de veraneio ou lazer e similares.

Nos termos do parágrafo único do artigo 5º do referido texto legal, quando o casal, ou entidade familiar, possuir vários imóveis utilizados como residência, a impenhorabilidade recairá sobre o de menor valor, salvo se outro tiver sido destinado

para este fim, bem de família convencional, na forma do artigo 1.711 e seguintes do Código Civil.

Diante do caráter impositivo da lei, que torna impenhorável o bem destinado à moradia da família, de forma automática, independente de qualquer atitude do devedor, surge um questionamento: Poderá o devedor alienar ou efetuar a dação em pagamento do bem tido como de família para saldar seus compromissos, renunciando ao benefício legal, sem o consentimento dos demais membros da família?

Na opinião de CARLOS GONÇALVES, ante aos termos impositivos da lei (é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida, salvo nas hipóteses previstas nesta lei), afirma não ser possível a renúncia ao direito 1

Entretanto, concordamos com a ideia de RITA DE CASSIA C DE VASCONCELOS, a qual expõem da seguinte forma: "A despeito de não se admitir a renúncia ao benefício da impenhorabilidade do bem de família por anterior disposição contratual ou pela inércia do devedor, admite-se que o executado renuncie ao benefício quando, ao ser citado, nomeia à penhora o bem de família. Do mesmo modo, caracteriza-se a renúncia quando a nomeação é feita pelo exequente e o devedor manifesta expressamente a sua concordância. Renúncia também ao benefício aquele que dá o bem em garantia. (VASCONCELOS, 2015)"

Podemos salientar que a jurisprudência entende tratar-se de direito disponível, embora a nova legislação tenha dispensado a vontade do instituidor, não despojando da livre disposição do bem, por não impor a impenhorabilidade da coisa. Sob o argumento de que "ao indicar o bem a penhora, o embargante renunciaram ao direito assegurado pela Lei 8.009/90, não se admitindo, em sede de embargos, reclamar da penhora levada a efeito nos moldes em que requereu, ou seja, recaída sobre bens nomeados. O embargante não pode locupletar-se da própria torpeza". (JTJ – Lex 178/20, no mesmo sentido RT 724/379, RT 726/289).

Porém, situação diferente ocorre quando o devedor não indica bens a penhora, e esta recai sobre imóvel residencial familiar, e não alega a impenhorabilidade do bem, qualquer integrante de sua família e que com ele lá resida poderá fazê-lo.

A legitimidade ativa, neste caso, não decorre da titularidade (ou cotitularidade) dos direitos sobre o bem, mas sim da condição de possuidor (ou copossuidor) que o familiar detenha, e do interesse jurídico e moral de salvaguardar a habitação da família, diante da omissão ou da ausência do titular do bem.

Destaca-se, ainda, quando cônjuge ou companheira utilizam-se de embargos de terceiros para arguir a impenhorabilidade do bem de família, só pretendem ou só

alcançam a meação do imóvel. Meação é patrimônio próprio que difere do bem de família. A incidência do benefício se norteia pela destinação, não pela titularidade. A impenhorabilidade do bem de família incide sempre sobre a moradia inteira.

4. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A LEI 8.009/90

No tocante à terminologia e a abrangência do termo direitos fundamentais, ausente um consenso doutrinário e até mesmo no âmbito do direito positivo constitucional, que utiliza termos diversos para se referir ao mesmo tema, seguiremos a orientação dada pelo professor INGO WOLFGANG SARLET, que assim define: "Constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente e conhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporariamente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito." (SARLET, 2018)

Os direitos fundamentais que pautam a organização do Estado e da sociedade brasileira, positivados no início da Constituição, no título primeiro, estão deduzidos como fundamentos da República: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e o pluralismo político.

Além desses princípios fundamentais, segue-se após, um rol de direitos fundamentais nos Capítulos I e II da Constituição Federal, contemplando diversas dimensões de direitos fundamentais e, de uma amplitude sem precedentes na história de nossas Constituições.

Aspecto que merece considerável destaque é a constatação de que os direitos fundamentais são, acima de tudo, fruto de reivindicações concretas geradas por situações de injustiça e/ou de agressão a bens fundamentais e elementares do ser humano.

Por outro lado, inúmeros acórdãos justificam suas decisões relativas à aplicação da Lei 8.009/90, no princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que se constitui simultaneamente em limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite e tarefa dos poderes públicos, é algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixado de existir, não haveria mais limite a ser respeitado.

Como tarefa imposta ao Estado, reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo, de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade. Sendo, portanto, dependente da ordem comunitária, já que se questiona até que ponto é possível ao indivíduo realizar, ele

próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita do concurso do Estado ou da comunidade para tanto.

Cabe salientar ainda que, o artigo 3º da Constituição Federal, declara que essa República tem como objetivos: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação

E como bem define TUPINAMBÁ MIGUEL CASTRO DO NASCIMENTO “Ao se falar em objetivos, se está pensando em meta a alcançar, em pretensão buscada pela política governamental, ou em desejo de realização concreta. “Para responder a tal assertiva o jurista buscou delinear o que se entende por objetivo, como sendo aquilo que se pretende ver refletido e tornado realidade como consequência das ações governamentais. Esclarece, ainda, que fundamental, na norma constitucional, tem significado de essencial. E assim complementa: “A interpretação que se faz do artigo é de que os objetivos indicados são prioridades a serem imprimidas nas ações do governo (NASCIMENTO, 2017)”

Por outro lado, coloca-se a questão relativa ao princípio fundamental da isonomia, que diz respeito ao direito de igualdade. Essa igualdade se dá perante à lei, sendo o principal destinatário o próprio legislador, que não poderá criar normas distintivas de pessoas, coisas ou fatos, caso contrário o mandamento constitucional se tornaria inteiramente inútil. Mas ao aplicador da lei também cabe a responsabilidade de fiscalizar o cumprimento do mandamento constitucional.

Temos ainda o princípio da proteção da família, como obrigação do Estado, que é um desdobramento do direito fundamental da dignidade humana, decorrente de expressa norma constitucional contida no artigo 226.

4.1 FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE ENQUANTO PRINCÍPIO JURIDICO

A Constituição Federal de 1934 introduziu em nosso ordenamento jurídico a função social da propriedade, herdada da Constituição de Weimar de 1919.

A partir deste momento, o exercício do direito de propriedade, até então. Tratado como dogma absoluto, passou a ser restringido pelo interesse social da coletividade, sujeitando-se às limitações, como adequar-se às relações de vizinhança impostas pelo direito civil e circunscrições urbanísticas à propriedade particular.

E, sucessivamente, as Constituições referiam-se ao tema sem dar efetividade à norma, que continuava condicionada a uma regulamentação do exercício da propriedade constante do Código Civil de 1916, diga-se de passagem, originando em concepções individualistas, acentuando o caráter de inviolabilidade da propriedade.

Nas décadas de 60 e 70, a maior parte da população brasileira já se encontrava nas zonas urbanas. Sob a égide do governo militar, o aumento das tensões sociais urbanas, foi usado como justificativa para a formulação de uma política oficial explícita de desenvolvimento urbano em nível nacional.

Fato de especial relevo foi a criação do Banco Nacional da Habitação, o Conselho Nacional do Desenvolvimento e a construção de cidades planejadas, na tentativa de conter e organizar o processo de urbanização das grandes regiões metropolitanas.

Em trabalho elaborado a respeito da Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea, citamos o ilustre professor LUIZ EDSON FACHIN: " A doutrina da função social da propriedade corresponde a uma alteração do regime tradicional; não é, todavia, questão de essência, mas sim pertinente a uma parcela da propriedade que é a sua utilização." E mais adiante, esclarece: " A função social de propriedade corresponde a limitações fixadas no interesse público e tem por finalidade instituir um conceito dinâmico de propriedade em substituição ao conceito estático, representando uma projeção da reação anti-individualista. O fundamento da função social da propriedade é eliminar da propriedade privada o que há de eliminável." (FACHIN, 2008)

A função social é elemento da estrutura e do regime jurídico da propriedade; é, pois, princípio ordenador da propriedade privada; incide no conteúdo do direito de propriedade, impondo-lhe novo conceito, ao passo que, o artigo 170 da Constituição Federal ao inscrever a propriedade privada e a sua função social como princípios de ordem econômica que visam assegurar a todos, existência digna, conforme os ditames da justiça.

4.2 FINALIDADE E EFICÁCIA DA LEI 8009/90

Diante do conteúdo até agora examinado a respeito do tema da impenhorabilidade do bem de família, assim definido pela Lei 8.009/90, no que tange a sua abrangência, questionamos se são legítimos os argumentos que lhe dão suporte frente as inúmeras "contradições" que dela decorrem, haja vista que não foi declarada sua inconstitucionalidade, apesar de vários argumentos nesse sentido.

Tal lei foi editada em meio a um caos econômico criado pelas atuações do Governo de José Sarney, na vã tentativa de estabilização econômica do país. Sucederam-se mudanças do padrão monetário e das diversas formas de indexação que exigiam a adoção de normas capazes de impedir o desmoronamento da economia privada.

Com o advento da Medida Provisória 143, de 08 de março de 1990, suspenderam-se os processos em curso nos quais a penhora recaía sobre o bem de família, impossibilitando a efetivação da constrição.

A posterior conversão da Medida Provisória na Lei 8.009/90 tem sua origem e inspiração na política econômica, que editou normas de direito econômico, não apenas para tornar efetiva a aplicação dos diversos planos tentados, mas, sobretudo, para minimizar o impacto nos campos econômico-sociais e, depois, para contornar as consequências desastrosas do fracasso dos mesmos no âmbito da sociedade e na esfera individual. Demonstra ser nítida, no Brasil, uma certa falta de seriedade legislativa, corroborada por uma pressa em editar leis mal elaboradas, provocando resultados danosos à população.

Muitos juristas defenderam a constitucionalidade da lei, aplicação imediata, justificando-se pela sua finalidade, como ROGÉRIO LAURIA TUCCI, cujo entendimento acerca da referida lei é de que: "...pressupõe a satisfação das necessidades sociais, veio à luz em face da situação aflitiva por que passa o país no setor habitacional, mostrando-se o Estado impotente para solucionar tão grave problema, gerado este, aliás, pelo nefasto 'capitalismo selvagem imperante'. Atendendo à função social preconizada pelo artigo 5º, inciso XXIII, da Magna Carta, objetivou preservar a propriedade destinada à residência dessa entidade, mantendo-a a salvo dos transtornos econômicos e financeiros de seus proprietários, como exigido pelo bem comum." (LEAL, 2008)

Ao instituir a impenhorabilidade do bem de família, do imóvel residencial destinado à moradia do devedor com sua família, extensivo aos móveis quitados, a Lei 8.009/90 teve por finalidade assegurar a sobrevivência decente e este beneficiário, ou, em última instância, preservar a dignidade humana mesmo em face do inadimplemento econômico. Mas a transcendência de um objetivo de tal ordem acabou sendo, precisamente, a causa de um rol interminável de efeitos negativos, que podem na essência, serem resumidos como a proteção inviável ao calote e a má-fé. Afronta o senso mais comum de justiça que alguém não possa ser compelido a pagar suas dívidas e esta é a conclusão que da leitura da lei, levada a extremos, permite antever. Além disso, não obstante a questão jurídica, criou-se, um problema de ordem ética a ser resolvido: em que medida a aplicação da letra fria da lei corrompe os princípios de honestidade e moralidade do cidadão e da própria sociedade.

No que se refere ao princípio da isonomia, novamente citamos RAINER CZAJKOWSKI: "é no mínimo duvidoso que uma pessoa solteira e morando sozinha, por exemplo, não seja beneficiada pela lei. Numa interpretação textual, parece que indivíduos sozinhos (solteiros, divorciados ou separados judicialmente) não são merecedores do argumento da dignidade humana, para garantia de seu direito de habitação. É fácil perceber que podem estar em condições sociais e econômicas

similares àqueles que tem ao seu lado uma esposa, uma companheira, um ascendente etc. A distinção legal entre sujeitos em situações iguais é absolutamente injustificável”(CJAJKOWSKI, 2008).

Acrescenta-se que, as exceções estabelecidas no artigo 3º da Lei 8.009/90, não obstante os argumentos sob os quais foi editado o novo estatuto a impenhorabilidade do bem de família, este não pode criar ou permitir situações privilegiadas, de sorte que o credor quirografário, aquele que não exigiu qualquer garantia a não ser o título representativo da dívida, emitido pelo devedor, se outros bens ele não tiver, a não ser a casa onde mora ou apenas os bens que guarnecem a residência alugada, não terá como, na ação competente, ver o Estado-juiz promover os atos de execução a partir da penhora para o recebimento de seu crédito. Entretanto, o credor que se garantiu através da hipoteca de imóvel residencial do devedor poderá executar o contrato e ver penhorado o bem de família, enquanto todos os demais não poderão com ele concorrer.

5. CONCLUSÃO

O instituto do bem de família denominado voluntário, na forma prescrita pelo Código Civil Brasileiro, é o sistema usualmente utilizado nos demais ordenamentos jurídicos estrangeiros, entretanto, está completamente superado.

Por outro lado, a Lei 8.009/90 que rege a impenhorabilidade legal do bem de família, foi editada em momento crítico, no qual o país era assolado por uma crise socioeconômica, em virtude das tentativas do governo de estabilização monetária que geravam a necessidade da adoção de medidas capazes de impedir o desmoronamento da economia privada.

Apesar da vasta discussão levada a efeito sobre o tema, não foi decretada a inconstitucionalidade da lei. Porém, em vários aspectos sua validade é discutível, em razão das contradições geradas e já examinadas ao longo do trabalho.

Por derradeiro, assevera-se a necessidade do exame do caso concreto, buscando elementos indicativos que informem critérios de razoabilidade para bem aplicar a Lei 8.009/90, na tentativa de minimizar os prejuízos à sociedade que a sua aplicação literal causaria.

6. REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça apud MARMITT, Arnaldo. Bem de Família. Rio de Janeiro: AIDE, 2005. p. 151.

AZEVEDO, Álvaro Villaça de. Bem de Família: com comentários à Lei 8.009/90. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p.25

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Bem de Família: Com comentários à Lei 8.009/90. 5.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CZAJKOWSKI, Rainer. A Impenhorabilidade do Bem de Família: Comentários a Lei 8.009/90. 3.ed. Curitiba: Juruá, 2008.

FACHIN, Luiz Edson. A Função Social da Posse e da Propriedade Contemporânea. Uma perspectiva do usucapião imobiliário rural. Porto Alegre: Fabris, 2008.p. 18-19.

LEAL, Rogério Gesta. A Função Social de Propriedade e da Cidade no Brasil: aspectos jurídicos e políticos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.p. 956.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. Comentários a Constituição Federal: princípios fundamentais – artigos 1º a 4º. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.p. 189-190.

PEREIRA, Caio Mario. Instituições de Direito Civil. Rio de Janeiro: Forense, 2012. v. 1.

REIS, João Marques, apud SANTOS, Marcione Pereira dos. Bem de Família: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003. p.73

SANTOS, Marcione Pereira dos. Bem de Família: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.p. 32.

VASCONCELOS, Rita de Cássia Corrêa de. Impenhorabilidade do Bem de Família: e as novas entidades familiares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.p. 40.

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: REVISÃO DE LITERATURA

FATIMA CRISTINA FLORIANO: Discente do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru.

ANDREA LUIZA ESCARABELO SOTERO⁶⁵

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo aborda o Instituto do Poder Familiar previsto em nosso ordenamento jurídico, e como ocorre a destituição deste Poder. Será analisado o seu conceito, os direitos, as responsabilidades dos pais, e as hipóteses de extinção, de suspensão ou da perda do Poder Familiar por meio de uma revisão de literatura. Serão abordados também os critérios analisados pelo Judiciário ao aplicar tal medida. Entende-se que tal situação apenas poderá ocorrer quando o pai, a mãe ou ambos cometerem algum ato no exercício do poder familiar que viole os direitos dos filhos e cause prejuízo a essa criança ou adolescente. Verificada a necessidade de proteção e o melhor interesse da criança, o juiz poderá, por meio de sentença, destituir os pais (ou apenas um deles) do exercício do poder familiar, de acordo com os princípios do melhor interesse da criança e da proteção integral previstos em lei, cumprindo desta a função social que compete ao Estado, preservando a infância e juventude de crianças e adolescentes vulneráveis.

Palavras-chave: ECA. Destituição do Poder Familiar. Código Civil Brasileiro.

ABSTRACT: This article addresses the Institute of Family Power provided for in our legal system, and how this power is removed. Their concept, rights, parents' responsibilities, and the chances of extinction, suspension or loss of family power will be analyzed through a literature review. The criteria analyzed by the Judiciary when applying such a measure will also be addressed. It is understood that such a situation can only occur when the father, mother or both commit an act in the exercise of family power that violates the rights of the children and causes harm to that child or adolescent. Once the child's need for protection and best interest is verified, the judge may, by way of sentence, remove the parents (or only one of them) from exercising family power, in accordance with the principles of the child's best interest and full protection. provided for by law, fulfilling the social function that belongs to the State, preserving the childhood and youth of vulnerable children and adolescents.

Key words: ECA. Dismissal of Family Power. Brazilian Civil Code.

⁶⁵ Docente mestre do curso de Direito – IESB Instituto de Ensino Superior de Bauru

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo se deu por meio à revisão de literatura acerca da destituição do poder familiar. O instituto da guarda, decorrente da separação dos pais representa uma das mais delicadas situações na vida forense. Neste artigo serão tratadas a evolução da família, o conceito de “família constitucionalizada” e o fato desse instituto gerar direito e obrigações para os pais perante os filhos menores.

Inicialmente, serão abordados alguns aspectos sobre a origem e evolução da destituição do poder familiar e do pai biológico, frente ao ordenamento jurídico brasileiro e ao Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Entende-se também que a figura do pai social, suas atribuições à luz do novo ordenamento jurídico, os cuidados que deve ter com as crianças e adolescentes e os direitos que a lei lhe atribui também deverão ser abordados.

Em nossa sociedade, um pai deve responsabilizar-se pelas necessidades básicas para o desenvolvimento saudável de seu(s) filho(s) quanto aos aspectos físicos, emocionais e psicológicos. Assim, o presente artigo tratará, das implicações geradas ao pai biológico e também ao padrasto, e como o filho será afetado com o afastamento de um e a permanência definitiva do outro.

2. A EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA

A entidade familiar é uma das instituições mais antigas da humanidade que, por muito tempo, ocupou papel central no âmago de uma sociedade patriarcal em que o chefe da família tinha o dever de garantir o sustento e a união de seus entes. Com o passar dos anos, essa instituição sofreu várias e importantes modificações, e assim, passou a valorizar e incluir, no seu conceito, as “relações afetivas”. A partir disso, ocorreu a descentralização do poder familiar, que era somente exercido pelo chefe de família (pai) e passou a ser exercido tanto pelo pai como pela mãe, ampliando, e consequentemente o conceito da expressão “família” passou a significar: “o conjunto de pessoas ligadas, tanto consanguineamente, quanto por relações afetivas que se amparam de várias outras formas como física, psicológica e financeiramente” (DINIZ, 2002).

Entende-se que família é uma instituição diferenciada e única, e é indispensável a participação e presença constante de todos os seus membros para o desenvolvimento dos filhos decorrentes da união estabelecida entre os pais, de acordo com o art. 226 § 5 DA Constituição Federal (BRASIL, 1988). Quando essas responsabilidades não são divididas igualmente entre o pai e a mãe, há o desequilíbrio que pode desencadear o abandono dos filhos, sendo muitas vezes, necessária a intervenção do Estado, ou, no caso de abandono apenas por um dos genitores, pelo próprio cônjuge ou interessado no desenvolvimento da criança envolvida.

A substituição do pai biológico por alguém que assume seu papel se dá pela chamada paternidade sócio afetiva. Pode-se entender paternidade sócio afetiva como aquela que se baseia em sentimento de afeto e interesse por pessoa que não tem ligação consanguínea como o filho de criação ou adotivo, mas que age como pai biológico no que se refere ao apoio no desenvolvimento saudável e sólido.

Como medida de proteção da criança, no caso de quem não cumpre com os deveres pertinentes a educação e a criação da mesma, existe a possibilidade da destituição do poder familiar. Tal medida deve ser amparada tanto pelos pais como pelo Estado. Quando ocorre a destituição do poder familiar, em virtude de abandono do filho pelo pai, devemos lembrar que surge o importante debate sobre possibilidade jurídica de o padrasto, que goza de relação afetiva consolidada com a criança vir à pleitear perante a justiça a adoção definitiva do filho(a) de criação, juntamente com pedido preparatório de destituição do poder familiar em relação ao genitor (ATAÍDE JUNIOR, 2009).

3. FAMÍLIA CONSTITUCIONALIZADA

A Constituição Federal de 1988 introduz a Doutrina da Proteção Integral, eliminando o antigo Código de menores e orientando a edição do Estatuto da Criança e do Adolescente (BRASIL, 1990), o qual reafirma a existência do dever dos pais em relação aos filhos, baseado na igualdade entre pai e mãe, e aumentando a fiscalização do Estado. O poder familiar é considerado irrenunciável e intransferível, pois os pais não podem abrir mão desse poder. Trata-se de condição existencial entre pais e filhos; imprescritível, vez que dele não decai o genitor pelo simples fato de deixá-lo, somente podendo perder o exercício do poder familiar nos casos previstos na lei.

Os deveres dos pais são previstos na Constituição Federal de 1988, no Estatuto da Criança e do Adolescente e no Código Civil de 2002. É importante também mencionar, que o poder familiar existe independentemente do vínculo entre os pais, e se esses vierem a ter divergências, poderão recorrer à justiça.

De acordo com Ataíde Júnior (2009), o mérito de consagração dos avanços do poder familiar dá-se na Constituição Federal de 1988, vista como uma resposta social às necessidades dos indivíduos, impondo novos contornos axiológicos para o sistema jurídico, e assumindo a direção de matérias que antes eram exclusivas do Direito Civil e tratando sobre a família, a criança, o adolescente e o idoso.

A Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, conhecida como "Estatuto da Criança e do Adolescente" inaugurou um novo paradigma no tratamento dado as crianças e adolescentes, o qual veio regulamentar os artigos 227 e 229 da Constituição Federal de 1988, conforme discorre Dias (2007):

“O ECA, acompanhando a evolução das relações familiares, mudou substancialmente o instituto. Deixou de ter um sentido de dominação para se tornar sinônimo de proteção, com mais características de deveres e obrigações dos pais para com os filhos do que de direitos em relação a eles”.

Diante disso, o Estatuto põe fim ao regime jurídico baseado na chamada “Doutrina da Situação Irregular”, para dar lugar aos postulados da “Doutrina da Proteção Integral”, possibilitando a esses, além da mudança de terminologia estereotipada, que passaram a ser sujeitos de direitos e não mais vistos como meros objetos. Posteriormente, o Código Civil de 2002, em seu capítulo V, engloba uma série de direitos e deveres nos artigos 1.630 a 1.638 e, apesar de conservar a disciplina e possuir basicamente as mesmas regras do Código anterior, adaptou-se aos princípios constitucionais, possibilitando a acomodação dos avanços já consolidados na Constituição Federal e no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Por fim, cumpre mencionar que a Lei 12.010/2009, a qual dispõe sobre a adoção, alterou a expressão “pátrio poder”, utilizada até então no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), substituindo-a por “poder familiar”, conforme segue:

“Art. 3º A expressão “pátrio poder” contida nos arts. 21, 23, 24, no parágrafo único do art. 36, no § 1º do art. 45, no art. 49, no inciso X do caput do art. 129, nas alíneas “b” e “d” do parágrafo único do art. 148, nos arts. 155, 157, 163, 166, 169, no inciso III do caput do art. 201 e no art. 249, todos da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, bem como na Seção II do Capítulo III do Título VI da Parte Especial do mesmo Diploma Legal, fica substituída pela expressão “poder familiar”.

Entende-se que o poder familiar se constitui em um conjunto de normas protetivas que procura fortalecer os laços de parentesco, desdobrando-se em direitos e deveres recíprocos. A autoridade parental deve ser um instrumento de garantia dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, vez que serve para resguardar o melhor interesse desses, bem como primar pela promoção e desenvolvimento de sua personalidade (TEIXEIRA, 2009).

4. DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

O objetivo do poder familiar é a proteção da criança e adolescente desde o nascimento até a maioridade. Segundo Dias (2010) o poder familiar é um dever dos pais o qual deve ser exercido sempre no interesse dos filhos, o Estado como guardião, deve fiscalizar se o exercício esta sendo realizado de acordo como preconiza a legislação. Caso reste demonstrada ocorrência de violação aos direitos relativos ao

poder familiar o Estado deve intervir tomando as medidas necessárias para dar atendimento ao melhor interesse da criança/adolescente.

Nesse sentido, Carvalho (1995) traz uma justificativa para a intervenção do Estado, no que se refere a destituição do poder familiar ao dizer que:

“O exercício do pátrio poder é, antes de tudo, um compromisso assumido pelos pais para com a sociedade. A família, núcleo situado dentro de um todo meio, que é o grupo social, não esgota seus fins em si mesmo. O homem é preparado na família para ingressar na sociedade, e carregará para essa os valores assimilados naquela. É por isso que, se não houverem a contento no desempenho do múnus paterno, devem os pais prestar contas à sociedade, maior interessada nas peças que a compõem, eis a razão pela qual o pátrio poder está subordinado a regras e limites”.

A aplicação da destituição do poder familiar gera efeitos graves tanto na vida do filho quanto na vida dos pais, isto porque com a aplicação da medida, os pais perderão a autoridade e prerrogativas que tinham em relação aos filhos, havendo dessa forma a extinção do vínculo afetivo existente entre eles, por isso é que só possível a aplicação da destituição nos casos previstos em lei, e quando houver o melhor interesse da criança e adolescente.

Os casos em que a destituição pode ser aplicada são previstos nos artigos 24 e 1638 do ECA (BRASIL, 1990) e do Código Civil (BRASIL, 2002), respectivamente, podendo vir a ter natureza tanto sociais - cabendo ao estado sua parcela de responsabilidade pela situação do menor - quanto pessoais, quando estão ligados à conduta dos progenitores. O artigo 1635 do Código Civil determina a destituição do poder familiar só poderá ser aplicada por meio de uma decisão judicial:

Art. 1.635. Extingue-se o poder familiar: I - pela morte dos pais ou do filho; II - pela emancipação, nos termos do art. 5, parágrafo único; III - pela maioridade; IV - pela adoção; V - por decisão judicial, na forma do artigo 1.638.

Já o artigo 1638 do Código Civil vem regular as hipóteses em que o juiz poderá determinar através da decisão judicial, a destituição do poder familiar:

Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que: I - castigar imoderadamente o filho; II - deixar o filho

em abandono; III - praticar atos contrários à moral e aos bons costumes; IV - incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente.

A primeira hipótese autorizadora da destituição do poder familiar é a situação de castigo imoderado do filho, ou seja, aquele que resulta em agressões e violência e afronta sua dignidade e integridade física e psicológica. Não possui, todavia, o rol do art. 1638, caráter taxativo, sendo previstas por nosso legislador no ECA outras hipóteses nas quais o Estado, representado neste caso pelo seu poder judiciário, pode interferir de maneira definitiva no exercício do poder familiar.

Passando então a analisar o inciso II do artigo 1638 do Código Civil (BRASIL, 2002), temos que poderá ser decretada a destituição do poder familiar quando os pais abandonarem os filhos. Nesse sentido, Comel (2003) descreve o conceito de abandono:

“Traduz-se o abandono na falta de cuidado e atenção, na incúria, ausência absoluta de carinho e amor. É o pai que tem desleixo para com a prole, que pouco se lhe importa a nutrição, faltando aos cuidados básicos e essenciais à própria sobrevivência, e mantendo o filho em estado de indigência”.

A destituição do poder familiar poderá ser aplicada quando os pais de alguma maneira abandonam os seus filhos, descumprindo seu dever de criação e proteção, deixando a criança ou adolescente em situação de desamparo. Este tipo abandono intelectual e moral ocorre nos casos em que mesmo possuindo condições para garantir o sustento e desenvolvimento do filho, o pai deixa-o à mercê da própria sorte.

Gonçalves (2009) relata que “[...] o lar é uma escola onde se forma a personalidade dos filhos. Sendo eles facilmente influenciáveis, devem os pais manter uma postura digna e honrada, para que nela se amolde o caráter daqueles”.

Segundo o art. 21 do ECA (BRASIL, 1990), o poder familiar será exercido, em igualdade de condições, pelo pai e pela mãe, na forma do que dispuser a legislação civil, assegurado a qualquer deles o direito de, em caso de discordância, recorrer à autoridade judiciária competente para a solução da divergência. Assim, a destituição do poder familiar é uma medida de proteção e prevista no ECA. Muitos profissionais veem a destituição como única e prioritária medida para solucionar as situações de risco, agindo para que:

“[...] as medidas de destituição e de extinção do pátrio poder, sejam tomadas em razão de apresentarem-se como os únicos caminhos possíveis para solucionar o que se percebe ou se avalia

como necessidade de proteção prioritária a uma criança”. (FAVERO, 2001).

No entanto, tal perspectiva apresenta-se como um equívoco uma vez que o ECA (BRASIL, 1990) assegura em seu art. 101, outras medidas de proteção que se pautam na direção de restabelecer e restaurar os vínculos familiares, tais como orientação, apoio e acompanhamento temporários; matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento de ensino fundamental; inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos. Em último caso, o abrigo em entidade e/ou colocação em família substituta. Deve-se buscar alternativas que garantam maior assistência aos pais e à família para que possam permanecer com os filhos, suprimindo seu desenvolvimento integral, todavia, se todas as alternativas forem insuficientes, a ação de destituição do poder familiar é um mecanismo que possibilitará um novo convívio familiar à criança e adolescente, que se encontram em risco em relação à sua família biológica.

Nenhuma medida deve ser tomada se a decisão não melhorar as condições de vida da criança, “portanto, a perda do pátrio poder acontece, na maioria dos casos, em momentos em que a criança já está integrada a outra família” (FÁVERO, 2001).

Em suma, é preciso entender que os fatores determinantes no processo de destituição envolvem um universo complexo, necessitam de uma análise crítica prévia da realidade e a tentativa de inclusão desta família numa rede de solidariedade para que vínculos familiares esgarçados possam ser restabelecidos.

5. A ADOÇÃO E SUAS CARACTERÍSTICAS

A legislação trata da adoção como uma das formas de extinção do poder familiar em que os pais adotivos passam a ocupar a posição dos pais naturais. A Constituição Federal, em seu artigo 227, § 6º (BRASIL, 1988), descreve que, os filhos possuídos, ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias referentes à filiação. Vale ressaltar que o ECA foi reformado através da Lei nº 12.010/2009, denominada de “Lei Nacional de Adoção”, que promoveu alterações em 54 artigos da Lei nº 8.069/90 e estabeleceu inúmeras outras inovações legislativas (DIGIÁCOMO, 2010).

A maioria dos artigos do Código Civil de 2002 que tratavam deste tema - adoção - foram revogados por esse nova Lei Nacional de Adoção.

Segundo Yamamoto (2006), a importância da criança e do adolescente quanto sujeito de direitos e a necessidade de ter a Política de Proteção surgiram a se consolidar na década de 90 com a promulgação da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990 com o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Nesta a criança e o adolescente deixam de ser analisados como objetos de intervenção social e jurídica e passam a ser reconhecidos como indivíduos em pleno desenvolvimento e absoluta primazia.

A lei 8.069/90 revolucionou o direito infanto-juvenil, inovando e adotando a doutrina da proteção integral. Essa visão é baseada nos direitos próprios e especiais das crianças e dos adolescentes, que, na condição peculiar de pessoas em desenvolvimento, necessitam de proteção diferenciada, especializada e integral (TJPS.AC 19.688-0, Rel. Lair Loureiro apud Liberati 2000, p. 13).

Do ponto de vista jurídico, segundo Cartilha da AMB, a adoção é um método legal que incide em transferir todos os direitos e deveres de pais biológicos para uma família substituta, entregando a crianças e o adolescente todos os direitos e deveres de filho, tal função deve ser deferida quando consistir em esgotados todos os recursos para que a convivência com a família original seja conservada.

O artigo 41, caput, do ECA (BRASIL, 1990), dispõe que “[...] a adoção atribui a condição de filho adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios desligando-os de qualquer vínculo com os pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais”.

Na Lei 8.069/90, a criança e o adolescente passam a ser reconhecido como sujeito de direito, e a criança deixa de ser elemento de medidas judiciais, vistos como marginalizados, vítimas da omissão do Estado, na garantia dos direitos a cidadania, pela precarização das políticas sociais, que garantiriam os mínimos sociais para seu sustento e da sua família. O ECA reconhece o valor da preservação dos vínculos familiares e a integração em família substituta, assim como esgotado os recursos de manutenção na família de origem. De acordo com o Estatuto (BRASIL, 1990) em seu artigo 41:

“A adoção é medida excepcional, irrevogável e atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive os sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo impedimentos matrimoniais”.

Quanto aos que podem adotar e aos que a lei veda expressamente a adoção, dispõe o artigo 42 do ECA (BRASIL, 1990) que “podem adotar os maiores de 18 anos, independente do estado civil. [...] §1º- Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”.

Veronese, Gouvêa e Silva (2005) preconizam sobre o juízo competente que “[...] para crianças, e adolescentes, de zero a dezoito anos de idade – processamento na vara da infância e juventude (art. 148, III, do ECA) (BRASIL, 1990); já para os maiores de dezoito anos, a vara competente é a da família”. Ainda, prevê o artigo 148 do ECA que “a Justiça da Infância da Juventude é competente para: [...] III – conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes [...]”. Nessa linha, Ataíde Junior (2009) enfatiza:

“[...] A adoção como causa de extinção do poder familiar restringe-se a hipótese de adoção consensual (com consentimento dos pais), em procedimento de jurisdição voluntária, no qual o Juiz não precisa decretar a perda da autoridade parental para deferir a adoção. O poder familiar dos pais naturais, neste caso, simplesmente se extingue pela adoção deferida, que constitui um novo estado jurídico, com a criação do poder familiar para os pais adotivos. Os fatos extintivos independem, em regra, do pronunciamento do Poder Judiciário”.

De fato, se ocorre a adoção quando os pais já foram destituídos do poder familiar, a própria destituição extinguirá o poder familiar e não a adoção. Importante mencionar que a adoção deve ser considerada uma decisão concreta e objetiva, sendo uma medida tomada em último caso, uma vez que a família será a referência no desenvolvimento social desta criança ou adolescente.

Referente às necessidades do adotado, o princípio do melhor interesse é considerado primordial em relação aos demais princípios constitucionais, visto que, devem ser preservados os direitos das crianças e dos adolescentes, para que possam desfrutar de um desenvolvimento sadio e pleno, digno da pessoa humana e que possam ser atendidas suas necessidades básicas, sejam elas materiais, afetivas ou emocionais, prevalecendo os interesses dos infantes juvenis em relação aos adultos no seio familiar (LOBO, 2010).

É, portanto, um princípio bastante abrangente que possibilita ao aplicador da lei ao observar o melhor interesse da criança e do adolescente e preservar ao máximo a proteção jurídica daqueles que se encontra em situação de hipossuficiente merecendo uma proteção mais destacada do Estado. A aplicação desse princípio deverá ocorrer quando houver a possibilidade da criança ou adolescente permanecer em família substituta na qual já esteja construído um vínculo de afinidade e afetividade recíproco, não sendo necessária a habilitação no cadastro.

Por outro lado, existem defensores do cadastro de pretendentes à adoção que comprovam que a rigorosa observância desse cadastro é uma forma de garantir e materializar a doutrina da proteção integral e a primazia do melhor interesse da criança

e do adolescente porque é possível analisar os pré-requisitos que serão indispensáveis para a habilitação, que por sua vez, apresenta várias etapas avaliativas por equipe Inter profissional a serviço da justiça da Infância e da Juventude e após a aprovação é que se habilitam ao cadastro.

É importante ressaltar que na maioria das vezes os problemas enfrentados pelas crianças e adolescentes não estão focados simplesmente nelas, devendo ser analisada as relações familiares. O Estatuto da Criança e do Adolescente também enfoca em seu texto a prioridade absoluta pela Lei nº 12.010/2009, que diz:

Art. 4 É dever da família, 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.

Com isso, verifica-se a necessidade de dar efetividade aos direitos das crianças e dos adolescentes, garantidos constitucionalmente, para que elas possam ter um desenvolvimento pleno e no futuro possam ser pessoas bem sucedidas. Também devem ter primazia no atendimento público, para que em primeiro lugar suas necessidades sejam supridas.

Na análise da evolução histórica do afeto, lembra-se que nem sempre o sentimento de afetividade esteve presente, especialmente nas relações familiares, uma vez que crianças e adolescentes em muitas ocasiões não eram considerados sujeitos de direito, tampouco lhes eram destinados amor e proteção afetiva.

A lei de adoção enfatiza a necessidade de afetividade, sendo que este princípio passa a ter um valor de destaque, devendo ser levado em consideração no contexto da adoção na atualidade. Por cautela, é preciso identificar como se deu o desligamento do poder familiar e o quanto foi traumático para a criança esse processo.

Nesta fase, os assistentes sociais utilizam a expressão "namoro", conforme apresentada na obra de Lima (2011) para definir o primeiro período de convivência, sendo que desta pode existir o desejo que a criança tenha em voltar para o abrigo ou a dificuldade da mesma em adaptação na nova família.

Camargo (2006) também menciona como é importante que os pais que querem adotar, principalmente nos casos de adoção tardia, sejam preparados juntos com as crianças a serem adotadas: "o vínculo na adoção tardia se dá como uma via de mão dupla: a família adota a criança e a criança adota a família".

O princípio da afetividade baseia-se na possibilidade das pessoas expressarem e receberem afeto, sendo que tal gesto não se manifesta de forma isolada, mas através de comportamentos variados e diversificados (olhares, declarações, gestos, etc.), em que um simples encorajamento ou uma acusação poderá ser suficiente para desestabilizar uma pessoa. Diante disso, é imprescindível o papel da família nos processos de desenvolvimento humano, compreendendo-se desenvolvimento como sendo todas as alterações que ocorrem no organismo e na personalidade dos indivíduos. Por fim, destaca-se que o princípio da afetividade especializa, no plano das relações familiares, o princípio da dignidade da pessoa humana, que por sua vez fundamenta todas as relações jurídicas.

A adoção deve trazer reais vantagens para o adotado, exigência que se baseia no princípio do melhor interesse da criança e deve ser baseada em motivos legítimos, conforme exposto no art. 43 do ECA (BRASIL, 1990). A adoção deve ser efetivada mediante um processo judicial, que somente ocorre se tiver acompanhamento do Ministério Público, inclusive na adoção de maiores de dezoito anos. Granato (2010), acerca do procedimento relativo ao processo de adoção, afirma que:

“[...] pode-se extrair, das diversas posições esparsas na lei, que o procedimento será de jurisdição voluntária quando houver consentimento dos pais naturais ou estes já tiverem sido destituídos do poder familiar. Será contencioso quando os pais estiverem no exercício do poder familiar e não consentirem expressamente na adoção. Em sendo contencioso, o processo segue o rito ordinário do Código de Processo Civil”.

De acordo com as modificações introduzidas pela nova lei de adoção, pessoas interessadas em adotar devem se cadastrar previamente em juízo, ou seja, seus nomes constarão em uma lista de pretendentes em cada Comarca ou Foro Regional, e será elaborado um registro de crianças e adolescentes em condições de serem adotados, conforme expõe o art. 50 do ECA (BRASIL, 1990).

Para atingir o mister a que se propõe o referido artigo, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), através da Resolução 54/08, criou o Cadastro Nacional de Adoção, ferramenta de fundamental importância para dinamizar o processo de adoção no país. Não obstante seja obrigatório o prévio cadastramento do pretendente a adotar uma criança ou adolescente, o §13º do art. 50 do ECA (BRASIL, 1990) admite uma exceção a esta regra, no caso de quem detém a guarda legal de criança maior de três anos ou adolescentes, desde que o lapso de convivência demonstre que se estabeleceu um laço de afinidade e afetividade entre adotante e adotado, bem como não exista má-fé neste ato.

Outro requisito inerente à adoção se refere à obrigatoriedade do estágio de convivência entre adotante e adotado, que segundo Ribeiro, Santos e Souza (2010):

“[...] é o período no qual a convivência da adoção será avaliada pelo juiz e seus auxiliares, com base nas relações desenvolvidas cotidianamente entre adotante e adotado. Considerando a seriedade da medida e, ainda, que a adoção é irrevogável, o estágio de convivência visa à possibilidade de análise da adaptação da criança ou adolescente ao seu novo lar”.

A adoção por se tratar de uma mediante excepcional, que somente deve ser efetivada quando esgotados todos os recursos para a manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa, como dispõe o art. 39 §1º e segunda parte do ECA. Deve se revestir de caráter irrevogável, considerando a importância deste ato, principalmente para os adotados, que desta forma entram definitivamente na família do adotante. A irrevogabilidade desta decisão perdura, inclusive, com a morte do adotante, condição que não enseja o restabelecimento do poder familiar aos pais naturais, conforme previsão do art. 49, do ECA (BRASIL, 1990).

A maioria as famílias que recorrem à adoção expressam sua vontade de adotar uma criança que tenha as determinadas características: que sejam brancas, de preferência bebês, que não possuam irmãos ou não padeçam de alguma enfermidade, visto que essas informações foram retiradas de dados estatísticos da Corregedoria de Justiça do Estado de São Paulo, (Jornal do Advogado, 2005, p. 14).

Existem no Brasil, organizações não-governamentais formadas por pais adotivos, profissionais técnicos e voluntários, que oferecerem apoio às famílias candidatas à adoção. Conforme Leite (2005) preceitua, 71% dos pretendentes à adoção recorrem aos Grupos de Apoio à Adoção com o intuito de adotarem crianças entre 0 e 2 anos de idade, sendo que 25% desejam adotar crianças de até 5 anos de idade, restando 4% dos pretendentes à adoção como o grupo dos que adotariam uma criança maior de 5 anos de idade.

Ainda em relação aos dados estatísticos fornecidos pelo autor supracitado, após realizadas reuniões entre os candidatos à adoção e os membros dos Grupos de Apoio à Adoção, tais dados modificaram-se, sendo que, 65% dos candidatos à adoção demonstraram o desejo de adotar uma criança entre 0 e 2 anos de idade; 15% adotariam crianças entre 2 e 5 anos de idade, e 20% manifestaram-se sobre a possibilidade de adoção de maiores de 5 anos de idade como alternativa possível.

Ainda, ao que tange à adoção, tem-se a problemática da adoção inter-racial. Muitas famílias e candidatos à adoção, preferem criança de raça branca, em vez daquela que possui a raça parda ou negra. Leite (2005) ainda indica que 79% das

famílias adotariam crianças brancas, 19% dos candidatos à adoção adotariam as pardas, e, tendo como menor índice à adoção de crianças negras, sendo esta, 2%.

Também deve-se levar em conta que há certa dificuldade na colocação de crianças e adolescentes que possuam irmãos na mesma situação de candidatos à colocação em família substituta, no caso, a adoção; ou seja: a família onde será inserida a criança a ser adotada, pretende adotar apenas uma criança e, caso essa possua irmão nas mesmas condições, pode ser preterida ou separada de seu irmão pela adoção. Apesar do perfil do suposto adotado mais procurado pelas famílias adotantes seja o de bebês com idade entre 0 à 2 anos e saudáveis mental e fisicamente, existem outros perfis de crianças que também merecem um lar digno, como afrodescendentes, adolescentes, grupos de irmãos e as crianças enfermas, porém, em nossa sociedade, tal realidade não favorece esses menores. Pode-se presumir que em nossa cultura, pais adotivos esperam pacientemente por recém nascidos que ofereçam possibilidade de omitir a verdade sobre a adoção.

A adoção é ato pessoal do adotante, já que a lei veda que esta seja realizada por procuração (art. 39, parágrafo único, do ECA) (BRASIL, 1990). Todas as pessoas quem tenham diferença de idade de 16 anos ou mais que o possível adotado, independente do estado civil, têm capacidade e legitimação para adotar. Algumas inovações foram trazidas referente à legitimidade para adotar, destacando-se entre elas a possibilidade de a pessoa casada ou com união estável, adotar o filho de seu consorte, ou companheiro, sem afetar o limite de parentesco e, portanto, o pátrio poder de seus ascendentes consanguíneos. Contudo, com o Estatuto da Criança e do Adolescente, o adotado passa a ostentar a condição de filho legítimo, desligando-se totalmente da família biológica, assumindo todos os direitos e deveres inerentes à filiação, como por exemplo, a obediência dos pais, o direito de participar na sucessão hereditária e os alimentos, entre outros (PICOLIN, 2007).

Conforme entendimento de Dias (2010), este tipo de adoção é possível quando os genitores do menor se divorciam, e com o advento de um novo relacionamento, o atual companheiro de um deles decide querer adotar o menor. Com a anuência de um deles, decai o poder familiar daquele que deixa de ser o pai (ou mãe) do menor. Entretanto, para que este caso ocorra, é necessário que o genitor aceite a adoção, genitor este que será destituído do poder familiar, não podendo mais reclamá-lo.

O adotando não pode ter pais no registro ou no exercício da autoridade parental. Exceção a esta regra é a adoção unilateral, prevista no artigo supracitado, quando o filho tem apenas um pai ou uma mãe registrado e o companheiro ou cônjuge deste pretende preencher o vazio no registro.

Caso não esteja nesta hipótese, os pais deverão ser desconhecidos ou então deverá haver o procedimento de destituição familiar dos genitores, para que assim a criança ou adolescente possa ter em seu registro o nome do padrasto ou madrasta.

6 PAI SOCIAL

A legislação que protege a criança e o adolescente indica a colocação destes em instituições de abrigo, de forma provisória e excepcional, somente quando se encontram em situação grave de risco à sua integridade física, psicológica e sexual. Nesse sentido, o abrigo é uma medida de proteção social, funcionando como instrumento de política social ao oferecer assistência à criança e ao adolescente que se encontram sem os meios necessários à sobrevivência (moradia, alimentação, atenção à saúde e educação), ou mesmo diante da incapacidade dos pais e/ou responsáveis para cumprir com as obrigações de guarda, sustento e cuidados dos filhos, por um tempo determinado ou de maneira definitiva (FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA, 2005; RIZZINI, RIZZINI, 2004; SILVA, 2004).

A realidade dos abrigos brasileiros demonstra que são instituições que em princípio deveriam ter função temporária, mas acabam se tornando a moradia permanente de muitas crianças à espera do retorno ao meio familiar.

Siqueira e Dell’Aglío (2006) ressaltam que a instituição de abrigo, para as crianças e adolescentes, constitui-se na fonte de apoio social mais próxima e organizada, desempenhando um papel fundamental para o seu desenvolvimento. O mundo social das crianças e adolescentes abrigados expande-se ao incluírem os pares e os profissionais em sua convivência. As autoras afirmam que é necessário a instituição fornecer recursos para o enfrentamento de eventos negativos provenientes tanto das famílias dos abrigados quanto do mundo externo, além de modelos identificatórios positivos, segurança e proteção. No novo modelo de atendimento preconizado pelo ECA, a qualidade dos cuidados oferecidos pelas instituições passou a ser motivo de preocupação e intervenção, a fim de que o atendimento massificado e despersonalizado de outrora fosse gradativamente substituído.

Dessa forma, a composição das equipes de assistência à criança em situação de acolhimento foi reformulada, e sua importância foi reconhecida pela legislação vigente e políticas de desenvolvimento social. Os profissionais que se ocupam da rotina de cuidados diretos de crianças e adolescentes acolhidos tendem a se construir em um referencial de família, já que podem ser fonte de apoio, orientação e afeto.

Nesse sentido, Cassol e De Antoni (2006) consideram a instituição do acolhimento como um contexto onde se tenta produzir as relações parentais. O cuidador pode ainda ser considerado como mediador da atenção, cognição, linguagem e emoções da criança, aspectos fundamentais de seu desenvolvimento

psicossocial. O afeto proveniente da relação dos cuidadores com os acolhidos, assim como as práticas educativas por eles exercidas, influenciarão tal processo de desenvolvimento. As relações humanas e a forma como o funcionário se vincula à criança ou adolescente, são fundamentais para avaliação da qualidade do funcionamento das instituições. Diante da necessidade desse vínculo, é que o Projeto de Lei nº 98/2009, foi aprovado, garantindo que homens possam cuidar de crianças e adolescentes em situação de abandono ou de risco social abrigadas em casas-lares.

Para isso, o interessado deve ter no mínimo 25 anos, sanidade física e mental, ensino fundamental completo e boa conduta social. Além disso, exige aprovação em treinamento específico para a função, com duração de 60 dias, bem como teste psicológico. O pai social deverá ainda se dedicar, exclusivamente, aos cuidados com as crianças e os adolescentes e à casa-lar onde deverá residir.

Ainda, o pai social tem direito ao piso de um salário mínimo, décimo terceiro salário, férias anuais remuneradas, assistência gratuita aos filhos de zero a cinco anos em creches e pré-escolas, licença paternidade, seguro-desemprego e contra acidentes de trabalho, e aposentadoria. Com fulcro no art. 5º, I, da CF, a Justiça do Trabalho tem aplicado a Lei nº 7.644/87 ao trabalhador masculino na condição de pai social:

Art 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:

I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição [...].

As expectativas legais acerca dos pais sociais parecem sugerir que contribuam para a formação de um ambiente educativo, próximo ao familiar, em sua relação com as crianças e adolescentes. Dessa forma, os cuidadores podem deparar-se com conflitos em relação ao apego com a criança e o adolescente (MORÉ, SPERANCETTA, 2010).

De acordo com Oliveira e Milnitsky-Sapiro (2007), a transitoriedade e a permanência são realidades contraditórias, mas presentes nas instituições de abrigo. Concomitante ao trabalho que busca a reintegração da criança ao seio familiar, elas devem empreender esforços no sentido de propiciar um atendimento de qualidade, tendo em vista os casos em que o retorno à família de origem é inviável, e que esperam pela colocação em uma família substitua (SILVA, AQUINO, 2005).

7 O PAI BIOLÓGICO

Conhecida como a sanção mais grave, imposta aos pais que faltam com deveres em relação aos filhos, desviando-se ostensivamente da finalidade imposta a instituição, ocasionando a destituição de toda e qualquer prerrogativa com relação ao filho, esta adquire caráter personalíssimo, surtindo efeito somente àquele contra o qual a medida for decretada.

Segundo Comel (2003), a perda do poder familiar poderá ocorrer em qualquer situação de descumprimento injustificado dos deveres. Sua previsão legal encontra-se no art. 1.638 do CC, na qual as hipóteses previstas são consideradas exaustivas, não permitindo interpretação extensiva. O castigo imoderado à criança ou adolescente é previsto como causa, gerando polêmica principalmente no que tange a concepção da palavra imoderado. O pai que age de modo a castigar o filho imoderadamente demonstra não possuir condições pessoais de exercer a função a ele imposta, configurando a caracterização de crime de maus tratos nos termos do art. 136 do Código Penal (BRASIL, 1940). A prática de atos contrários à moral e aos bons costumes é aferida objetivamente, incluindo as condutas que o direito considera ilícitas, e considerada situação de perda do poder familiar. O genitor, sendo este educador do filho, deve servir de exemplo, agindo de forma honesta e retida, condição fundamental para a boa educação da prole.

Aquele que pratica atos ilegais, afrontando os bons costumes e a moral, não está apto para criar um filho, fornecendo-lhe tudo que deste é de direito, sendo considerado relevante motivo para a perda do poder familiar. O pai que comete reiteradas faltas que ensejam suspensão e modificação do poder familiar, também está sujeito a perda deste.

No entanto, para Dias (2010), não se pode subtrair a possibilidade do magistrado, ao analisar o caso, decidir pela exoneração por fatos que considere incompatíveis com o poder familiar, não se podendo falar em abuso de autoridade.

Enfim, a perda do poder familiar é considerada a sanção mais grave, na medida em que não admite reaver a titularidade e o exercício deste poder ao pai que o perdeu mediante ação de destituição do poder familiar. Em decorrência da gravidade deste instituto, analisa-se detalhadamente os aspectos ocorridos na ocasião e a medida mais adequada que deverá se imposta.

Cumpra ainda esclarecer que o consentimento dos pais poderá ser dispensado se forem desconhecidos ou forem destituídos do poder familiar, de acordo com o que prevê o art. 1.621, §1º do CC e art. 45 do ECA (BRASIL, 1990). Essa forma de dispensa deve ser analisada de forma cuidadosa pelo magistrado, tendo em conta que a sentença que defere a adoção tem como efeito a destituição do poder familiar dos pais biológicos.

O Código Civil inovou no consentimento dos pais biológicos para o processo de adoção, podendo este ser revogável até publicação da sentença constitutiva da adoção, podendo acarretar em insegurança aos pretendentes à adoção, mesmo que o julgador tenha possa analisar o melhor interesse da criança em detrimento do interesse dos adotantes. Entretanto, nos casos em que pais biológicos do adotado são desconhecidos ou tenham sido destituídos do poder familiar, dispensa-se tal autorização. A guarda constitui maneira mais simples de colocação da criança ou adolescente em família substituta, pois não suprime o poder familiar dos pais biológicos. Diferente da tutela, porquanto, esta implica em simples aceitação de um comando alheio ao sujeito, enquanto a guarda requer atitude proativa de quem à busca.

Com a adoção há o rompimento automático do vínculo de parentesco do adotado com a família de origem, salvo os impedimentos matrimoniais. Os pais biológicos não possuem o direito de exigir notícias da criança ou do adolescente adotado. Preceitua o art. 1.626 do Código Civil (BRASIL, 2002) que “a adoção atribui a situação de filho ao adotado, desligando-o de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quando aos impedimentos para o casamento”. A adoção enseja o desligamento definitivo do adotando com seus parentes naturais. Por meio desse instituto é atribuída a condição de filho ao adotando, equiparando-o ao filho consanguíneo, gerando vínculo com todos os parentes do adotante, inclusive no que concerne aos efeitos sucessórios.

Estabelece o art. 47 do ECA (BRASIL, 1990) que a sentença judicial que concede a adoção será inscrita no registro civil, isto é, há o cancelamento do registro de nascimento anterior e a constituição de um novo registro de nascimento, onde constará o nome dos novos pais e dos avós, não havendo qualquer referência sobre a origem da adoção. O legislador ao estabelecer tal procedimento, integra totalmente o menor na nova família, de modo que este possa esquecer o vínculo com os pais biológicos.

Com a adoção, o poder familiar dos pais biológicos é extinto, como determina o art. 1.635, IV, do CC. O adotado é equiparado aos filhos consanguíneos, adquire, pois, todos os direitos e deveres inerentes à condição de filho, ficando submetido ao poder familiar que passa a ser exercido pelo adotante, que terá competência para praticar todos os atos que envolvem o exercício do referido poder estabelecidos no art. 1.634 do CC. Nem mesmo em caso de morte do adotante o poder familiar dos pais naturais é restaurado, conseqüentemente o menor deverá ser posto sob tutela do art. 49 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

8 CONCLUSÃO

O poder familiar é um conjunto de direitos e deveres colocados ao alcance dos pais, para que esses exerçam as suas prerrogativas e busquem contribuir no desenvolvimento, na formação e na criação de seus filhos até que esses alcancem a maioridade. A justificativa para o então “poder familiar” é que uma criança não possui condições de se desenvolver e crescer sem um auxílio que lhe ajude na sua formação moral e material.

No entanto, a partir do momento em que os principais autores designados para a formação íntegra de seus filhos não estão cumprindo o seu papel, ou seja, colocam esses menores em situações de riscos físicos, de abandono moral e material, é dever do Estado intervir para proteger essas crianças e adolescentes. E é com a medida de destituição do poder familiar que o Estado poderá excluir os pais do exercício do poder familiar para garantir aos menores os direitos salvaguardados.

Pode-se concluir que a destituição do poder familiar constitui medida extrema, pois extingue laços entre pai(s) e filho(s). Entretanto, o objetivo não é utilizá-la como punição, pois esta medida visa preservar unicamente a proteção do melhor interesse da(s) criança(s) e do(s) adolescente(s) diante de situações externas que fogem ao seu controle e que muitas vezes podem lhes afetar física e/ou psicologicamente para o resto de suas vidas, cabendo ao Estado amparar e proteger esses menores em situação de vulnerabilidade e/ou perigo.

REFERÊNCIAS

ATAÍDE JUNIOR, V. **Destituição do poder familiar**. Curitiba: Juruá, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 10 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em 10 out. 2020.

BRASIL. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=247357&filename. Acesso em 12 out. 2020.

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 11 out. 2020.

CAMARGO, M. L. **Adoção tardia**: mitos, medos e expectativas. Bauru: EDUSC, 2006.

CARVALHO, J. A. **Tutela, curatela, guarda, visita e pátrio poder**. Rio de Janeiro: AIDE, 1995.

CASSOL, L.; DE ANTONI, C. **Família e abrigo como rede de apoio social e afetiva**. In: D. Dell'Aglio, S. H. Koller, & M. A. Yunes (Orgs.), *Resiliência e psicologia positiva: interfaces do risco à proteção* (p. 173-201). São Paulo: Casa do Psicólogo. 2006.

COMEL, D. D. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

DIAS, M. B. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DIGIÁCOMO, M. J. **Breves considerações sobre a nova lei nacional de adoção**. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=334>. Acesso em: 23 out. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro, volume 5: direito de família**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FÁVERO, E. T. **Rompimento dos vínculos do pátrio poder: condicionantes socioeconômicos e familiares**. São Paulo: Veras, 2001.

FUNDO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A INFÂNCIA. (2005). **Situação da infância brasileira: crianças de 0 a 6 anos: o direito à sobrevivência e ao desenvolvimento**. Disponível em: <http://www.unicef.org.br>. Acesso em: 22 abr. 2016.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro: direito de família**. 6.ed. São Paulo: Saraiva 2009.

GRANATO, E. F. R. **Adoção: doutrina e prática**. Curitiba: Juruá, 2010.

IAMAMOTO, M. V. **Questão Social, família e juventude: desafios do trabalho do assistente social na área sociojurídica**. In: _____. **Política social, família e juventude: uma questão de direitos**. 2. ed. São Paulo. Cortez, 2006.

LEITE, E. **Adoção: aspectos jurídicos e metajurídicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

LIMA, A. **O outro lado da adoção tardia: reflexões sobre uma adoção tardia**. São Paulo: SCORTECCI, 2011.

LOBO, P. **Direito Civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 69-70.

MORÉ, C. L. O. O.; SPERANCETTA, A. Práticas de pais sociais em instituições de acolhimento de crianças e adolescentes. **Psicologia & Sociedade**, Recife, v. 22, n. 3, p. 519-528, 2010.

OLIVEIRA, A. P. G.; MILNITSKY-SAPIRO, C. Políticas públicas para adolescentes em vulnerabilidade social: abrigo e provisoriedade. **Psicologia: Ciência e Profissão**, Brasília, v. 27, n. 4, p. 622-635, 2007.

PICOLIN, G. R. **A adoção e seus aspectos**. 2007. Disponível em: http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=128. Acesso em 27 out. 2020.

RIBEIRO, P. H. S.; SANTOS, V. C. M.; SOUZA, I. M. **Nova lei de adoção comentada: lei nº 12.010 de 03 de agosto de 2009**. Leme: J.H. Mizuno, 2010.

RIZZINI, I.; RIZZINI, I. **A institucionalização de crianças no Brasil: percurso histórico e desafios presentes**. Rio de Janeiro: PUC-RJ. 2004.

SILVA, E. R. A.; AQUINO, L. M. C. **Os abrigos para crianças e adolescentes e o direito à convivência familiar e comunitária**. Brasília: IPEA. 2005. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/sites/000/2/publicacoes/ bpsociais/bps_11/ENSAIO3_Enid.pdf. Acesso em: 22 abr. 2016.

SIQUEIRA, A. C.; DELL'AGLIO, D. D. O impacto da institucionalização na infância e na adolescência: revisão de literatura. **Psicologia & Sociedade**, Recife, v. 18, n. 1, p. 71-80, 2006.

TEIXEIRA, A. C. B. **Família, guarda e autoridade parental**. 2. ed. revista e atualizada de acordo com as leis 11.698/08 e 11.924/09 – Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VERONESE, J. R. P.; GOUVÊA, L. F. B.; SILVA, M. F. **Poder familiar e tutela: À Luz do Novo Código Civil e do Estatuto da Criança e do Adolescente**. Florianópolis: OAB/SC, 2005.

DIREITO CONSTITUCIONAL E PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE: ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA DA MULHER E A INTERFERÊNCIA DO ESTADO

LUANA PEREIRA DE SOUZA:

Graduanda do Curso de Direito
no Centro Universitário Luterano
de Manaus - Ulbra.

RESUMO: O presente trabalho tem a finalidade de analisar, através de pesquisa exploratória, bibliográfica, e da utilização do método dedutivo referente ao tema Direito Constitucional: Princípio da Autonomia da Vontade em dispor do próprio corpo, visando proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torná-lo mais explícito. Baseia-se na lei 9.263/96, e, para efeito comparativo, considera-se o estatuto jurídico da esterilização voluntária em alguns países. A finalidade deste é externar um problema social e o entrave jurídico que a mulher enfrenta quando escolhe renunciar a maternidade e opta pela esterilização voluntária, e também mostrar a evolução dos direitos da mulher na história através de pesquisa bibliográfica, bem como descrever sobre os métodos de esterilização voluntária e a possibilidade de disposição relativa sobre corpo e demonstrar através de pesquisas legislativas, documentais e de meios eletrônicos a interferência do Estado, violando direitos fundamentais da mulher, buscando retirar dessa vasta literatura, inclusive oriunda de tendências teóricas diferentes e até divergentes, as informações que demonstram ser válida a hipótese levantada.

Palavras-Chave: Autonomia da Vontade. Estado. Mulher. Esterilização.

ABSTRACT: This paper aims to analyze, through exploratory and bibliographic research, and the use of the deductive method referring to the theme Constitutional Law: Principle of Autonomy of the Will to dispose of one's own body, aiming to provide greater familiarity with the problem, with a view to make it more explicit. It is based on Law 9.263 / 96, and for comparative purposes the legal status of voluntary sterilization is considered in some countries. Its purpose is to expose a social problem and the legal obstacle that women face when choosing to renounce motherhood and opt for voluntary sterilization, and also to show the evolution of women's rights in history through bibliographic research, as well as describe about the methods of voluntary sterilization and the possibility of relative disposal of bodies and demonstrate through legislative, documentary and electronic research the interference of the State, violating fundamental rights of women, seeking to draw from this vast literature, including from different and even divergent theoretical tendencies, information that proves to be valid the hypothesis raised.

Keywords: Autonomy of Will. State. Woman. Sterilization.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER; 2.1 Os Direitos Da Mulher; 3. MÉTODOS DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA E A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO RELATIVA SOBRE CORPO; 3.1. Métodos De Esterilização Voluntária; 3.1.1 Vasectomia; 3.1.2 Ligadura De Trompas; 3.1.3 A Histerectomia E Ooforectomia; 4. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA; 4.1 Princípio Autonomia Da Vontade; 4.2 Princípio Autonomia Privada; 5. A INTERFERÊNCIA DO ESTADO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER; 5.1 Deveres Negativos Do Estado; 5.2 Disposição Sobre O Tema Em Outros Países; 6. CONCLUSÃO

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 reconheceu, no seu art. 226, § 7º, o direito ao livre planejamento familiar, que é o direito que cada indivíduo tem de decidir livremente se deseja procriar ou não, e planejar o momento em que desejam ter filhos, o espaçamento entre eles e, ainda, de escolher quais métodos contraceptivos deseja utilizar como meio de controle de fecundidade. Em síntese, é a garantia ao direito à procriação em seus aspectos positivos e negativos, devendo o seu exercício estar pautado no ideal de paternidade responsável e dignidade da pessoa humana. Com o intuito de regulamentar a disposição constante da CF/88, foi promulgada a Lei de Planejamento Familiar, nº 9.263 de 1996, que, buscando dar providências e regular o exercício do direito em comento, previu que cabe ao Estado propiciar todos os métodos de concepção e contracepção, através de medidas educativas, preventivas e garantia de acesso à informação e métodos contraceptivos, possibilitando que o homem e a mulher, livremente, planejem e organizem sua estrutura familiar. Saliente-se que a atenção estatal não deve voltar-se, tão somente, àqueles que não querem ter filhos, mas também para a procriação, devendo facilitar a formação da família.

Como decorrência direta da busca pela liberdade, têm-se defendido o direito de cada indivíduo de se determinar de acordo com suas próprias convicções morais, o que no plano político compreende o direito do indivíduo de escolher as normas pelas quais deseja se submeter. Existe, contudo, a compreensão de alguns de que a vida seria bem inviolável e indisponível para o indivíduo, independentemente de sua vontade o que impossibilitaria o exercício pleno da autonomia individual. Será, contudo, que um bem privado, que não afeta diretamente a terceiros ou ao pacto social pode ser objeto de ações estatais para sua proteção contra a vontade de seu titular? O sujeito não possui o direito a escolher as regras que vão reger seu próprio corpo?

Assim, o presente trabalho tem por objetivo demonstrar a inconstitucionalidade da previsão do artigo 10º da Lei de Planejamento Familiar (nº 9.263/96), pois, por conta da inviolabilidade do direito à vida, liberdade e igualdade, preconizados no art. 5º da Constituição Federal, o indivíduo possui direito de exercer a sua autonomia privada, sendo que, nela, insere-se a autonomia de dispor do próprio corpo. Nesse sentido, pretende-se também, neste artigo, demonstrar que, o

condicionamento ao enquadramento do sujeito em requisitos dispostos em lei para 12 dispor do seu próprio corpo, é uma forma de ingerência indevida do Estado sobre o livre planejamento sexual e reprodutivo, bem como sobre o exercício da autonomia do indivíduo, impedindo a sua realização pessoal, e, por conseguinte, o alcance da sua dignidade.

Para o desenvolvimento do mesmo, foi utilizada a metodologia de pesquisa bibliográfica que buscou proporcionar maior familiaridade com o problema visto a torná-lo explícito ou a construir hipóteses, através de livros, periódicos, documentos, e artigos da internet.

2. A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS DA MULHER

As mulheres vêm lutando por seus direitos ao longo dos anos, essa evolução é lenta, mas gradual. A mulher durante toda a história foi tratada de forma preconceituosa, no entanto, é perceptível o caráter evolutivo da temática em nosso constitucionalismo. De acordo com Cabral (2008, p.15), “a organização familiar é produto da organização histórica do ser humano. Isso porque, devido à necessidade de reprodução da espécie eles acabaram encontrando diferentes formas de relação entre si”.

Durante todo processo histórico a sociedade vivenciou diferentes formas de organização doméstica, entre elas, encontra-se o patriarcado, o qual “centra-se na figura masculina” (CABRAL, 2008, p.16). Para que as palavras se concretizem é imprescindível conhecermos a trajetória traçada ao longo do tempo.

Na Constituição de 1824 sequer se cogitava a participação da mulher na sociedade. Na Constituição da República (1889) somente era citada quando se referia à filiação ilegítima, mostrando a falta de importância da figura feminina, que só interessava quando repercutia na esfera patrimonial.

No início do Século XIX mulheres começaram a se organizar para exigir espaço na área da educação e do trabalho. Em 1898, Myrtes de Campos se torna a primeira advogada do país. Enquanto isso, muitas mulheres trabalhavam em condições desumanas, o que reforçou mobilização por condições dignas de trabalho e de segurança.

Em 1880, a dentista Isabel Dillon evocou na Justiça a aplicação da Lei Saraiva, que garantia ao detentor de títulos o direito de votar. Em 1894 foi promulgado em Santos (SP) o direito ao voto, mas a norma foi derrubada no ano seguinte, e só em 1905 três mulheres votaram em Minas Gerais. Em 1917, as mulheres passam a ser admitidas no serviço público. A primeira prefeita é eleita em 1928 em Lages (RN). O

voto feminino se torna direito nacional em 1932. Eleita em 33, Carlota de Queiroz é a primeira deputada federal e participa da Assembleia Nacional Constituinte.

Após mais de cem anos de constitucionalismo homem e mulher são colocados em pé de igualdade na definição de cidadania no texto constitucional de 1934. A mulher passa a ter direitos políticos, o “desquite” é legalizado. Embora fosse uma grande conquista no papel, não o era ainda na sociedade.

Apesar dos avanços, era preciso uma igualdade constitucional para atender as nossas necessidades específicas. Assim, se conquista o primeiro tratamento diferencial, a licença-maternidade. O texto foi um marco fundamental na luta pela igualdade de gênero, pena que o tempo desta Constituição foi pequeno. Em 1946 o casamento voltou a ser indissolúvel, o que significou um retrocesso. A Constituição de 67 estabeleceu uma nova desequiparação, diminuindo o tempo de serviço para a aposentadoria feminina. Nos anos 60, surge a pílula anticoncepcional um marco e uma libertação para as mulheres. Grupos feministas que pregavam um tratamento masculinizado às mulheres surgem na década de 70 protestando por direitos e pendurando sutiãs. Enfim, promulga-se a “Constituição Cidadã”.

A Carta Magna de 88 menciona a igualdade perante a lei e reafirma a igualdade de direitos e obrigações de homens e mulheres. Licenças maternidade e paternidade, proibição de diferenças salariais, proteção no trabalho, estabilidade à gestante, desequiparação na aposentadoria são constitucionalizados como garantias fundamentais.

Não se podem negar os avanços. As mulheres são cidadãs no sentido pleno da palavra, pelo menos na teoria. Na prática, ainda enfrentam jornada dupla de trabalho, discriminação e violência ou simplesmente minorizadas por ser mulher. Mesmo com toda evolução e conquistas, a mulher ainda sofre com interferências externas na sua vida pessoal, encontra imposição do Estado quando escolhe renunciar a maternidade e opta pela esterilização voluntária, não podendo dispor do próprio corpo e tendo seu exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar ferido.

2.1 Os Direitos Da Mulher

No âmbito do Direito, assim como da História, as mulheres permaneceram excluídas durante muito tempo, principalmente devido à divisão sexual do trabalho e em função de sua característica biológica de reprodutora da espécie e da fragilidade frente à força física do sexo oposto – o homem.

A ligação complexa de fatores como a entrada maciça da mulher no mercado de trabalho, a necessidade de reconfiguração da família, o acesso à educação, os

avanços tecnológicos no campo reprodutivo, as relações entre pobreza e feminilidade, têm sido apontados como alguns dos fatores que levaram à necessidade de transformação da condição jurídica da mulher.

A Organização das Nações Unidas (ONU) reconhece que: “promover a igualdade entre homens e mulheres ajuda no crescimento estável e no desenvolvimento de sistemas econômicos, com benefícios sociais mensuráveis através de indicadores econômicos”.

Indica que a discriminação contra as mulheres provoca grave ameaça aos direitos humanos, pois causa forte impacto negativo no desenvolvimento econômico e social (TELES, 2006, p. 13). Conclui que:

Buscar e consolidar melhores condições de vida para as mulheres do mundo, além de uma questão de direitos humanos, deve ser encarado como uma prioridade para o desenvolvimento de uma sociedade mais justa”. (Relatório de Direitos Humanos, ONU, 2000).

Como reitera Teles (2006), os direitos humanos são resultado de uma trajetória construída com muita luta e fortes disputas de interesse. O reconhecimento das mulheres como titulares de direitos humanos é uma conquista histórica que ainda necessita ser consolidada.

A luta das mulheres é uma busca constante na construção de nova moral, novos valores sociais e nova cultura. É essencialmente democrática por nascer da igualdade entre homens e mulheres e evoluir para a igualdade entre todos os homens, suprimindo as intituladas desigualdades de classe.

3. MÉTODOS DE ESTERILIZAÇÃO VOLUNTÁRIA E A POSSIBILIDADE DE DISPOSIÇÃO RELATIVA SOBRE CORPO

De acordo com Fabio Ulhôa Coelho (2012, p. 188) dispõe que:

A esterilização voluntária é uma forma de exercer o direito sobre o corpo. A ordem jurídica reconhece como legítimo o interesse de a pessoa tratar separadamente, em seu corpo, duas dimensões da função sexual: a reprodução da espécie e o prazer especificamente, o interesse de tratar separadamente essas dimensões com o objetivo de neutralizar a primeira e otimizar a outra. Quem deseja usufruir o prazer sexual sem correr o risco de procriar pode submeter-se a procedimentos cirúrgicos de esterilização.

Logo, entende-se que a esterilização voluntária é a possibilidade dada aos indivíduos de disporem sobre sua capacidade reprodutiva, a materialização do exercício do seu direito reprodutivo e planejamento familiar, ao passo que decide por não procriar, e, por conseguinte, não ter filhos ou aumentar a prole.

Durante muito tempo, a esterilização voluntária cirúrgica foi considerada lesão corporal pois se considerava que ocorria a perda ou inutilização de membro, sentido ou função. Entretanto, com o advento da Lei 9.263/96, a prática da esterilização foi autorizada, todavia, condicionada a alguns requisitos que serão tratados mais adiante. Com a evolução da sociedade e, por conseguinte do ordenamento jurídico que deve acompanhar essas mudanças, hoje, o ordenamento já admite a disposição do corpo através da esterilização voluntária, todavia, condiciona o exercício desse direito a requisitos impostos na lei, impossibilitando a plena concretização da autonomia privada, dignidade e liberdade individual do homem, que são fundamentos, inclusive, para a possibilidade dos direitos da personalidade.

3.1. Métodos De Esterilização Voluntária

3.1.1 Vasectomia

A vasectomia é um dos métodos contraceptivos utilizados pelo homem, e conforme descrito no Manual Global para Profissionais e Serviços de Saúde liberado pela OMS (Organização Mundial da Saúde), o procedimento ocorre:

A vasectomia é um dos métodos contraceptivos utilizados pelo homem, e conforme descrito no Manual Global para Profissionais e Serviços de Saúde liberado pela OMS (Organização Mundial da Saúde), o procedimento ocorre: Através de uma punctura ou pequena incisão no escroto, o profissional localiza cada um dos 2 tubos por onde o esperma é transportado até o pênis (vaso deferente) e corta e bloqueia o mesmo, cortando e amarrando-o de modo a fechalho ou aplicando calor ou eletricidade (cautério). Funciona por meio do fechamento de cada vaso deferente, fazendo com que o sêmen não contenha espermatozoides. O sêmen é ejaculado, mas não pode provocar uma gravidez (2007, p. 183).

Tal método cirúrgico é considerado pelos médicos como definitivo, todavia, pode o homem se submeter à vasovastomia com o fito de religar o canal deferente cortado na vasectomia. Assim, a irreversibilidade não é absoluta, muito embora as chances de sucesso dependam do caso concreto.

3.1.2 Ligadura De Trompas

A ligadura de trompas ou laqueadura tubária é um procedimento cirúrgico para esterilização na qual as duas trompas da mulher podem ser cortadas, amarradas, cauterizadas ou fechadas com grampos ou anéis, impedido que os espermatozoides se encontrem com o óvulo.

A laqueadura se submete aos mesmos requisitos da vasectomia, podendo ser realizada por mulheres com capacidade civil plena e maiores de 25 anos de idade, ou pelo menos com dois filhos vivos, desde que observado o prazo mínimo de 60 dias entre a manifestação da vontade e o ato cirúrgico. Pode ainda ser executada nos casos em que há risco de vida para mulher ou riscos para a saúde da mulher ou do future bebê, conforme previsão da lei de planejamento familiar.

3.1.3 A Histerectomia E Ooforectomia

A lei de planejamento familiar autoriza a esterilização cirúrgica por meio da vasectomia e ligadura de trompas, ou por qualquer outro meio cientificamente aceito. Todavia, se preocupou em vedar expressamente a utilização da histerectomia e ooforectomia, prevendo, inclusive, majoração da sanção penal se a esterilização for realizada por um desses meios.

A histerectomia consiste na retirada do útero, enquanto a ooforectomia é a retirada dos dois ovários. A vedação ocorre por conta risco de complicações que tais procedimentos podem trazer à saúde, sendo uma forma de lesão corporal. A retirada dos ovários e útero acaba por destituir o corpo dos principais responsáveis pela produção de hormônios femininos, causando riscos à saúde da mulher. Ademais, traz outros riscos à saúde como riscos de coágulos, infecção, reação alérgica, e até risco até de morte.

4. PRINCIPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE E AUTONOMIA PRIVADA

4.1 Princípio Autonomia Da Vontade

O princípio da autonomia da vontade é, historicamente, um dos pilares do direito privado. A palavra autonomia deriva do grego e significa competência para determinar-se por si mesmo. Sobre o vocábulo vontade, Érico de Pina Cabral (2004, p. 90-1) diz que o termo vontade tem origem latina – voluntas, significando um desejo, o ato de querer: vontade é a faculdade que tem o ser humano de querer, escolher, de livremente praticar ou deixar de praticar determinados atos. A partir disto, o autor traça seu conceito: “Autonomia significa o poder de se autogovernar. É a faculdade de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha. Direito de tomar decisões livremente, com liberdade, independência moral

ou intelectual. É o contrário de heteronomia, que significa a sujeição a uma lei exterior ou à vontade de outrem, com ausência de autonomia.

4.2 Principio Autonomia Privada

Segundo Francisco Amaral (1989, p. 210), define-se a autonomia privada como o poder que os particulares têm de regular, pelo exercício de sua própria vontade, as relações de que participam, designando-lhes a respectiva disciplina jurídica.

Apesar do conceito semelhante, a distinção entre as autonomias, privada e da vontade, é destacada por Érico de Pina Cabral (2004, p. 111): "(...) numa visão simplista dos institutos, pode-se resumir a diferença afirmando que a autonomia da vontade relaciona-se com a liberdade de autodeterminação (manifestação da vontade livre) e a autonomia privada ao poder de autorregulamentação (normas estabelecidas no interesse próprio)".

5. A INTERFERÊNCIA DO ESTADO E A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

A maternidade, ainda nos dias de hoje, é uma conduta muito esperada e incentivada nas mulheres, principalmente porque a sociedade impõe as mulheres o dever de procriar, de cuidar, de ser feliz e completa somente depois de ter filhos. Isso tudo por causa de sua capacidade biológica de gestar, sendo indiscutível o seu papel, como mulher, o de ser mãe. Sendo a maternidade, desta forma, compulsória. Uma verdade absoluta.

Resultado disso é a grande dificuldade que as mulheres enfrentam em dispor de seus próprios corpos, de escolher quando e se querem ser mães. É como se uma gravidez nunca pudesse ser indesejada: elas são culpadas pelas falhas dos métodos contraceptivos – que, aliás, não são incomuns –, são julgadas se engravidam sem planejamento, e, ao mesmo tempo, não podem interromper uma gravidez indesejada, pois o aborto continua sendo criminalizado no Brasil.

A mudança do papel da mulher na sociedade trouxe esta possibilidade de escolha. "É uma conquista do sexo feminino", porém sofre interferência direta do Estado quando a decisão é a Esterilização. A nossa Constituição Federal, dispõe, no artigo art. 226, §7º que:

Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

Complementando o disposto acima da Constituição, foi promulgada a Lei 9.263/96 de Planejamento Familiar, reconhece e assegura a todo cidadão, e não só ao casal, o direito de organizar-se em familiar e a planejarem de maneira livre, não podendo nem o Estado, nem a sociedade ou quem quer que seja estabelecer limites ou condições no processo decisório de constituição, limitação ou aumento da prole, vez que tais decisões se encontram dentro do âmbito da autonomia privada do indivíduo. O planejamento familiar, além de estar previsto, positivado e protegido constitucionalmente e em lei própria, também está positivado no nosso código civil, no § 2º do art. 1.565, que em suma reconhece o planejamento familiar como de livre decisão do casal, cabendo ao Estado fornecer os recursos necessários, principalmente educacionais e financeiros para o seu exercício consciente.

Na petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5097, que tem como relator Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal (STF), ajuizada pela Associação Nacional de Defensores Públicos (ANADep), foi trazido o conceito do que seria o planejamento familiar:

Inicialmente cumpre salientar que apesar do texto constitucional adotar o termo “planejamento familiar”, fala-se atualmente em planejamento “reprodutivo”, uma vez que pode ser exercido fora do contexto da família, ou seja, a decisão poderá ser tomada pelo indivíduo no sentido de não ter filhos e de não constituir uma família. Ademais, o termo é mais amplo e pode abranger agrupamentos de pessoas que não necessariamente sejam definidas como família.

O planejamento reprodutivo pode ser definido como conjunto de ações de regulação da fecundidade, que possibilite o livre exercício do direito da constituição, da limitação ou do aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal. Ele é orientado por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso ao igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para que a mulher, o homem ou o casal exerçam de forma livre o seu direito de escolher se terão ou não filhos, e quantos filhos terão.

Os direitos sexuais envolvem um dever negativo do Estado, de NÃO se envolver na escolha do sujeito de exercer a sua sexualidade, todavia, envolve também uma prestação positiva de garantir o seu exercício (MATTAR, 2008, p. 76).

5.1 Deveres Negativos Do Estado

Falar de direitos negativos quer dizer que deve haver uma abstenção por parte do Estado, ou seja, é uma obrigação “de não fazer”, não interferir na esfera de liberdade e autorregulação dos indivíduos. O planejamento familiar em sua dimensão negativa, nas palavras J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 858) “traduz-se na garantia da liberdade individual salientando-se, sobretudo, as capacidades cognitivas e a capacidade para autodeterminação”, o que significa dizer que não cabe ao Estado definir se o sujeito irá procriar, quando isso irá acontecer e/ou limitar ou delimitar o número de filhos, sendo garantido ao livre exercício dos direitos reprodutivos e sexuais.

Desta forma, é proibida a realização de políticas públicas para fins de controle demográfico, conforme previsto do art. 2º, § único, da Lei 9.263/96. Ademais, a Constituição Federal, veda expressamente, que instituições oficiais ou privadas, imponham coercivamente a esterilização impedindo o livre planejamento familiar, deixando claro que “não deve vincular direito e acesso aos serviços de planejamento familiar às políticas de controle demográfico” (COSTA, 2009, p. 5).

Os direitos reprodutivos trazem para o Estado o dever negativo de não interferir no poder de escolha do indivíduo sendo-lhe garantida uma liberdade individual, via de regra, inviolável – de se deseja conceber, e em caso positivo, quantos filhos deseja ter e o espaçamento entre as gravidezes.

No tocante aos direitos sexuais, “[...] o Estado não deve regular a sexualidade e as práticas sexuais, tendo o dever de coibir práticas discriminatórias que restrinjam o direito à livre orientação sexual ” (JARDIM, 2012, p.3).

Desta forma, não cabe ao Estado regular práticas e o exercício da sexualidade do sujeito, que tem o direito devendo ser garantido a livre orientação sexual e disposição do corpo, pois a escolha dos indivíduos deve ser livre de qualquer forma de estímulo ou desestímulo estatal, mas tem o estado o dever positivo de ser garantidor do livre exercício.

5.2 Disposição Sobre O Tema Em Outros Países

Na Finlândia, a esterilização humana é regulada pela lei 1970/283. Como critérios, o interessado deve ter idade mínima de 30 anos e 3 filhos. Os cidadãos Russos são autorizados apenas com a idade acima de 35 anos ou a presença de 2 crianças, ou se existir indicações médicas. Em Belarus, é permitido a partir de 35 anos ou dois filhos ou por razões médicas com idade superior a 18 anos.

Na Ucrânia, a esterilização só é permitida por razões médicas. A autorização no Cazaquistão só é permitida a cidadãos com mais de 35 anos de idade ou a presença de 2 ou mais filhos, ou se existem indicações médicas.

Na Suécia é permitido a partir de 25 anos. No Quirguistão é permitido a partir dos 18 anos. A legislação de Portugal também apresenta alguns requisitos para a esterilização voluntária, entretanto, a legislação portuguesa se mostra um tanto mais aberta do que a legislação brasileira, pois considera-se menos requisitos. Nesse sentido, é a Lei portuguesa nº 3/84, que trata da educação sexual e planejamento familiar. Os únicos requisitos para a esterilização voluntária são: idade acima de 25 anos, declaração escrita e assinada, requerendo a realização do procedimento, bem como explicitando que a pessoa foi esclarecida sobre a intervenção; essa declaração deverá ter ainda o nome e assinatura do médico solicitado a intervir.

É imprescindível dilucidar o porquê de existir tais normas. Primeiramente devemos lembrar que a integridade física é um direito da personalidade e, portanto, é relativamente indisponível e irrenunciável. Assim, a pessoa não pode dispor do próprio corpo como bem entender, pois a integridade física é tutelada pelo Estado. O art. 13 do Código Civil determina que a pessoa pode dispor do seu corpo desde que não haja diminuição da integridade física ou contrariar os bons costumes. Excepcionalmente, a lei permite em certas disposições legais a permissibilidade de a pessoa dispor de seu corpo, como ocorre, por exemplo, nos casos especificados nas Leis 9434/97 e 10.211/01. A autonomia sobre o corpo é disponível, mas relativa, pois a vida humana guarda especial proteção constitucional. O ordenamento jurídico preocupa-se com o comprometimento do direito à vida, que é o bem maior, por esse motivo, ele coíbe a prática de atos que possam vir afetá-la negativamente.

Mas a inconstitucionalidade do referido artigo não se encontra apenas no inciso primeiro, encontramos isso nos parágrafos que lhe seguem, especialmente no parágrafo 5º. Vejamos: §5º Na vigência de sociedade conjugal, a esterilização depende do consentimento expresso de ambos os cônjuges.

Aqui a ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, a liberdade de pensamento e também a disposição do próprio corpo demonstram a inconstitucionalidade existente. Ou seja, diante de um casamento faz-se necessário que os dois assinem consentido que um faça a esterilização voluntária. Ou seja, um do cônjuge passa a ter o direito sobre o corpo do outro nesse momento.

Por que o cônjuge tem que consentir se o casamento não tem a função principal a reprodução? Por que um cônjuge tem o direito sobre o corpo do outro, se realiza ou não a cirurgia? No caso desse parágrafo 5º. da Lei do Planejamento Familiar, foi ajuizada uma ação direta de inconstitucionalidade – ADI 5097, tendo sido protocolada no ano de 2014. Aguardamos ansiosamente o resultado dessa ação direta de inconstitucionalidade esperando que seja julgado o pedido procedente e declarada a inconstitucionalidade do referido parágrafo.

6. CONCLUSÃO

Observa-se atualmente o advento de um novo paradigma de Estado, o da pós-modernidade. Enquanto ciência social, o direito está conectado às transformações civis, econômicas e políticas, portanto, relacionado à própria vida humana. Assim, quando suas fontes, instrumentos e metodologia se tornam obsoletos e insuficientes, ocorre a necessidade de adequar as estruturas aos novos questionamentos que se apresentam.

Nesse patamar, evidenciam-se as mutações observadas no Direito Civil, pilar fundamental do direito por excelência, que vem cada vez mais sendo relido à luz da Constituição Federal, criando um Direito Civil Constitucional, atribuindo aos conteúdos clássicos uma nova relação axiológica.

No que tange à efetivação do livre planejamento familiar, cabe ao Estado, somente realizar ações educativas e preventivas para garantir o acesso igualitário a todos os métodos de controle de fecundidade, seja para propiciar a concepção ou contracepção. Nesta senda, o direito de gerar ou não, deve ser exercido por cada indivíduo sem qualquer restrição ou regra que entre em choque com princípios e garantias constitucionais, por estarem amplamente ligado com o alcance da dignidade, e exercício da intimidade e autonomia pelos sujeitos.

Tal afirmação implica no entendimento de que as escolhas feitas pelos sujeitos com o intuito de resguardar a família não devem ser coibidas pelo Estado, salvo se venham a atentar contra a moral, bons costumes e ordenamento jurídico, isso porque, este deve ser o menos interventor possível, isso porque a família é vista como meio de promoção da felicidade e dignidade dos seus integrantes, cabendo a estes decidirem acerca de sua composição, formação e concepção. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana só se materializa quando o indivíduo possui autonomia sobre suas ações, sendo livre para traçar seu destino e alcançar sua felicidade.

Levando em consideração a questão do planejamento familiar deve ser exercido pautado no princípio da dignidade da pessoa humana, pode-se extrair que esse direito deve ser exercido livremente, permitindo que o sujeito decida, dentre os métodos disponíveis, qual ou quais irá utilizar para fins de controle de fecundidade e planejamento reprodutivo, inclusive a esterilização. Ato contínuo, não se pode interpretar o exercício do planejamento familiar de forma a barrar o direito que lhe dá validade, o qual tem como desdobramento a possibilidade de disposição do próprio corpo, que se entende como o direito do indivíduo, como proprietário de cada parte que compõe o corpo, de decidir se deseja abrir mão ou não da sua capacidade reprodutiva, sem qualquer ingerência estatal ou de terceiros. Em suma, não pode o Estado impor restrições à autodeterminação da pessoa, impedido a realização da esterilização, por respeito à liberdade do sujeito de decidir se deseja procriar, bem como de regular sua vida sexual e seu seio familiar.

Diante de todo o exposto, conclui-se pela inconstitucionalidade do art. 10º da Lei 9.263/96 – Lei de Planejamento Familiar – haja vista que está em dissonância com princípios e direitos fundamentais expressos na Carta Maior, principalmente os princípios da dignidade da pessoa humana, e o direito à liberdade, que fundamenta a autonomia, ao impor condicionamentos para dispor do próprio corpo e para o exercício do direito fundamental ao livre planejamento familiar, sendo, portanto, inválida por desconformidade com o regramento superior.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Francisco. **Direito Civil: introdução**. 6ed. rev. atual. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

A autonomia privada como princípio fundamental da ordem jurídica: perspectivas estrutural e funcional. Revista de Informação Legislativa, v. 26, n. 102, p. 207-230, abr./jun. 1989. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181930>>. Acesso em: 10/04/2021.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria Geral da Relação Jurídica**. Coimbra: Coimbra Editora, 1998. v. 2.

BERTI, Natália. **Da Autonomia da Vontade à Autonomia Privada: Um Enfoque Sobre o Paradigma da Pós-Modernidade**. Revista de Direito Privado, São Paulo, Revista dos Tribunais, v.57, p. 69-94, abril/2021.

BESSONE, Darcy. **Do contrato: teoria geral**. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. **Autonomia privada e negócio jurídico**. Revista do Curso de Direito da UNIFACS, Porto Alegre, v.5, p.69-87, abril/2021.

BASTOS, Camila Ferraro. **Esterilização e Planejamento Familiar: Uma Análise à Luz da Possibilidade da Disposição Relativa sobre o Corpo**, 2016. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Camila%20Ferraro%20Bastos.pdf>. Acesso em : 10/04/2021.

BARROS, Rodrigo Janot Monteiro. **Manifestação ADI 5.097/DF**. Brasília, 28 de setembro de 2015. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5097&classe=ADIM&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=MAcesso em 11/04/2021>.

BOTTEGA, Clarissa. **Liberdade de não procriar e esterilização humana**. Revista Jurídica da Universidade de Cuiabá, Cuiabá. v. 9. n. 2. p. 43/64. jul/dez. 2007

CABRAL, Érico de Pina. **A “autonomia” no direito privado**. In: Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 19(5)83-129, jul/set 2004.

CABRAL, Melissa Karina. **Manual de direitos da mulher**. 1ª. ed. Leme - SP: Mundi Editora e Distribuidora Ltda - ME, 2008. v. 01.

COUTINHO, Aldacy Rochid. **A autonomia privada: em busca da defesa dos direitos fundamentais dos trabalhadores**. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). Constituição, direitos fundamentais e direito privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

COSTA, Ana Maria. **Planejamento familiar no Brasil**. Revista Bioética, v. 4, n. 2, 2009.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das Famílias**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Civil. Parte Geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

COIMBRA, Patrícia. **Direito das Mulheres Pós-Constituição: um estudo descritivo**. 2011. Disponível em: file:///C:/Users/POSITIVO/Downloads/direito_mulheres_coimbra.pdf. Acesso: 13/04/2021.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 25/04/2021.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

FACHIN, Luiz Edson. Novo conceito de ato e negócio jurídico. Curitiba: Educa, Scientia et Labor, 1988

FRANÇA, Beatriz. **A (des)construção do direito privado em face da despatrimonialização** do sujeito de direito civil constitucional – aspectos constitucionais da autonomia privada. In: NALIN, Paulo Roberto Ribeiro (Org.). Contrato & Sociedade: a autonomia privada na legalidade constitucional. Curitiba: Juruá, 2006. v.2.

FERREIRA, Ana Vitoria Rodrigues; LIMA, Flávia de Sousa. **Renúncia à maternidade e a interferência do Estado: da lei 9263/96 ao direito comparado**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XX, n. 163, ago 2017. Disponível em: <[Boletim Conteúdo Jurídico n. 1015 de 22/05/2021 \(ano XIII\) ISSN - 1984-0454](http://ambito-</p></div><div data-bbox=)

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19236. Acesso em 25/04/2021.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Segunda seção. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 2. ed. SP: Atlas, 1991.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: Direito de família**. Vol. VI. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JARDIM, Renata Teixeira. **Esterilização feminina na ótica dos direitos reprodutivos, da ética e do controle de natalidade**. 09 abril 2012. Disponível em: Acesso em: 22/04/2021.

LAKATOS, Eva e Marconi, Marina. **Metodologia do Trabalho Científico**. SP: Atlas, 1992.

MATTAR, Laura Davis. **Reconhecimento jurídico dos direitos sexuais: uma análise comparativa com os direitos reprodutivos Humanos**, v. 5, n. 8, p. 60-83, 2008.

Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Direitos sexuais, direitos reprodutivos e métodos anticoncepcionais** / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Ministério da Saúde, 2009.

ONU. United Nations Development Programme's Regional Bureau for Europe and the CIS. Drafting gender-aware legislation: how to promote and protect gender equality in central and eastern europe and in the commonwealth of independent states. Slovakia, 2003.

PAULA, Paula Lemos de; RIVA, Léia Comar. **Evolução histórica dos direitos das mulheres no direito de família brasileiro**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5546, 7 set. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/62448>. Acesso em: 13 nov. 2019.

PIOVESAN, Flavia. **Direitos humanos, civis e políticos: a conquista da cidadania feminina. In: O Progresso das Mulheres no Brasil 2003–2010** / Organização: Leila Linhares Barsted, Jacqueline Pitanguy – Rio de Janeiro: CEPIA ; Brasília: ONU Mulheres, 2011.

PIOVESAN, Flávia. **DIREITOS HUMANOS GLOBAIS JUSTIÇA INTERNACIONAL E O BRASIL**. Disponível: http://www.escolamp.org.br/arquivos/15_07.pdf. Acesso: 25/04/2021.

SARMENTO, Daniel. **Os princípios constitucionais da liberdade e da autonomia privada, in Dos Princípios Constitucionais: Considerações em torno das normas principiologicas da Constituição**, São Paulo, Malheiros, 2003

TELLES, Maria Amélia de Almeida. **Breve história do feminismo no Brasil**. São Paulo, Brasiliense, 2003, 1999. (Coleção tudo é história; 145). ____ O que são direitos humanos das mulheres. São Paulo: Brasiliense, 2006. (Coleção primeiros passos; 321).

TRINDADE, José Damião. **História social dos Direitos Humanos**. São Paulo: Fundação Petrópolis, 2002.

RATTI, Fernanda Cadavid. **Autonomia da vontade e/ou autonomia privada?** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 20, n. 4311, 21 abr. 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38318>. Acesso em: 11 nov. 2019.

RUIZ, João Álvaro. **Metodologia Científica: guia para eficiência nos estudos**. 4. ed. SP: Atlas, 1996.

STF. ADI 5.097/DF. Rel.: Min. Celso de Mello. Acesso em: 10 nov. 2019.

SANTOS, Natália Petersen Nascimento. Autodeterminação individual: **Pode o sujeito dispor do próprio corpo ou da própria vida?** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 13 nov 2019. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/46064/autodeterminacao-individual-pode-osujeito-dispor-do-proprio-corpo-ou-da-propria-vida>. Acesso em: 26/04/2021.

SÃO PAULO (estado) **A Evolução dos Direitos das Mulheres**. Disponível em <http://estadodedireito.com.br/a-evolucao-dos-direitos-das-mulheres1/>, pesquisa realizada em 27/04/2021

VADE MECUM, Ed. 18 – São Paulo: Saraiva, 2017.

CRIMES DE TRÂNSITO: DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE?

LUCAS CARDOSO AGUIAR.

Acadêmico de Direito na
Universidade de Gurupi – Unirg

WENAS SILVA SANTOS⁶⁶

(orientador)

RESUMO: Um dos assuntos mais debatidos na área criminal sobre o trânsito diz respeito ao dolo eventual e a culpa consciente. Esses institutos são extremamente parecidos, mas que possuem efeitos práticos distintos. Ambos ocorrem no momento em que o agente, ao realizar uma conduta, prevê o risco de ocorrer ofensa a um bem jurídico penalmente tutelado e relevante, mas mesmo assim ele continua agindo, ocorrendo a dita ofensa. Diante disso, o presente estudo tem como objetivo discorrer a respeito de qual desses institutos deva ser aplicado no caso de crimes de trânsito, em especial o regulado pela Lei nº 13.564/17. Na metodologia, trata-se de uma revisão da literatura, baseada em artigos científicos, doutrina jurídica, jurisprudência e legislação vigente. Nos resultados, chegou-se à conclusão de que não existe uma resposta pronta no que se refere ao dolo eventual ou à culpa consciente, uma vez que cada caso tem a sua peculiaridade e é necessário ter a certeza da intenção ou no caso da aceitação do risco no ato praticado.

Palavras-chave: Crimes de Trânsito. Dolo. Culpa. Consciência. Legislação.

ABSTRACT: One of the most debated subjects in the criminal area about traffic concerns eventual deceit and conscious guilt. These institutes are extremely similar, but they have different practical effects. Both occur at the moment when the agent, when carrying out a conduct, foresees the risk of offending a legally protected and relevant legal asset, but even so he continues to act, occurring the said offense. Therefore, the present study aims to discuss which of these institutes should be applied in the case of traffic crimes, especially the one regulated by Law No. 13,564 / 17. In the methodology, it is a literature review, based on scientific articles, legal doctrine, jurisprudence and current legislation. In the results, it was concluded that there is no ready answer with regard to possible intent or conscious guilt, since each case has its peculiarity and it is necessary to be sure of the intention or in the case of acceptance of the risk in the act practiced.

Keywords: Traffic Crimes. Dolo. Fault. Consciousness. Legislation.

66 Mestre em Direito, Professor Universitário no curso de Direito na Universidade de Gurupi – UNIRG.

Sumário: Introdução. 1. Crimes de Trânsito: Realidade Social. 1.1 O uso do álcool como forma de ocasionar mortes no trânsito. 2. Dolo Eventual e Culpa Consciente: Definições. 3. Dolo Eventual ou Culpa Consciente aplicado aos crimes de trânsito. Considerações Finais. Referências Bibliográficas.

INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais recorrentes nas últimas décadas é o aumento dos acidentes de trânsito causados devido à embriaguez. Diariamente ocorrem inúmeros acidentes de trânsito onde é verificado que o condutor está embriagado. Em muitos casos, esses acidentes resultam em morte. A situação é tão preocupante, que a ONU (Organização das Nações Unidas) trata o problema como uma questão de saúde pública (CARVALHO, 2018).

A título de exemplo, dados recentes coletados no mundo, mostrou que a cada ano cerca de 1,2 milhões de pessoas morrem em decorrência dos acidentes de trânsito, enquanto o número de pessoas acometidas pela totalidade de acidentes é de aproximadamente 50 milhões ao ano. No Brasil, estima-se que todos os anos 35 mil pessoas perdem a vida no trânsito, numa proporção de 18 mortos para cada 10 mil veículos. Além disso, a média de feridos no Brasil devido a acidentes de trânsito é de 300 mil pessoas, sendo que destas, 100 mil ficam com lesões irreversíveis (DIAS, 2020).

Frente a essa realidade, é de suma importância analisar como se adequará a aplicação dos institutos do dolo eventual e culpa consciente aos crimes de trânsito, mais precisamente do homicídio, lesão corporal e "racha", todos com embriaguez, uso de substâncias psicoativas, ou não. Visto que, embora seja discutido desde a inclusão do atual Código de Trânsito Brasileiro, tal assunto ainda gera celeuma e polêmicas entre doutrinas e jurisprudências.

Uma das ações mais efetivas para conter esse aumento, está atrelada a ideia de uma severidade na punição estatal. Para isso, adentrou no ordenamento jurídico brasileiro a Lei nº 13.546/2017 que veio para materializar essa ideia, trazendo diversas qualificadoras, aumentando a pena em abstrato especialmente no delito de Homicídio – artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro (BRASIL, 2017).

Para a realização da pesquisa foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico e documental. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras das leis, da Constituição Federal, de revistas jurídicas, de livros e artigos vinculados à análise da aplicação do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de trânsito de outras doutrinas disponíveis relacionadas ao tema.

A abordagem qualitativa de investigação foi utilizada neste trabalho, pois é a forma mais adequada para se entender a natureza de um fenômeno, sem técnicas

estatísticas. O método da pesquisa utilizada no trabalho se pautou no indutivo, em que, a partir de premissa expressa pelos atores pertencentes aos crimes de trânsito e infere-se uma terceira premissa (GIL, 2010).

Com base nisso, o presente estudo tem como objetivo discorrer sobre a aplicabilidade dos institutos dolo eventual e culpa consciente aos crimes de trânsito. Busca-se com esse tema apresentar quais os critérios e entendimentos ao qual o jurista tem a respeito de qual modalidade a conduta de tal agente se enquadra, se dolo eventual, ou se culpa consciente, visto que existe uma sutil, todavia imensa, diferença entre ambos os institutos do Direito Penal.

1 CRIMES DE TRÂNSITO: REALIDADE SOCIAL

Antes de se adentrar ao tema específico desse estudo, cabe inicialmente discorrer a respeito de um dos assuntos que mais tem sido discutido na sociedade: a alta taxa de crimes de trânsito. É surpreendente que mesmo com o aumento do rigor da lei sobre a penalidade dos agentes que cometem crimes no trânsito, esse tipo de crime ainda ocorre de maneira contínua e diária.

Diversas pesquisas têm mostrado que os crimes no trânsito são uma das principais causas de mortes de cidadãos no mundo e especialmente no Brasil. A título de exemplo, em um dado feito em 2017 no Estado de São Paulo no período de janeiro a maio mostrou que uma pessoa é presa a cada 22 mortes ocorridas em acidentes de trânsito (NETTO, 2018).

Além dos crimes no trânsito, os acidentes também possuem números elevados de mortes. Em 2018, por exemplo, os dados mostraram uma realidade alarmante: ocorreram 23,4 mortes por 100 mil habitantes. A respeito desse índice, Saragiotto (2020, p. 02) concluiu que no Brasil, “1 pessoa morre a cada 15 minutos por causa de acidentes de trânsito. A cada 2 minutos 1 ser humano sofre sequelas por causa de ferimentos”.

Esses dados tem sido corroborados com os propagados pela OPAS (Organização Pan-Americana da Saúde) ao qual vem afirmando que a cada ano, a vida de aproximadamente 1,35 milhão de pessoas é interrompida devido a um acidente de trânsito. Entre 20 e 50 milhões de pessoas sofrem lesões não fatais, muitas delas resultando em incapacidade (OPAS/OMS, 2019).

Em dados mais recente, de janeiro a março de 2020, o Brasil registrou mais de 89.028 acidentes no trânsito, um aumento de mais de 14 mil casos em relação aos dados do ano anterior. Essas informações, cabe salientar, divulgadas no relatório estatístico da seguradora DPVAT (Danos Pessoais por Veículos Automotores

Terrestres), são do primeiro trimestre, antes das medidas de isolamento social serem adotadas no país em decorrência do Coronavírus (Covid-19). (UNIEDUCAR, 2020).

Diante desses índices preocupantes, muito tem se debatido sobre as causas que levam a ocorrência de crimes e acidentes de trânsito. Estudos apontam uma série de fatores, tais como: alta velocidade, não uso do capacete por parte dos motociclistas e de cinto de segurança para motorista e passageiros, distração, infraestrutura viária, veículos inseguros, falta de socorro após o acidente e o não cumprimento das normas de trânsito finalizam a lista com fatores que mais causam acidentes e levam à morte milhares de vidas anualmente (AMARAL, 2018).

Uma vez ocorrido algum acidente ou crime no trânsito, emerge para o Direito a busca pela autoria do delito e a sua penalização. Nesse ponto é preciso discorrer a respeito da legislação brasileira frente a esse contexto.

Historicamente, o primeiro Código Nacional de Trânsito foi instituído pelo Decreto Lei nº 2.994, em 28 de janeiro de 1941, e disciplinava a circulação de veículos automotores de qualquer natureza, nas vias terrestres, abertas à circulação pública, em qualquer ponto do território nacional (BRASIL, 1941).

Esse Código teve pouca duração, apenas oito meses, sendo revogado pelo Decreto Lei n. 3.651, de 25 de setembro de 1941, que lhe deu nova redação criando o CONTRAN (Conselho Nacional de Trânsito), subordinado ao Ministério da Justiça, e os CRT (Conselhos Regionais de Trânsito) nas capitais dos Estados FRANZ; SEBERINO, 2012).

O Segundo Código Nacional de Trânsito (Decreto-Lei n. 3.651/41) teve vigência por mais de 20 anos e foi revogado em 1966, pela Lei n. 5.108/66, composta de 131 artigos. A nova lei vigorou por 31 anos até a aprovação do atual CTB (Código de Trânsito Brasileiro), Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (MOLETA, 2017).

Sobre esse Código, tem-se:

O Código de Trânsito Brasileiro é um código de Paz. Traz um capítulo dedicado ao cidadão, um à condução de escolares, um sobre os crimes de trânsito e um exclusivo para pedestres e veículos não motorizados. Diretamente o Código de Trânsito atinge toda a população com o intuito de proteger e proporcionar maior segurança, fluidez, eficiência e conforto. Seu foco principal é nos elementos do trânsito – o homem, o veículo e a via. Sempre que há a quebra de alguma das regras contidas neste Código de Paz, surgem questões jurídicas que, somadas ao clamor social e à atual apelação midiática, tornam

a aplicação do Direito Penal ligado ao trânsito cada vez mais complexa (MOLETA, 2017, p. 02).

Após o surgimento do Código de Trânsito Brasileiro em 1997, diversas outras normas surgiram a fim de trazer maior segurança aos condutores, passageiros e pedestres. Tem-se como exemplo a Lei nº 11.334/06 que deu nova redação ao art. 218 alterando os limites de velocidade para fins de enquadramentos infracionais e de penalidades; a Lei nº 12.760/2012 conhecida como a Lei Seca; a Lei nº 12.971/14 que altera os arts. 173, 174, 175, 191, 202, 203, 292, 302, 303, 306 e 308 para dispor sobre sanções administrativas e crimes de trânsito; dentre outras.

Dentre esse agrupamento de normas de trânsito, para análise desse estudo, encontra-se a Lei nº 13.546/2017 que dispõe sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores, cuja uma das principais causas é o uso excessivo do álcool, ao qual será analisado a seguir.

1.1 USO DO ÁLCOOL COMO FORMA DE OCASIONAR MORTES NO TRÂNSITO

Além das causas descritas no tópico acima, outra está diretamente ligada às mortes no trânsito: condução sob influência de álcool ou outras substâncias. O perigo de uma colisão no trânsito já se inicia com baixos níveis de concentração de álcool no sangue e aumenta significativamente quando a Concentração de Álcool no Sangue (BAC) do motorista é $\geq 0,04$ g/dl (OPAS/OMS, 2019).

Os casos de acidente ocasionados por embriaguez ao volante vêm sendo crescente a cada dia na sociedade. É comum se deparar com os noticiários, pelo menos uma vez ao dia, onde mostra situações que envolvam acidentes ocorridos pela existência de embriaguez na direção de veículo automotor (CARVALHO, 2018).

Alguns anos atrás, o enfoque dos acidentes de trânsito era a existência de disputa automotiva ilegais em alta velocidade – popularmente conhecido como “rachas”. Contudo, estudo divulgado pelo Ministério da Saúde aponta que 21% dos acidentes registrados no Brasil estão relacionados ao consumo de álcool, ficando a disputa automotiva em alta velocidade ocupando o 3º lugar no ranking dos acidentes de trânsito (CARVALHO, 2018).

Buscando sanar esse problema, encontra-se a Lei nº 13.546/2017 que alterou os artigos 291, 302, 303 e 308 do atual Código de Trânsito Brasileiro. Em seu texto, trouxe um aumento na penalização de crimes cometidos na direção de veículos automotores. Nesse sentido, cita-se:

Art. 3º O art. 302 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), passa a vigorar acrescido do seguinte § 3º:

“Art. 302 [...]

§ 3º Se o agente conduz veículo automotor sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência:

Penas - reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor”.

Art. 4º O art. 303 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), passa a vigorar acrescido do seguinte § 2º, numerando-se o atual parágrafo único como § 1º:

“Art. 303 [...]

§ 2º A pena privativa de liberdade é de reclusão de dois a cinco anos, sem prejuízo das outras penas previstas neste artigo, se o agente conduz o veículo com capacidade psicomotora alterada em razão da influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, e se do crime resultar lesão corporal de natureza grave ou gravíssima”.

(BRASIL, 2017)

Com a entrada dessa norma, muito se questiona as razões do motorista alcoolizado em cometer um acidente de trânsito, que na maioria dos casos resulta em morte. Exemplificando: um motorista dirigindo a 80 km/h, em uma pista em que o máximo permitido é 70 km/h, envolve-se em um acidente que causa a morte de outro condutor. Nessa situação, pode-se dizer que houve intenção de matar? Provavelmente não. Porém, e se adicionar a essa história hipotética algumas informações, como o fato de o motorista estar embriagado e na contramão? E então, o risco em que ele colocou o outro condutor é passível de ser admitido como intenção de matar?

Discussões semelhantes permeiam o Direito, principalmente na hora de explicar as causas da impunidade em acidentes de trânsito no Brasil. Netto (2018) afirma que um dos principais fatores que ocasionam a impunidade é a dificuldade de classificar o homicídio como doloso, com intenção de matar, ou culposo, sem intenção de matar. Nesse sentido, a grande questão a ser debatida é: houve dolo eventual ou culpa consciente?

Insta salientar que o art. 302 da Lei nº 9.503/97 com nova redação dada pela Lei nº 13.546/2017 o legislador criou a figura do homicídio culposo no trânsito *qualificado* pela embriaguez ao volante. Por oportuno, frise-se que as disposições acrescidas pelo parágrafo 3º ao artigo 302 do Código de Trânsito Brasileiro não punem o simples fato de o indivíduo dirigir sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência, mas, sim, o fato de praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor e sob o efeito de uma dessas referidas substâncias (CASTRO, 2018).

Já o novo texto do art. 303 do CTB há de se esclarecer que, na hipótese de o agente, sob a influência de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência, causar lesão corporal de natureza *grave* ou *gravíssima* a alguém no trânsito, ele não responderá pelos delitos previstos nos artigos 303 e 306 em concurso de crimes, mas apenas pelo tipo estabelecido no artigo 303, parágrafo 2º, do Código de Trânsito (CASTRO, 2018).

De todo modo, discute-se ainda sobre qual instituto (dolo eventual ou culpa consciente) aplicar nos crimes de trânsito ocasionado por embriaguez ou outra substância psicoativa. Para discutir sobre essa temática, apresenta-se a seguir o conceito desses institutos.

2 DOLO EVENTUAL E CULPA CONSCIENTE: DEFINIÇÕES

Para poder discutir sobre o dolo eventual e a culpa consciente é preciso entendê-los. No dolo eventual ele é conceituado como sendo a vontade do agente que não está sendo dirigida para a obtenção do resultado, mas sim para algo diverso; sendo que mesmo prevendo que “o evento possa ocorrer, o agente assume o risco de causá-lo. Essa possibilidade de ocorrência do resultado não detém o agente e ele pratica a conduta, consentindo no resultado” (BARROSO, 2016, p. 03).

Assim, existe o dolo eventual quando o autor tem seriamente como possível a realização do tipo legal se praticar a conduta e se conforma com isso. Nesse sentido, Cirino dos Santos (2020) acentua que o dolo eventual “constitui decisão pela possível lesão do bem jurídico protegido no tipo, e a imprudência consciente representa leviana confiança na evitação do resultado de lesão do bem jurídico”.

O dolo eventual (ou indireto) se encontra no art. 18, inciso I (parte final) do Código penalista vigente. Aduz Nucci (2012 apud GANEM, 2017, p. 01) que esse instituto “é a vontade do agente dirigida a um resultado determinado, porém vislumbrando a possibilidade de ocorrência de um segundo resultado, não desejado, mas admitido, unido ao primeiro”.

Como explica Carvalho (2018, p. 02) “o agente não almeja, diretamente (no dolo direito), o segundo resultado, mas percebe que ele pode ocorrer, fato que lhe é indiferente, assumindo o risco de produzi-lo em razão de sua conduta”.

Como exemplo, cita-se:

Um exemplo é dirigir a 200km/h na Avenida Paulista. O motorista não está tentando matar ninguém, mas qualquer pessoa minimamente sana sabe que dirigir a 200km/h na Avenida Paulista provavelmente causará a morte de alguém. Se ele mata alguém, então pode ser enquadrado no homicídio com dolo eventual, pois assumiu o risco de causar a morte de alguém (BARROSO, 2016, p. 03).

O efeito de ser determinado que o agente agiu com dolo eventual é justamente o supramencionado: o mesmo peso dado ao dolo direto é dado ao dolo eventual pelo Código Penal.

A culpa consciente se encontra legislada no art. 18, inciso II do Código Penal atual. É também denominada por culpa com previsão, “ocorrendo quando o agente prevê que sua conduta pode levar a certo resultado lesivo, embora acredite, firmemente, que tal evento não se realizará, confiando na sua atuação (vontade) para impedir o resultado” (NUCCI, 2015 apud GANEM, 2017, p. 04).

Ainda sobre seu conceito, cabe expor:

Por seu turno, na culpa consciente, o sujeito age antevendo a probabilidade do resultado mais danoso, porém, munido da certeza de que as cautelas que adotará, ou mesmo suas habilidades pessoais, não permitirão que ocorra, ou seja, em sua consciência não admite que poderá causar a morte ou lesão corporal de outrem, daí porque não assume o risco (BRAGA, 2020, p. 05).

Com base no supracitado, na culpa consciente, o agente prevê a possibilidade da ocorrência do resultado, mas acredita, sinceramente, que ele não acontecerá, em razão das suas habilidades pessoais ou destreza serem suficientes para superar o risco e impedir o resultado (GANEM, 2017).

Diante de tais conceitos, percebe-se que esses institutos são diferentes. Isso se explica pelo fato de que enquanto no primeiro (dolo eventual) o agente não se importa com a concretização do resultado, sendo um indiferente; na segunda (culpa consciente) o agente espera que o resultado não aconteça (DIAS, 2020).

Assim:

A culpa consciente se aproxima do dolo eventual, mas com ela não se confunde. Na culpa consciente, o agente, embora prevendo o resultado, não o aceita como possível. No dolo eventual o agente prevê o resultado, não se importando que venha ele a ocorrer (BARROSO, 2016, p. 07).

Essa diferenciação é ainda mais abrangente quando se adequa ao caso de crimes de trânsito, ao qual será analisado no tópico seguinte.

3 DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE APLICADO AOS CRIMES DE TRÂNSITO

Como já mencionado anteriormente, observando-se com sapiência o disposto no art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro, em sua antiga redação, dispunha que praticar homicídio culposo na direção de veículo automotor tinha pena de detenção de 2 (dois) a 4 (quatro) anos. No novo texto trazido pela supracitada norma, acrescenta em seu texto o parágrafo 3º, a pena de reclusão, de 5 (cinco) a 8 (oito) anos.

Assim, o que diferencia a antiga redação da nova alteração é a pena a ser aplicada, uma vez que o disposto no art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro previa penas de detenção enquanto que a nova alteração oriunda da Lei nº 13.546/17, prevê em seu parágrafo 3º pena de reclusão.

Como explica Carvalho (2018) o objetivo do legislador foi assegurar maior rigidez aos casos de embriaguez ao volante, substituindo uma pena prevista em detenção para reclusão, em conformidade com o que dispõe o Artigo 33 do Código Penal.

Ocorre que, no que tange a culpabilidade do agente, o legislador deixou "*in dubio*" sobre o que seria necessário para ser aplicada a sanção imposta. Assim, para ser aplicada a qualificadora suscitada será necessário comprovar a alteração da capacidade psicomotora em razão da influência de álcool, ou apenas a ingestão da substância já seria suficiente?

Observa-se que essa questão traz consigo um cenário subjetivo, principalmente nos casos de dolo eventual e culpa consciente. Essa temática permite pensar em diversas situações, com a finalidade de se comprovar a subjetividade existente no teor legal.

Muito se discute quais dos institutos já conceituados aqui seriam aplicados ao contexto de crimes de trânsito. Doutrina e jurisprudência defendem, ao seu modo, cada um desses institutos.

Ganem (2017) entende que nesses casos se fala apenas em culpa consciente. Para esse autor, “ao conduzir o veículo sob efeito de álcool, o condutor acredita e espera, sinceramente, que o resultado não se realize, conseguindo, assim, chegar ao seu destino sem que nada aconteça, agindo, conseqüentemente, com culpa consciente” (GANEM, 2017, p. 09).

Corroborando com o autor supracitado, tem-se:

Sendo evidente a diferença entre as duas figuras jurídicas, temos por certo que, na esmagadora maioria dos casos, o acidente de trânsito comporta enquadramento na culpa consciente, mesmo quando o agente está embriagado, por exemplo, haja vista que, normalmente o cidadão comum não trabalha ou aceita a ideia de se tornar um homicida (BRAGA, 2020, p. 03).

Em outro caminho, há os que entendem que nessa situação aplica-se o dolo eventual. O emprego deste instituto decorre do fato de vários serem os estudos que atestam a incapacidade psicomotora de o indivíduo dirigir prudentemente estando notoriamente alcoolizado, ainda, evidenciando-se o dolo eventual pela alta velocidade imprimida, demonstrando assim o descompromisso com a vida alheia (MELO; SILVA, 2014).

Alguns tribunais já adotaram esse instituto. No caso abaixo, o agente dirigia um ônibus e havia ingerido bebida alcoólica, quando, na contramão, colidiu com um carro e matou quatro dos cinco ocupantes, sendo todos da mesma família. O TJMG entendeu pelo dolo eventual:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PRONÚNCIA. HOMICÍDIO NO TRÂNSITO. **DOLO EVENTUAL**. COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO. O dolo eventual caracteriza-se pela vontade do agente de realizar a conduta, pela consciência da conduta e donexo causal. O agente não quer diretamente o resultado, mas aceita a possibilidade de produzi-lo ou não se importa em produzir este ou aquele resultado. O fato de não ter habilitação, estar sob efeito de álcool, dirigir em alta velocidade e na contramão de direção indicam que o agente assumiu o risco de produzir o resultado morte. (TJMG. Relator: DOORGAL ANDRADA).

A par desses casos, Carvalho (2018) defende o entendimento de que para ser aplicado o “dolo eventual” nos delitos de trânsito, será necessário um número maior de elementos comprobatórios, não se apegando apenas ao fato do motorista estar embriagado, trazendo maior possibilidade argumentativa para esses casos.

Nesse sentido, cita-se o seguinte julgado:

DANO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO. EMBRIAGUEZ VOLUNTÁRIA. **DOLO EVENTUAL VERIFICADO**. Primeiramente, o fato de o increpado estar alterado no momento em que causou os danos, seja por embriaguez decorrente de álcool ou de outros entorpecentes, ou ainda mesmo por simples exaltação dos ânimos, não é impedimento ao reconhecimento do crime, pois não há evidências de que tal estado tenha levado o réu a algum quadro clínico de inconsciência, sendo, por isso, perfeitamente imputável. Mesmo que estivesse furioso com a prisão, pelo que tentava resistir a ela, impossível não reconhecer que, mesmo sem querer, efetivamente, o resultado danoso ao erário público - leia-se, sem o dolo direto, o acusado assumiu o risco de que sua conduta produzisse a sequela, aceitando a possibilidade de que o dano ocorresse. Ou seja, ainda que se admita que o réu não agiu com o *dolus directus* de danificar as viaturas, sobeja claro que a tipicidade da conduta de deteriorar patrimônio pertencente ao Estado, **em seu aspecto subjetivo, é preenchido pelo dolo eventual, possibilidade expressamente prevista em nossa Lei Penal, vide a segunda parte do art. 18, inc. I**. RECURSO DEFENSIVO IMPROVIDO, RECURSO MINISTERIAL PROVIDO. (TJ-RS - ACR: 70074414160 RS, Relator: Rosaura Marques Borba, Data de Julgamento: 14/09/2017, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 05/10/2017) (grifo meu)

Na opinião de Fernando Galvão (2013), a existência de dolo eventual, quando comprovado que o motorista estava embriagado, deve ser rechaçada. Em sua concepção, a embriaguez juntamente com a alta velocidade apenas indica a inobservância e falta de cuidado. Esse autor acredita que, para ser caracterizado dolo eventual, é necessário comprovar uma postura psicológica, não podendo confundir o conhecimento do risco com a aceitação do mesmo. Neste mesmo sentido ele conclui:

Conhecer o risco não é a mesmo que aceitar o risco. Para responsabilização do motorista por dolo eventual é necessário comprovar não apenas que este conhecia o risco envolvido na

condução do veículo como também que aceitou que o risco se transformasse em resultado materialmente lesivo (GALVÃO, 2013, p. 76).

Diante desse impasse, os tribunais têm entendido que a aplicabilidade desses institutos, primeiramente é do Tribunal do Júri, conforme a tese defendida pelo Superior Tribunal de Justiça; a saber:

Afirmar se o agente agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pelo Tribunal do Júri, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício. Precedentes.67

E ainda:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. JÚRI. MHOMICÍDIO. EXERCÍCIO IRREGULAR DA MEDICINA E FALSA IDENTIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. INEXISTÊNCIA. PRONÚNCIA. REQUISITOS. SÚMULA 7/STJ. NEXO DE CAUSALIDADE, **DOLO EVENTUAL OU CULPA CONSCIENTE. QUESTÕES QUE DEVEM SER ANALISADAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI.** RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Apreciadas as questões suscitadas pela parte, não há falar em ofensa ao art. 619 do CPP. 2. O magistrado deve apresentar as razões que o levaram a decidir desta ou daquela maneira, apontando os fatos, provas, jurisprudência, aspectos inerentes ao tema e à legislação que entender aplicável ao caso; porém não está obrigado a se pronunciar, ponto a ponto, sobre todas as teses elencadas pelas partes, desde que seja encontrado razões suficientes para decidir. [...] 4. **Afirmar se o agente agiu com dolo eventual ou culpa consciente é tarefa que deve ser analisada pelo Tribunal do Júri, juiz natural da causa, de acordo com a narrativa dos fatos constantes da denúncia e com o auxílio do conjunto fático-probatório produzido no âmbito do devido processo legal**, o que impede a análise do elemento subjetivo de sua conduta por este Sodalício. 5 Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no AREsp: 1558781 MS 2019/0237856-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento:

67 (HC 472.380/TO, j. 07/05/2019)

18/02/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data da Publicação: 28/02/2020). (grifo do autor)

O que se deve analisar, sobretudo, é o contexto fático do delito, bem como a existência do nexos de causalidade com o resultado obtido. É preciso que observe não apenas o fato ocorrido, mas também outras subjetividades, tais como, a intenção, a consciência, a vítima, dentre outros.

Sob esse prisma, o Supremo Tribunal Federal (STF) vem adotando o seguinte posicionamento:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. HOMICÍDIO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. **MODALIDADE DE DOLO EVENTUAL**. DESCLASSIFICAÇÃO DE CULPA CONSCIENTE. ANÁLISE PRÉVIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. **REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE**. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Havendo indícios mínimos que apontem para o elemento subjetivo descrito, tal qual a embriaguez ao volante, a alta velocidade e o acesso à via pela contramão, não há que se falar em imediata desclassificação para crime culposos antes da análise a ser perquirida pelo Conselho de Sentença do Tribunal do Júri. 2. O enfrentamento da questão acerca do elemento subjetivo do delito de homicídio demanda profunda análise fático-probatória, o que, nessa medida, é inalcançável em sede de Habeas Corpus. 3. Recurso desprovido. (STF – RHC: 178576 SP 0238268-24.2019.3.00.0000, Relator: MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 26/10/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 25/02/2021).

O que o julgado acima deixa claro é que nos casos onde há comprovadamente indícios que apontem para um dolo eventual, não há de se falar em imediata desclassificação para culpa consciente (crime culposos). Nessa situação, somente com a observância do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri pode-se chegar a um resultado definitivo.

Diante desses apontamentos, o presente trabalho caminha no entendimento de que se deve analisar cada caso concreto de forma única, fazendo uma profunda análise fático-probatória do caso, para somente assim realizar uma justa penalização e aplicação do instituto estudado aqui.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como mostrado no início desse estudo, os crimes de trânsito tem sido uma das principais causas de mortes no Brasil. Muitos são os cidadãos que perdem a sua vida em decorrência de um acidente de trânsito. No caso de embriaguez, esses casos se tornam ainda mais frequentes.

Buscando evitar esse crescimento, a normativa jurídica brasileira por meio da Lei nº vem buscando aumentar a pena para aqueles que sob influência do álcool ou outro produto entorpecente venha causar lesão a terceiro. Em que pese essa iniciativa legislativa, o que se discute não é a pena imposta a esse crime, mas a subjetividade da aplicação da pena.

Discutiu-se nesse trabalho os institutos do dolo eventual e da culpa consciente nos crimes de trânsito. Esse é um tema bastante complexo uma vez que a decisão sobre imputar ou não ao crime doloso depende de fatores psicológicos do praticante da infração. O dolo eventual e a culpa consciente se diferem justamente por esse fator psicológico que gera tamanha discussão, pois é muito difícil prejulgar o dolo neste caso.

As variações do reconhecimento do dolo eventual ou da culpa consciente em acidentes de trânsito, conforme se observou nas jurisprudências, opiniões de grandes doutrinadores e casos concretos, encontram-se assentadas em terreno instável.

Em suma, pode-se chegar à conclusão de que não existe uma resposta pronta no que se refere ao dolo eventual ou à culpa consciente, uma vez que cada caso tem a sua peculiaridade e é necessário ter a certeza da intenção ou no caso da aceitação do risco no ato praticado. Não há uma posição certa sobre se tratar de dolo eventual ou culpa consciente, pois isso dependerá da circunstancia em que ocorre cada crime, e se houve a culpa ou não, pois seria precoce dizer antecipadamente se foi homicídio culposo ou doloso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Ricardo Abrantes do Amaral. Dirigir alcoolizado é a segunda maior causa de morte no trânsito. 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/acidentes-de-transito-no-brasil-um-problema-de-saude-publica/>. Acesso em: 07 fev. 2021.

BRAGA, Paulo. O necessário fim do dilema entre dolo eventual e culpa consciente nos crimes de trânsito. 2020. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/320723/o-necessario-fim-do-dilema-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciente-nos-crimes-de-transito>. Acesso em: 17 fev. 2021.

BRASIL. **Código de trânsito brasileiro.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/lei/l12971.htm%2Lei+n+12.971+2014. Acesso: 19 fev. 2021.

BRASIL, **Lei nº 13.564, de 19 de dezembro de 2017.** Altera dispositivos da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), para dispor sobre crimes cometidos na direção de veículos automotores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2017/lei/L13546.htm. Acesso em: 20 fev. 2021.

BARROSO, Sérgio Luiz. Você sabe qual é a diferença entre dolo eventual e culpa consciente? 2016. Disponível em: <https://sergioluizbarroso.jusbrasil.com.br/artigos/454503127/voce-sabe-qual-e-a-diferenca-entre-dolo-eventual-e-culpa-consciente>. Acesso em: 18 nov. 2021.

CARVALHO, Aline de Alencar Porto. **Embriaguez ao volante: alterações trazidas pela Lei 13.546/17.** 2018. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/10539/Embriaguez-ao-volante-alteracoes-trazidas-pela-Lei-13546-17>. Acesso em: 16 fev. 2021.

CASTRO, Raimundo Roberto de. **As mudanças no Código de Trânsito Brasileiro com o advento da Lei 13.546.** 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-16/raimundo-castro-mudancas-ctb-advento-lei-13546>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal** – Parte Geral. 9º ed. Editora: Tirant Brasil, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei 13.546/17: Altera disposições do Código de Trânsito Brasileiro. 2017. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/12/20/lei-13-54617-alteradispocoies-codigo-de-transito-brasileiro/>. Acesso em: 15 fev. 2021.

DIAS, Kennedy M. Crime de embriaguez ao volante no trânsito. 2020. Disponível em: <http://www.tvmaisnews.com.br/artigo/136/crime-de-embriaguez-ao-volante-no-transito>. Acesso em: 18 fev. 2021.

FRANZ, Cristiane Maria; SEBERINO, José Roberto Vieira. **A história do trânsito e sua evolução.** 2012. 24 f. Monografia (Pós-Graduação Latu Sensu, em Gestão, Educação e Direito de Trânsito), Joinville, 2012.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal: crimes contra a pessoa.** São Paulo: Saraiva, 2013.

GANEM, Pedro Magalhães. **Dolo eventual, culpa consciente e crimes de trânsito.** 2017. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/574661971/dolo-eventual-culpa-consciente-e-crimes-de-transito>. Acesso em: 16 fev. 2021.

MOLETA, Paulo. **A origem do trânsito e do CTB.** 2017. Disponível em: <https://paulocwb.jusbrasil.com.br/artigos/206526711/a-origem-do-transito-e-do-ctb>. Acesso em: 08 fev. 2021.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador. **A impunidade no trânsito e as diferentes interpretações da lei.** 2018. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/acidentes-de-transito-no-brasil-um-problema-de-saude-publica/>. Acesso em: 05 fev. 2021.

OPAS/OMS BRASIL. **Folha informativa - Acidentes de trânsito.** 2019. Disponível em: https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5147:acidentes-de-transito-folha-informativa&Itemid=779. Acesso em: 10 fev. 2021.

SARAGIOTTO, Daniela. Mortes no Trânsito: Tráfego brasileiro mata 1 pessoa a cada 15 minutos. 2020. Disponível em: <https://mobilidade.estadao.com.br/mobilidade-com-seguranca/mortes-no-transito-brasileiro-mata-1-pessoa-a-cada-15-minutos/>. Acesso em: 10 fev. 2021.

UNIEDUCAR. **Acidentes de trânsito no Brasil em 2020 têm um aumento de mais de 14 mil casos.** 2020. Disponível em: <https://unieducar.org.br/blog/acidentes-de-transito-no-brasil-em-2020-tem-um-aumento-de-mais-de-14-mil-casos>. Acesso em: 06 fev. 2021.

CONTRATO ELETRÔNICO: VALIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO NA FORMAÇÃO DO CONTRATO

MARCELO BONFIM VOLPIANI:
Bacharelado em Direito pela
Universidade Brasil,

ERICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS

(orientadora).

RESUMO: Após o advento da Internet e do ciberespaço, o computador emprestou as relações sociais arranjos de notável complexidade. Nesse sentido, entende-se que as diretrizes legais não têm conseguido acompanhar a evolução social no domínio das tecnologias de informação, nomeadamente com em relação aos novos meios de comunicação. As relações sociais têm sido facilitadas pela internet e por aplicativos, porém a legislação brasileira que resguarda direitos tem caminhado a passos lentos, tal premissa fica clara quando se trata por exemplo de contratos eletrônicos. O direito contratual tradicional em papel tem regras que se aplicam a questões como jurisdição, validade, formação do contrato e modificações nos contratos. No mundo do comércio *online*, essas são todas as questões que surgem nos contratos *online* e é um desafio aos conceitos tradicionais do direito contratual. A primeira questão que surge é garantir que os contratos *online* sejam legalmente executáveis. Antes do advento da Internet, os contratos eram normalmente celebrados por escrito ou por acordo oral, portanto, o objetivo deste artigo é estudar sistematicamente o contrato eletrônico. Facilitado pelo ciberespaço, vez que a contratação eletrônica surge como uma das características mais marcantes do *e-commerce*, retratando com precisão o status contemporâneo do Direito, uma realidade comunicativa cada vez mais entrelaçada com o mundo e as interações virtuais.

Palavras-chave: ciberespaço. contratos eletrônicos. tecnologias da informação.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 2 REVISÃO DE LITERATURA. 2.1 Definição de e-commerce. 2.2 Conceito e características. 2.3 Formação de consentimento. 2.4 Classificação dos contratos eletrônicos. 2.5 Natureza do contrato eletrônico. 2.6 Diferenças entre contratos tradicionais e contratos eletrônicos. 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ABSTRACT: After the advent of the Internet and cyberspace, the computer lent social relations arrangements of remarkable complexity. In this sense, it is understood that the legal guidelines have not been able to keep up with social developments in the field of information technologies, particularly with regard to new media. Social relations

have been facilitated by the internet and applications, but the Brazilian legislation that protects rights has been moving at a slow pace, this premise is clear when it comes to, for example, electronic contracts. Traditional paper contract law has rules that apply to issues such as jurisdiction, validity, contract formation and modifications to contracts. In the world of *online* commerce, these are all issues that arise in *online* contracts and it is a challenge to traditional concepts of contract law. The first issue that arises is to ensure that *online* contracts are legally enforceable. Before the advent of the Internet, contracts were usually concluded in writing or by oral agreement, so the purpose of this article is to study the electronic contract systematically. Facilitated by cyberspace, since electronic contracting emerges as one of the most striking characteristics of e-commerce, accurately portraying the contemporary status of Law, a communicative reality increasingly intertwined with the world and virtual interactions.

Keywords: cyberspace, electronic contracts, information technologies.

INTRODUÇÃO

Historicamente falando, o rápido surgimento da industrialização e da globalização permitiram criar uma base sólida para o crescimento da tecnologia, tornando o computador um forte aliado. Paralelamente também se visualiza a evolução do comércio eletrônico e de seus produtos, os quais trazem novos significados econômicos para o século XXI. Portanto, a Internet tornou-se uma cultura que sem dúvidas veio pra ficar mudando o estilo de vida de toda as sociedades.

Nas diversas atividades realizadas por meio da internet há uma forma diferenciada de realizar as mesmas atividades comerciais já realizadas anteriormente. Acredito que os criadores do computador e da Internet nem mesmo nos seus mais altos sonhos poderiam imaginar o quão útil suas criações seriam. O fato é que a internet tem um grande impacto sobre os negócios e suas práticas, tanto que gradativamente vemos os mercados locais serem substituídos principalmente por mercados globais. Consecutivamente essas transformações levam a novos modelos de negócios, consolidando assim o *E-commerce*.

Em tempos atuais, o direito dos contratos viu a necessidade de realizar a análise das mudanças impostas pelos avanços tecnológicos no comércio eletrônico. Embora a dinâmica do direito comercial, possua boa flexibilidade diante de novas realidades mercadológicas e econômicas as quais inclui novas formas de contrato realizados pela internet, possui intensidade e capacidade para as adequações necessárias, regulando-se com precisão.

Os acordos eletrônicos são geralmente, legais, válidos e exequíveis em nosso país, se envolverem partes competentes e um objeto legal e determinado ou determinável, e a menos que a lei exija formalidades específicas (por exemplo, a

aquisição de um imóvel depende sobre a celebração de uma escritura pública escrita). Desde que os critérios acima sejam atendidos, os contratos eletrônicos têm a mesma validade que os físicos. O Código de Processo Civil Brasileiro reconhece expressamente a validade dos documentos eletrônicos como prova

Para as novas formas de contratação pela Internet, entende-se que tal capacidade de adequação é, por si só, insuficiente para regulá-los com precisão e havendo ausência de escolha contratual, o direito brasileiro estabelece que a obrigação será regida pela lei do país onde foi assumida e determina que as obrigações contratuais sejam consideradas assumidas, isso é, onde o proponente reside.

Caixas de seleção, botões de aceitação, respostas de e-mail ou a inserção de assinaturas eletrônicas em documento eletrônico são as práticas mais comuns, para efeitos práticos é importante que ambas as partes possam demonstrar a execução do contrato e verificar se a pessoa do outro lado é capaz e devidamente habilitada para fazer. Desde que os critérios acima sejam atendidos, os contratos eletrônicos têm a mesma validade que os físicos. O Código de Processo Civil Brasileiro reconhece expressamente a validade dos documentos eletrônicos como prova.

Os contratos *clickwrap*⁶⁸ (botão "concordo"), podem ser caracterizados como contratos de adesão e, como tal, devem ser redigidos de forma clara e legível. Quando inseridos com consumidores, existem regras relacionadas ao formato e exibição de texto que podem ser aplicadas (DOCUSIGN, 2020).

De acordo com o Código Civil Brasileiro, os mesmos meios que foram utilizados para a execução do contrato devem estar disponíveis para sua rescisão. O Decreto do Comércio Eletrônico (7.962/2013) prevê que se um fornecedor permitir que o consumidor celebre o contrato *online*, o mesmo fornecedor deve conceder ao consumidor o direito de rescindir o contrato também *online* (BRASIL, 2013).

Neste artigo, será feita referência aos conceitos de contratos jurídicos e as possíveis soluções jurídicas que foram delineadas face aos problemas associados à contratação por via eletrônica, em particular, aqueles que o consumidor deve normalmente enfrentar.

⁶⁸ Contratos *clickwrap* são uma solução digital comum, usada para capturar o consentimento do cliente em documentos padrão, como licenciamento de software, termos e condições. Eles são compostos por textos diretos, para o bom entendimento e uso, exigindo, simplesmente, que a pessoa marque uma caixa para "aceitar" o acordo e expressar seu consentimento.

1. REVISÃO DE LITERATURA

Uma vez que a internet deixou de ser isolada apenas para a mera comunicação ou computação e análise de dados, os contratos *online* estão na ordem do dia e não há diferenças entre os contratos *online* e *offline*. Portanto, os contratos *online* ainda são contratos e todas as regras dos contratos ainda serão aplicáveis (BARROS, 2016).

A formação do contrato *online* usa uma tecnologia de comunicação que envolve vários intermediários, como provedores de serviços de Internet. Imagine um contrato que um exportador indiano e um importador americano desejam celebrar. Uma opção seria que uma das partes primeiro puxasse duas cópias do contrato, as assinasse e as encaminhasse para a outra, que por sua vez assinaria as duas cópias e enviaria uma cópia de volta. A outra opção é que as duas partes se encontrem em algum lugar e assinem o contrato (FERNANDES, 2020).

Na era eletrônica, todo o contrato pode ser concluído em segundos, com ambas as partes simplesmente anexando suas assinaturas digitais a uma cópia eletrônica do contrato.

Não há necessidade de correios atrasados e custos adicionais de viagem em tal situação. Inicialmente, houve uma hesitação entre as legislaturas em reconhecer essa tecnologia moderna, mas agora muitos países aprovaram leis para reconhecer os contratos eletrônicos (FUSCALDO et al., 2020).

2. Definição de e-commerce

Geralmente, o *E-commerce* é uma forma de realizar o comércio em sua totalidade utilizando a internet como meio.

O *E-commerce* é a realização de transações usando rede de computadores e telecomunicações, ou seja, internet, uma troca de bens e serviços pela internet e uma contrapartida financeira para eles (MAZETO, 2020).

O comércio eletrônico se refere a todas as formas de transações comerciais envolvendo organizações e indivíduos que se baseiam no processamento e transmissão de dados digitalizados, incluindo texto, som e imagens visuais. *E-commerce* expressão que denomina comércio eletrônico (CE) é a compra e venda de bens e serviços, ou a transmissão de fundos ou dados, por meio de uma rede eletrônica, principalmente a internet.

Essas transações de negócios ocorrem tanto como *business-to-business* (empresa a empresa), *business-to-consumer* (empresa para consumidor), *consumer-to-consumer* (consumidor para consumidor) ou *consumer-to-business* (consumidor para empresa) (MAZETO, 2020).

2.1. Conceito e características

Pode-se definir contratos eletrônicos como acordos voluntários cuja execução é aperfeiçoada sem a presença física dos contratantes e por meio de meios eletrônicos. Da definição proposta emergem suas características essenciais, a saber:

a) Não há presença física, pois em princípio, acredita-se que a contratação eletrônica normalmente fará parte do gênero contratos à distância ou contratos entre ausentes, tendo como principal característica a distância geográfica entre os contratantes envolvidos e a passagem de um tempo juridicamente relevante entre os oferta e aceitação.

É rigoroso destacar que os usos e costumes do comércio eletrônico indicam que os contratos por meio eletrônico são celebrados, em sua grande maioria e em particular aqueles que regulam as relações de consumo, através da modalidade "*clickwrap*", que, como se verá a seguir, pressupõe-se que as cláusulas e condições que são aceitas pelo "clique" são previamente elaboradas pelo seu provedor de forma unilateral. Desta forma, aquele período entre oferta e aceitação, bem como a ausência física dos contratantes, determinam a sua inclusão na categoria de contratos à distância (RECHSTEINER, 2016).

Devido a instantaneidade da comunicação que as atuais redes sociais permitem, é possível exprimir a vontade de forma concomitante e imediata, isto é, sem um intervalo considerável entre a oferta e a aceitação, do qual decorre que nem toda contratação eletrônica é exatamente comparável à categoria de "contrato entre ausentes.

b) Quando se discorre sobre as partes contratantes, os contratos eletrônicos podem ser classificados de acordo com o tipo de relação que tendem a reger, nomeadamente: relações entre comerciante e consumidor, entre estabelecimentos ou entre consumidores. No presente trabalho, vamos nos referir principalmente à relação fornecedor-consumidor, uma vez que é aquela que interessa ao Direito do Consumidor e sobre a qual iremos enfatizar neste trabalho.

c) A contratação eletrônica se destaca pela forma de expressão do consentimento por meio eletrônico. Deve ser entendido como aquilo que "se realiza por meio da utilização de algum elemento eletrônico, com influência decisiva, real e direta na formação da vontade, no desenvolvimento ou na interpretação de um contrato" (STRALHOTO, 2020).

d) A forma mais comum de contratação eletrônica é através dos chamados contratos *clickwrap*, que são aqueles em que uma das partes (aceitante) manifesta a

sua disponibilidade para aceitar as condições ou cláusulas estabelecidas por outrem (predispondo) por um simples clique na legenda "Aceito", "Concordo" ou similar, que normalmente aparece no final do documento escrito exibido no dispositivo do usuário (DOCUSIGN, 2020).

Embora usados principalmente em seus primórdios para licenças de uso de *software*, sejam adquiridos em formato físico ou digital, os contratos *clickwrap* também são usados para licenciar outros produtos digitais disponíveis na rede, como livros, serviços digitais, música, videogames, entre outros, e para a aceitação de serviços digitais, como adesão a uma base de dados ou rede social, obtenção de um espaço virtual para criar e moderar um blog, adesão a uma plataforma de compras, venda ou leilão bens ou serviços *online*.

Pode-se dizer que o formato em que o contrato costuma ser apresentado na tela do usuário, em alguns casos oferece dificuldades, entre elas podemos citar idiomas diversos com traduções deficientes o que dificulta seu entendimento, em algumas situações os usuários tem que previamente aceitar condições gerais antes de poder utilizar ou usufruir do produto ou serviço, mas depois de o ter adquirido, mesmo que o consumidor não tenha acesso às mesmas para as ler, o que suscita algumas dúvidas quanto à sua legalidade. Por fim, ao pé dos referidos contratos, costuma-se colocar a legenda "Aceito", "Concordo" ou outra semelhante, assinalada por defeito, sem exigir qualquer intervenção do utilizador.

2.2. Formação de consentimento

Uma das questões mais debatidas na contratação eletrônica é aquela relacionada à formação do consentimento, a verdade é que em nosso país, o legislador mantém-se inerte a alguns avanços trazidos pela globalização.

Ou seja, não existe, aqui, uma lei que verse especificamente sobre o contrato eletrônico e comércio digital, por isso, não se dispõe de regulamentação específica a respeito da negociação, da estruturação e da celebração de contratos por meios eletrônicos.

A verdade é que nosso Código Civil (CC) é de 2002, e este por sua vez não conseguiu acompanhar ou adequar-se às necessidades dos novos tempos, pois não tem normas que tragam segurança ao consumidor sobre a contratação por meio eletrônico, entretanto, tem sido a norma reguladora usada no Brasil, porém é preciso salientar que os nossos Tribunais têm feito o possível para suprir essa carência legislativa, mediante aplicação do CC e da teoria geral dos contratos.

Baseado em nossa escassa legislação, mas traçando um paralelo aos princípios preliminares, dos quais se pode inferir em sua validade, sendo assim, segue-se fatores ligados aos contratos tradicionais, tem-se então:

a) **Autonomia da vontade:** em relação aos princípios aplicáveis aos contratos, tem-se o princípio da autonomia da vontade, segundo o qual o que é acordado pelas partes constitui uma regra a que devem se submeter a própria lei. A autonomia da vontade significa que a obrigação contratual tem uma única fonte: a vontade das partes.

O seu fundamento reside não só no respeito pela vontade das partes contratantes, mas também no respeito pela ordem pública econômica, uma vez que grande parte das relações jurídicas nasce e depende da força vinculativa dos contratos.

Para o Professor Silvio Venosa (2015),

A autonomia da vontade deve ser observada de duas formas, quais sejam: a liberdade da pessoa de efetivamente contratar, e, por consequência, livremente poder estabelecer as condições de tal contratação, e a escolha da modalidade em que se dará tal contratação.

Este princípio, nos faz crer que os atos vivenciados nos contratos, pressupõe que tais atos jurídicos tenham sido praticados com discernimento, intenção e liberdade, todos eles elementos da vontade, que, ausentes em qualquer das partes, geram nulidade por vício de vontade, seja ela lidar com erro, fraude ou violência.

Da mesma forma, pressupõe que tenha havido manifestação dessa vontade, feita de forma oral, por escrito, por sinais inequívocos ou pela execução de fato material por consentimento de fato material ou tácito, por meio de atos pelos quais possa ser conhecido com certeza (VENTURA, 2017).

b) **Consentimento:** um requisito de extrema importância pois está vinculada à autonomia da vontade é a do consentimento contratual. Do meu ponto de vista trata-se de principal elemento do contrato sendo determinado pela convergência entre uma oferta e uma aceitação validamente expressa. É preciso citar que o consentimento deve ser livre e espontâneo. Não havendo disposição em contrário, se aceita a manifestação tácita, que se infere da conduta do agente.

O requisito próprio dos contratos é o consentimento recíproco ou acordo de vontades, que deve recair sob o objeto, a natureza do contrato e sobre as cláusulas que o compõe. Um ponto que merece destaque, seria os contratos entre ausentes, previsto no nosso CC, no caput do artigo 434 do Código Civil elucida a questão: *Art.*

434. Os contratos entre ausentes tornam-se perfeitos desde que a aceitação é expedida.

Vale ressaltar, quando trata-se de contratos eletrônicos, essa questão torna-se um tanto mais complexa. Por analogia pode-se entender que as comunicações eletrônicas ponto-a-ponto enquadram-se no conceito de "correspondência por carta", a subsunção dos contratos eletrônicos possui celebração de vontade consensual instantânea, ou seja, a regulamentação de contratos entre ausentes tornou-se forçada, sendo necessária uma regulamentação expressa e precisa, que produza efeitos diferente ao previsto no citado artigo (ELIAS, 2017).

c) Oferta: Ao referir-se à força vinculativa da oferta, estabelece que a oferta feita a pessoa presente ou feita por meio de comunicação instantânea, sem fixação de prazo, só pode ser aceita imediatamente.

Do ponto de vista da referida norma, ao equiparar os contratos entre presentes àqueles que são celebrados por meio de comunicação instantânea (veiculado a internet), tem-se fundamentalmente a aceitação de contratos eletrônicos que permitem uma manifestação da oferta de forma instantânea (em que ambas as partes estejam *online*).

Segundo Elias (2017), tem-se aqui uma boa solução legislativa, pois evita a discussão se a contratação eletrônica é "entre presentes" ou "entre ausentes", salvando conceitos ontológicos que complicam os conceitos jurídicos de "presença "e/ou "ausência "(ELIAS, 2017).

d) Edital: também estabelece que a oferta dirigida a pessoas indeterminadas é considerada um convite à realização de ofertas, exceto que seus termos ou as circunstâncias de sua emissão resultem em intenção de contratação do licitante. Ressalta-se que esta regra, no âmbito do comércio eletrônico, se refere principalmente à presunção de sites que exibam catálogos de produtos ou ofereçam serviços, que, desde que sejam dirigidos a pessoa indeterminada, constituem editais de licitação. Deve-se lembrar, entretanto, que se forem dirigidas ao consumidor, a oferta é vinculativa em todos os seus termos

e) A desistência da aceitação, trata-se de um dos requisitos fundamentais, esta por sua vez pode ser retirada se a comunicação for recebida pelo destinatário antes ou ao mesmo tempo que está, quando houver contratos de consumo, esta regra é alterada.

2.3. Classificação dos contratos eletrônicos

De acordo com Verçosa (2020), tem se buscado uma classificação desses contratos que possa abrangê-los na sua individualidade, da seguinte forma:

- (i) interpessoais;
- (ii) interativos; e
- (i) inter sistêmicos.

Os contratos interpessoais seriam aqueles nos quais pessoas naturais e/ou jurídicas interagem entre si, dando-se a manifestação da vontade por via eletrônica (e-mail, aplicativos de mensagens, etc.).

Os contratos interativos corresponderiam àqueles em relação aos quais uma pessoa interage com um sistema e adere às convenções previamente determinadas pelo fornecedor. Por sua vez, nos contratos inter sistêmicos um sistema interage com outro, discutindo-se a natureza jurídica dessa operação, se é que ela existe (MATOS, 2020).

A doutrina jurídica brasileira estabeleceu uma forma de classificação dos contratos eletrônicos, de acordo com a forma técnica específica de realizar cada tipo de comunicação e contratação eletrônica, distinguindo as possibilidades das partes interagindo por meio de dispositivos eletrônicos de acordo com *software* desenvolvido e colocado em uso em nome das partes contratantes, produzindo uma espécie de “interação somente máquina” (BORGES, 2020).

1. Contratação eletrônica interpessoal: O computador é usado como mera ferramenta de comunicação. Isto apenas transmite e recebe as mensagens processadas pelas próprias partes. No entanto, este grupo pode considerar dois tipos diferentes: contratação simultânea ou contratação eletrônica interpessoal, permitindo celebração do contrato em tempo real como se as partes estivessem na presença um do outro com declarações de vontade imediatas, ou podem ser consecutivas, como por exemplo correio eletrônico (e-mail).

2. Contratação eletrônica interativa: nesse grupo de contratos eletrônicos não se tem uma comunicação direta e imediata entre as partes. A interação é efetuada entre uma parte e um sistema, esta forma de contratação pode ser definida como um sistema “semi-automático e interativo”, pois existe uma pessoa física interagindo com um sistema de computador que irá ser previamente programado para “declarar” automaticamente a vontade de seu representante.

Neste grupo já pode-se prever um desenvolvimento de forma ligeiramente diferente, interação entre a comunicação de uma pessoa com um dispositivo inteligente capaz de atuação autônoma, de aprender com a experiência, de modificar as instruções de seus programas, de tomar decisões, de participar ativamente no

processo de negociação, tudo isso sem nenhuma intervenção humana em um dos lados.

3. Contratação eletrônica inter-sistêmica: esta é a forma mais peculiar de contratação eletrônica. Sua característica é de que as partes apenas transpõem para o computador as vontades resultantes de negociação prévia, sem que o equipamento interligado em rede tenha interferência na formação dessas vontades. Neste contrato eletrônico o meio para constituir o negócio jurídico é o meio tradicional, a utilização de rede de computadores é acessória, ou seja, o computador é utilizado como simples meio de comunicação.

Para Fuscaldo et al., (2020, s/p),

O contrato eletrônico é o negócio jurídico realizado pelas partes contratantes, cuja manifestação de vontade é expressada por meio eletrônico, tais como: assinatura digital, certificado digital, proposta e aceite por e-mail, teleconferência, videoconferência, plataforma de *e-commerce*, sistema de mensagem instantânea, redes sociais ou Skype, dentre outros. Com efeito, a manifestação de vontade por meio eletrônico sobrepõe-se à sua instrumentalização, não sendo o contrato eletrônico uma nova espécie de contrato, mas sim um novo meio de formação contratual, podendo ser celebrado digitalmente total ou parcialmente pelas partes (ou seja, uma das partes pode assinar de forma manuscrita e a outra parte de maneira digital).

Cabe salientar que os contratos eletrônicos são analisados paralelamente aos contratos tradicionais. Eles não constituem, em si, um tipo diferente de contrato. No entanto, é útil conhecê-los, pois sua legitimação funciona de forma diferente do acordo usual. Por exemplo, por meio desse tipo de acordo, nenhuma das partes deve estar presente no momento da assinatura. Em outras palavras, a presença física simultânea não é necessária, mas pode ser feita de outros lugares graças a mecanismos eletrônicos e vinculados à internet.

Como já salientado existem vários tipos de contratos eletrônicos que podem ser encontrados atualmente. Suas classificações dependem da forma como o acordo é executado, como é emitida as declarações das partes, quem são as partes, como é feito o pagamento e qual objeto do contrato.

De acordo com Gomes (2020), pode-se classificar por forma,

1. Contrato eletrônico direto: A primeira dessas classificações é dada pela forma como o contrato é executado. Trata-se da compra de produtos que podem ser

encontrados, adquiridos, pagos e entregues totalmente *online*. Fala-se, por exemplo, sobre a compra *online* de produtos como música, videogames, filmes, *streaming* de televisão ou programas de computador. Esses bens podem ser apreciados direta e imediatamente, acessando a plataforma digital preferida.

2. Contrato eletrônico indireto: Nesse tipo de contrato de *e-commerce*, o produto não pode ser usufruído diretamente no momento da compra. O produto ou serviço é encontrado na web e a formalização do contrato também ocorre *online*, mesmo que, às vezes, o pagamento do mesmo também seja feito virtualmente. No entanto, para finalizar a transação, é necessário o envio físico do produto ou a prestação física do serviço. Um exemplo desse tipo de contrato é a aquisição de produtos por meio do comércio eletrônico (livros, roupas, sapatos, discos musicais ou produtos diversos), a contratação de serviços ou mesmo viagens.

Segundo Vancim e Jefferson (2017), a classificação pela emissão de declarações são:

a) Contrato eletrônico puro: O contrato pode ser organizado dentro da classificação com base na forma como as declarações das partes são emitidas. Neste contrato as manifestações da vontade dos signatários são feitas de forma eletrônica, na íntegra. Por exemplo, a aceitação da política de privacidade ou contratação por meio de um site.

b) Contrato eletrônico misto: Ao contrário do contrato puramente eletrônico, e também dentro da classificação por emissão das declarações das partes, encontra-se este tipo de contrato. O contrato eletrônico misto requer métodos eletrônicos, mas também métodos tradicionais para expressar desejos. Por exemplo, a necessidade de enviar contratos assinados ou documentos por correio normal.

Teobaldo (2020), salienta por classificação por assuntos,

a) Contrato eletrônico de consumo: Pode-se falar de contrato de consumo quando pelo menos uma das partes é consumidora do produto ou serviço. Por exemplo, ao reservar uma viagem.

b) Contrato comercial eletrônico: Pelo contrário, no contrato comercial todas as partes contratantes são empresas; como quando a iluminação é contratada para um show de teatro, por exemplo.

Para Matos (2020), a classificação pela forma de pagamento,

a) Contrato eletrônico com pagamento eletrônico: Eles só são válidos em contratos que envolvam uma transação econômica, logicamente. São acordos pagos

por meios eletrônicos, como cartão de crédito, transferências entre bancos ou dinheiro virtual.

b) Contrato eletrônico com pagamento tradicional: O pagamento é efetuado fisicamente em dinheiro, à vista ou, ainda, em cheque bancário.

Silva (2020), classifica pelo objeto do contrato

a) Contrato de entrega eletrônica: A última das classificações diferencia o que é vendido. Contratos de entrega são aqueles referentes a um produto. Podem ser imediatos ou diferidos, dependendo da data de recebimento do referido produto.

b) Contrato de serviço eletrônico: Os contratos de desempenho referem-se a um serviço. Não há bens referidos no contrato. Eles também podem ser instantâneos ou atrasados.

O tipo de contrato eletrônico depende de muitos fatores. Porém, o que deve ficar claro é que isso sempre é feito por meio eletrônico e não requer a presença das partes.

2.4. Natureza do contrato eletrônico

De acordo com Elias (2017), a natureza do contrato eletrônico tem como principais fatores?

1. As partes não se reúnem, na maioria dos casos, fisicamente;
2. Não há limites físicos;
3. Nenhuma assinatura manuscrita e na maioria das vezes, nenhuma escrita à mão é necessária;
4. Como não há segurança máxima, o fator de risco é muito alto;
5. Questões jurisdicionais são um grande revés nos contratos eletrônicos em caso de violação;
6. Não existe uma autoridade única para monitorar todo o processo;
7. Assinaturas digitais são usadas e registros eletrônicos são usados como evidências em tribunais, quando necessário;
8. Os três principais métodos de contratação eletrônica são e-mail, *World Wide Web* (www) e contratos *Clickwrap* ("eu concordo", "eu aceito");

9. O assunto inclui: a) Mercadorias físicas, em que as mercadorias são encomendadas *on-line* e pagas pela Internet e a entrega física é feita, b) Produtos digitalizados, como software, que também podem ser solicitados, c) Serviços como banco eletrônico, venda de ações, consultoria financeira, etc.

2.5. Diferenças entre contratos tradicionais e contratos eletrônicos

Para entender a diferença entre os contratos tradicionais e os contratos eletrônicos, temos que nos apegar a alguns fatores, entre eles: no contrato eletrônico a celebração é feita somente por uma das partes, o aceitante simplesmente faz a adesão ou não, aceita ou rejeita o contrato na sua totalidade, este contrato é chamado de contrato de adesão, confunde-se o tipo de contrato com a forma de execução. Um contrato de consumo é celebrado por adesão.

Embora a celebração por adesão ocorra normalmente em contratos de consumo, não se exclui na contratação singular entre ofertante e aceitante, como exemplos, pode-se citar os chamados contratos de fornecimento de serviços públicos (eletricidade, gás, telefonia) ou a maioria dos contratos de seguro e contratos bancários (ALVES; NEVARES, 2017).

Em relação à contratação de informática e contrato de adesão; é que em ambos os contratos as cláusulas são definidas e a outra parte as cumpre. A contratação eletrônica via Internet por correio eletrônico ocorre quando dois ou mais sujeitos concordam em utilizar o correio eletrônico para negociação, e que o contrato seja aperfeiçoado desta forma.

No que diz respeito aos contratos eletrônicos por e-mail, aplica-se a presunção de que o ofertante recebeu o aviso de recebimento do aceitante, de modo que as comunicações são consideradas feitas quando o destinatário as lê. o que é comprovado por aviso de recebimento em função das características de cada contrato individual, estando diante de um caso de adesão ou livre discussão.

Serão consideradas cláusulas abusivas todas as estipulações não negociadas individualmente e todas as práticas não expressamente consentidas para que, ao contrário dos requisitos da boa-fé, causem, em prejuízo do consumidor e do usuário, um desequilíbrio significativo dos direitos e obrigações das partes que são derivam do contrato.

Teobaldo (2020), cita alguns exemplos de cláusulas abusivas:

- Propor a retenção dos valores pagos pelo consumidor por demissão ou quebra de contrato, mas não contemplar indenização se for o profissional quem se demite;

- Querer cobrar do consumidor juros de mora por atraso sem contrapartida para o profissional em circunstâncias semelhantes;
- Impor serviços acessórios não solicitados ao consumidor, como contratação de seguro, serviço de manutenção obrigatório, etc.;
- Forçar o consumidor a renunciar ao tribunal que lhe corresponda;
- Impor garantias desproporcionais ao risco assumido pelo vendedor. Exemplo: "A empresa pode solicitar cauções, fianças bancárias, adiantamentos por conta do pagamento com a aceitação do cliente, e solicitar depósitos em garantia ou restringir serviços com base no seu consumo ou pagamentos irregulares".
- Obrigação de assinar declarações de recebimento ou concordância sobre fatos fictícios. Exemplo: "o cliente é entregue pelo terminal no momento da assinatura do contrato e seus anexos" sendo um contrato via internet.

Vício de consentimento é qualquer fato, manifestação ou atitude com que se anula ou restringe a plena liberdade ou o pleno conhecimento com que uma declaração deve ser feita (DIAS, 2017).

Os vícios de consentimento no contrato visam aprofundar o erro como vício na formação dos contratos, quais são os requisitos que devem ser dados e os tipos de erro como vício.

Os vícios do consentimento do contrato em primeiro lugar como aqueles que tornam a declaração de vontade anulável, é aquele que se destina a obter alguma consequência ou a estabelecer algo, e em segundo lugar podem ser causados pela falta de conhecimento espontâneo ou causado (erro e fraude), ou por falta de liberdade física ou moral (violência e intimidação).

Assim, o consentimento não terá validade e pode-se afirmar que foi viciado quando o erro recai sobre a "coisa" ou principais elementos do contrato, o medo invalida o consentimento quando o mal é iminente e grave, exemplos:

- Na contratação por meio eletrônico, pode ocorrer um erro quanto à identidade da pessoa com quem se está contratando;
- Também pode ocorrer um erro quanto ao conteúdo, como quando o documento enviado é submetido a um processo ou tratamento que modifica a informação;
- Outro risco não menos frequente é a fraude, que se diferencia do anterior por erro ou dolo.

Para Engi (2020), a terceirização, aplicada à Tecnologia da Informação (TI), pode ser definida como a contratação de um terceiro, pode incluir a transferência de áreas de atuação para prestadores externos de serviços de gestão. Essas transações podem incluir a transferência de *hardware* e centros de dados, a transferência de licenças de *software* e pessoal. A terceirização também pode incluir processos de reengenharia, desenvolvimento de sistemas de informação, integração de projetos de informática, operação e suporte de redes de distribuição de informação, tanto regional quanto internacionalmente, o fornecimento de treinamento de pessoal, manutenção e muito mais.

É preciso frisar que existem limitações ou restrições às transações que podem ser concluídas por meio de contratos eletrônicos, pois alguns tipos de transação não podem ser concluídos por meio de contratos eletrônicos porque a lei exige formalidades específicas. Por exemplo, a aquisição de um imóvel ou testamento depende da celebração de uma escritura pública escrita.

Além disso, os contratos físicos celebrados pelas partes e por duas testemunhas podem ser sujeitos a um procedimento acelerado de executoriedade, o que, em princípio, não é aplicável aos contratos eletrônicos que carecem da assinatura das testemunhas (DIAS, 2017).

Não há requisitos de retenção de dados aplicáveis especificamente a contratos eletrônicos de acordo com a legislação brasileira. Existem obrigações de retenção de dados aplicáveis em geral aos provedores de aplicativos de Internet, em relação à data, hora e ao acesso do protocolo de Internet de suas plataformas pelos usuários (ELIAS, 2017).

Sendo assim questiona-se: Existem recursos especiais disponíveis para a violação de contratos eletrônicos? Infelizmente não há uma previsão específica para os casos de contratos eletrônicos, a saída é buscar os recursos especiais disponíveis para a violação de contratos tradicionais, traçando assim um paralelo legal, aplicando-se as leis contratuais e civis gerais.

Outras questões também surgem, as assinaturas eletrônicas, elas são legalmente válidas em sua jurisdição? Em caso afirmativo, quais regras e restrições regem seu uso? Sim, as assinaturas eletrônicas geralmente são válidas no Brasil.

Para responde-las recorre-se a alguns requisitos previstos em lei, como a Medida Provisória nº 2200-2/2001 (Medida Provisória de Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP Brasil) criou a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira (PKI), com o objetivo de garantir a autenticidade, integridade e validade dos documentos eletrônicos, bem como garantir o desempenho de segurança eletrônica transações

comerciais. Cabe ao PKI brasileiro definir as normas e requisitos técnicos que permitem a oferta de serviços de certificação eletrônica no Brasil (BRASIL, 2001; MIRANDA, 2020).

Documentos assinados com certificados homologados pela PKI brasileira são presumidos autênticos e verdadeiros, salvo prova em contrário. Documentos autenticados por outros meios, ou simplesmente não autenticados, continuam válidos, mas não se presumem autênticos. Isso significa que, se sua autenticidade for contestada, pode ser necessário contratar um especialista para verificar e atestar (ELIAS, 2017).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O contrato eletrônico não foi classificado como entidade específica, mas sim dentro das normas de consumo e das normas de consentimento paralelas aos contratos tradicionais. Tal critério pode ser criticado por sua falta de especificidade, mas a realidade é que as inovações na contratação pela Internet dificultam que a capacidade de adaptação seja insuficiente para regulá-los com precisão. Pois bem, tem-se que recorrer a várias regras espelhadas pelo Código Civil e Comercial para dar personalidade jurídica a estes tipos de contratos.

Quando se trata de formalizar um acordo legalmente, é muito normal que as pessoas se perguntem o que é um contrato eletrônico. Este contrato é um contrato multilateral. Não se trata de contratos que estipulam a duração da adesão, mas sim contratos tradicionais. A grande diferença é que são formalizados eletronicamente, como o nome sugere. Através deste acordo legal, as partes signatárias, de vontade mútua, adquirem obrigações legítimas cujo cumprimento ambas as partes podem exigir.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, P.A.; NEVARES, P.P. **Implicações jurídicas do comércio eletrônico no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

BARROS, C.D.M. **Contratos Eletrônicos e o Ordenamento Jurídico Brasileiro**. Rio de Janeiro: Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. 2016.

BRASIL. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2013/Decreto/D7962.htm . Acesso em 26 ago. de 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 2.200-2, de 24 de agosto de 2001**. Institui a Infraestrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, transforma o Instituto Nacional de Tecnologia da Informação em autarquia, e dá outras providências. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/MPV/Antigas_2001/2200-2.htm#:~:text=2200%2D2&text=MEDIDA%20PROVIS%C3%93RIA%20No%202.200,que%20lhe%20confere%20o%20art. Acesso em 11 set. de 2020.

BORGES, T.S. **Os contratos eletrônicos sob a égide do ordenamento jurídico brasileiro.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31045/os-contratos-eletronicos-sob-a-egide-do-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 11 set. de 2020.

ELIAS, P.S. **Contratos eletrônicos e a formação do vínculo.** 13^a. ed. São Paulo: Lex Editora, 2017.

ENGI, M. **A assinatura eletrônica, digital e o contrato eletrônico nas transações imobiliárias.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/75439/a-assinatura-eletronica-digital-e-o-contrato-eletronico-nas-transacoes-imobiliarias>. Acesso em 26 ago. de 2020.

DIAS, C.L.A. **Contratos eletrônicos e a sua disciplina jurídica.** Monografia. Faculdades Integradas de Ourinhos. Ourinhos, 2017.

DOCUSIGN. **Clickwrap: tudo o que você precisa saber sobre contratos feitos com a ferramenta.** Disponível em: <https://www.docuSign.com.br/blog/clickwrap>. Acesso em 26 ago. de 2020.

FERNANDES, G.N. **O abuso do Direito na Internet.** Disponível em: http://www.udir.com.br/dir_cons_enf_crit. Acesso em 26 ago. de 2020.

FUSCALDO, M.; MARTINS, C.; RENOUEAU, L. **Contratos eletrônicos.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325485/contratos-eletronicos>. Acesso em 26 ago. de 2020.

GOMES, L.D. **O comércio eletrônico e o amparo do consumidor no direito brasileiro.** Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51788/o-comercio-eletronico-e-o-amparo-do-consumidor-no-direito-brasileiro>. Acesso em 26 ago. de 2020.

GOMES, L.F. **Quais as principais diferenças entre os contratos eletrônicos intersistêmicos e os interpessoais?** Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2006569/quais-as-principais-diferencas-entre-os-contratos-eletronicos-intersistemicos-e-os-interpessoais-renata-cristina-oliveira-da-silva>. Acesso em 26 ago. de 2020.

MATOS, G.A. **Contratos eletrônicos.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/53753/contratos-eletronicos>. Acesso em 11 set. de 2020.

MAZETO, T. **Lei do e-commerce: entenda a legislação desse mercado.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51806/foro-e-lei-aplicavel-nos-contratos-internacionais-o-lugar-da-autonomia-de-vontade>. Acesso em 26 ago. de 2020.

MIRANDA, J. **Contratos Eletrônicos - princípios, condições e validade.** Disponível em: <https://jan75.jusbrasil.com.br/artigos/149340567/contratos-eletronicos-principios-condicoes-e-validade#:~:text=Os%20princ%C3%ADpios%20de%20identifica%C3%A7%C3%A3o%2C%20autentica%C3%A7%C3%A3o,norteia%20o%20direito%20contratual%20eetr%C3%B4nico.> Acesso em 11 set. de 2020.

RECHSTEINER, B.W. **Direito Internacional Privado: teoria e prática.** 18ª ed. Revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2016.

SILVA, C.B.B. **Autonomia da vontade nos contratos internacionais a luz da legislação brasileira: A convenção do México e sua implementação no Brasil.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/227365/a-autonomia-da-vontade-nos-contratos-internacionais-a-luz-da-legislacao-brasileira-a-convencao-do-mexico-e-sua-implementacao-no-brasil>. Acesso em 26 ago. de 2020.

STRALHOTO, T. **Foro e lei aplicável nos contratos internacionais: o lugar da autonomia de vontade.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51806/foro-e-lei-aplicavel-nos-contratos-internacionais-o-lugar-da-autonomia-de-vontade>. Acesso em 26 ago. de 2020.

TEOBALDO, E.S. **Contratos eletrônicos e o tratamento do Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/8960/Contratos-eletronicos-e-o-tratamento-do-Codigo-de-Defesa-do-Consumidor>. Acesso em 11 set. de 2020.

VANCIM, A.R.; JEFFERSON, L.M. **Direito & Internet. Contrato Eletrônico e Responsabilidade Civil na Web: jurisprudência selecionada e legislação internacional correlata.** São Paulo: Lemos & Cruz, 2017.

VENOSA, S. de S. **Direito Civil – Teoria das Obrigações e Teoria Geral dos Contratos.** v. II. 15ª. ed. São Paulo: Atlas S.A., 2015.

VERÇOSA, H.M.D. **Títulos e contratos eletrônicos.** Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/304802/titulos-e-contratos-eletronicos>. Acesso em 26 ago. de 2020.

VENTURA, L.H. **Comércio e contratos eletrônicos – aspectos jurídicos.** São Paulo: EDIPRO, 2017.

A QUESTÃO CONSTITUCIONAL COMO REQUISITO DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO

MICHEL DE SOUZA MARQUES:
Graduando em Direito pelo Centro
Universitário Luterano de Manaus

RESUMO: A pesquisa objetiva fazer uma análise sobre a questão constitucional como requisito de admissibilidade do recurso extraordinária. Metodologicamente, utilizou-se a pesquisa bibliográfica, onde foi possível reunir artigos, livros e monografias com seus respectivos autores com o objetivo de traçar um debate sobre a temática. A pesquisa é justificadamente relevante tanto para a sociedade quanto para os operadores do Direito, pois visa debater o cabimento do recurso extraordinário e seus requisitos de admissibilidade, sob um enfoque específico, através de uma análise crítica da questão constitucional. Estrutura-se, assim, em três itens. O primeiro trata do recurso extraordinário. O segundo item aborda o controle de constitucionalidade, desde o seu surgimento no mundo até o modelo adotado no Brasil. O terceiro item analisa a eficácia da questão constitucional e reúne, na literatura especializada, alternativas de solução até então aventadas.

Palavras-chave: Questão Constitucional; Recurso extraordinário; Admissibilidade.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO - 2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO - 2.1 CONTEXTO HISTÓRICO - 2.2 SIGNIFICADO E FUNÇÃO - 3. SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE - 3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL - 4. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL - 5. CONCLUSÃO - 6. REFERÊNCIAS

1. INTRODUÇÃO

O recurso extraordinário, como expressamente consignado no artigo 102 da Constituição Federal, destina-se a tutelar a integridade do texto constitucional, vale dizer, é cabível nas hipóteses em que violação ao texto da Carta Magna.

Seja pela excepcionalidade da medida, seja pela necessidade cada vez mais premente de se conferir eficácia aos provimentos jurisdicionais, o recurso extraordinário possui requisitos específicos de admissibilidade, bem como seu recebimento está adstrito tão-somente ao seu efeito devolutivo.

É justamente sob a ótica de que o processo tem de servir de meio a uma finalidade maior – pacificação de interesses contrapostos – é que se deve entender a excepcionalidade do recurso extraordinário, seja em seus requisitos de admissibilidade, seja pelo efeito no qual é recebido.

O objetivo do presente estudo, portanto, é analisar o cabimento do recurso extraordinário e seus requisitos de admissibilidade, sob um enfoque específico, através de uma análise crítica da questão constitucional, requisito inserido, especialmente, na letra "a" do inciso III do artigo 102 da Constituição Federal.

Com este intuito, o presente estudo desenvolve-se através de pesquisa doutrinária e jurisprudencial, agrupando posicionamentos de especialistas nas matérias tratadas, e examinando, sempre que cabível, o enfoque histórico, pois é através dele que se pode avaliar o quadro atual.

Estrutura-se, assim, em três itens. O primeiro trata do recurso extraordinário, fundamentando na crise do Supremo Tribunal Federal a necessidade de se buscar alternativas que desafoguem a mais alta instância, examinando significado e função deste recurso, comparando-o ao duplo grau de jurisdição e, finalmente, analisando o juízo de admissibilidade frente à natureza jurídica e efeitos.

O segundo item aborda o controle de constitucionalidade, desde o seu surgimento no mundo até o modelo adotado no Brasil, antes e depois da Constituição Federal de 1988, tratando também dos tipos de controle adotados.

O terceiro item analisa a eficácia da questão constitucional e reúne, na literatura especializada, alternativas de solução até então aventadas.

Assim, espera-se alcançar o objetivo proposto, sem, contudo, esgotar a matéria, abrindo espaço para outras discussões.

2. RECURSO EXTRAORDINÁRIO

2.1 CONTEXTO HISTÓRICO

O recurso extraordinário é instituto de origem norte-americana. O writ of error do direito norte-americano, como ensina Luiz Orione Neto, nasceu como elemento integrante da forma constitucional federal (ORIENTE NETO, 2009).

José Carlos Barbosa Moreira registra que, no direito norte-americano, o writ of error, equivalente ao recurso extraordinário brasileiro, não foi criado pela Constituição Federal, nem pelas emendas ao seu texto, esclarecendo que:

A Constituição deu à Corte Suprema competência originária e competência recursal (appellate jurisdiction) no tocante a certas causas; mas, em matéria de recursos, só se referiu aos interpostos contra decisões dos órgãos judiciários inferiores da União (BARBOSA MOREIRA, 2013).

Para Hermann Homem de Carvalho Roenick, o famoso Judiciary Act, de 24 de setembro de 1789, apesar de ter sua constitucionalidade questionada, foi reputado norma válida pela Corte Suprema, em dois casos célebres (ROENICK, 2003).

Além disso, deu origem ao recurso extraordinário do direito argentino, a partir da Lei n.º27, de 1862, e com a Lei n.º48, de 1863, cujo artigo 14 reproduz literalmente a Seção 25 do Judiciary Act de 1789 (ORIENE NETO, 2009).

O Recurso Extraordinário, no Brasil, nasceu com a República. Tendo se atribuído ao Estado a forma federativa, foi necessário um instrumento hábil que possibilitasse o controle das leis federais, de vez que, sendo aplicadas pelos Tribunais estaduais, que julgavam definitivamente as demandas, poderiam ser interpretadas de forma diversa, com prejuízo evidente à autoridade e unidade das mesmas.

Esclarece Carlos Alberto Silveira Lenzi (1988) que, proclamada a República no Brasil, editou-se o Decreto n.º 848, de 11 de outubro de 1890, organizando a Justiça Federal e criando o Supremo Tribunal Federal, com a competência para examinar e solver as questões federais. As disposições contidas no decreto foram mera reprodução dos preceitos estabelecidos no Judiciary Act, de 1789.

Nilton Vital Naves corrobora o sobredito, ao afirmar que:

A melhor das indicações é a de que o extraordinário – de que, nos dias de hoje, são espécies o extraordinário stricto sensu, endereçável ao Supremo, e o especial, endereçável ao Superior Tribunal – teve por modelo o writ of error dos anglo-americanos (NAVES, 2012).

Conforme o retrospecto doutrinário, tal recurso é a perfeita tradução dos preceitos do Judiciary Act de 1789 (An Act to establish the Judicial Courts of the United States). Com o Judiciary, reconheceu-se, lá, a legitimidade das cortes estaduais, deu-se proteção aos direitos individuais e se tornou segura a supremacia do judiciário federal (the legitimacy of the state courts and protected individual rights at the same time that it assured the supremacy of the federal judiciary). Editou-se, então, o recurso extraordinário, consoante anotação de Francisco Campos, com o fim de assegurar o império, ou a supremacia da Constituição e das leis federais, e, segundo Pontes de Miranda, para assegurar, em todo o território e em todas as dimensões do ambiente jurídico nacional, a realização uniforme da lei federal (PONTES DE MIRANDA, 2002).

A Constituição Federal de 1891, em seu artigo 59, III, § 1.º, manteve o recurso inominado em tela, apenas dando nova redação ao contexto. Segundo o disposto no artigo 76, n.º 2, III, a Constituição de 1934, que instituiu a unidade do direito processual, ampliou-se o campo de incidência do recurso. No mesmo passo, a Constituição de

1937, no artigo 101, III, não alterou substancialmente o texto da Lei Maior de 1934 (ROENICK, 2003).

A Constituição de 1946, no artigo 101, III, alargou o campo do recurso extraordinário, embora não de forma a chamar a atenção. A Constituição de 1967 não trouxe alterações substanciais, embora a redação do artigo 114, III, fosse mais sintética do que a da Carta Magna anterior.

O artigo 119, III, da Emenda Constitucional n.º1, de 1969, reproduziu a redação da Carta de 1967. O § 1.º, acrescentado pela Emenda Constitucional n.º7, de 1977, firmou que as causas a que se refere o item III, alíneas "a" e "d", que contrariarem dispositivo da Constituição, negarem tratado ou lei federal e que derem à própria lei federal interpretação divergente da que lhe tenha dado outro Tribunal ou o próprio Supremo Tribunal Federal, serão indicadas no Regimento Interno do STF, que atenderá à sua natureza, espécie, valor pecuniário e relevância de questão federal (LENZI, 1988).

A Constituição Federal de 1988, como faz ver Luiz Orione Neto, é um divisor de águas no tocante ao papel desempenhado pelo recurso extraordinário, e justifica que, na fase anterior à Carta Magna atual, tinha por escopo assegurar a inteireza positiva, a validade, a autoridade e a uniformidade de interpretação da Constituição Federal e das leis federais (ORIONE NETO, 2009)

Atualmente, o recurso extraordinário, como expressamente consignado no artigo 102 da Constituição Federal, destina-se a uniformizar o entendimento acerca das normas constitucionais, vale dizer, é cabível, dentre outras hipóteses, quando houver violação ao texto da Carta Magna (SILVA, 2004).

2.2 SIGNIFICADO E FUNÇÃO

Rodolfo de Camargo Mancuso anota que recorrer provém do latim *recurrere*, significando "tornar a correr, a percorrer". Essa "volta ao passado", subjacente ao sentido da palavra recurso, revela a verdadeira essência do que se contém nesse termo, quando empregado na prática jurídica: quem recorre, pretende, justamente, uma *restitutio in integrum*. Assim:

O caráter de infringência ao julgado, típico dos recursos propriamente ditos (e que serve ao argumento que nega o caráter de recurso aos embargos declaratórios, por isso que estes não infringem, mas antes servem à integração do decisório), revela o objetivo de atacar a decisão guerreada (por nulidade ou por *error in iudicando*, *in procedendo*), propiciando a recondução da situação processual ao seu estágio anterior, isto

é: como ela estava, antes do julgado que veio contrariar o interesse do recorrente (MANCUSO, 2015).

O recurso extraordinário do direito brasileiro não se assimila às figuras recursais a que se costuma, em vários ordenamentos estrangeiros, aplicar essa designação. Extraordinários, em muitas legislações, são os recursos interponíveis contra decisões já acobertadas pela auctoritas rei judicatae, enquanto no sistema recursal pátrio têm o efeito natural de adiar, retardar a formação da coisa julgada. Na observação de José Carlos Barbosa Moreira, a similitude da nomenclatura não deve induzir em erro o intérprete, "que bem andará em abster-se de transplantar para o sistema pátrio proposições encontradas na doutrina alienígena, mas formuladas com referência a recursos 'extraordinários' que de comum com o nosso têm apenas o adjetivo, ou pouco mais" (BARBOSA MOREIRA, 2013).

A Constituição Federal de 1988 em seu artigo 102, III, normatiza que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar, mediante recurso extraordinário, as causas decididas em única ou última instância quando a decisão recorrida: contrariar dispositivo desta Constituição; declarar a inconstitucionalidade de tratado ou lei federal; ou julgar válida lei ou ato do governo local contestado em face desta Constituição.

Teresa Arruda Alvim assevera que o recurso extraordinário, originário do direito norte-americano, significou ao longo do tempo, e principalmente diante da estrutura federativa do Brasil, uma resposta à necessidade da existência de um órgão superior. O Recurso Extraordinário, portanto, sempre teve como finalidade, entre outras, a de assegurar a inteireza do sistema jurídico, que deve ser submisso à Constituição (ALVIM, 1999).

Segundo Luiz Orione Neto (2009), o recurso extraordinário tem uma finalidade específica, que o particulariza e o difere dos recursos chamados de comuns ou ordinários, que é a de preservar a unidade e a autoridade do direito constitucional e infraconstitucional, da mesma forma que o recurso especial.

Esclarece o precitado autor que, através da utilização do recurso extraordinário e especial, não se almeja o reexame da causa, vez que tal papel compete prioritariamente aos recursos ordinários. Nele se discute quaestiones iuris, e destas apenas as relativas ao direito federal. Tem, assim, natureza excepcional, pois objetiva a primazia do interesse público em detrimento do interesse direto das partes.

É justamente sob a ótica de que o processo tem de servir de meio a uma finalidade maior, qual seja a pacificação de interesses contrapostos, é que se deve entender a excepcionalidade do recurso extraordinário, seja em seus requisitos de admissibilidade, seja pelo efeito no qual é recebido.

Sobre a finalidade maior do processo, cabe lembrar que, para Cândido Rangel Dinamarco, o processo serve de instrumento à pacificação social, e esse desiderato somente pode ser atendido, sob a moderna ótica processualista, com a efetividade do procedimento, que se conjuga pelo binômio máximo de utilidade/menor tempo possível (DINAMARCO, 2010).

Além dos pressupostos inerentes a qualquer Recurso, o Recurso Extraordinário reclama mais três: a existência de uma causa; a decisão em única ou última instância; e o envolvimento da questão constitucional.

Nesse contexto, a palavra causa deve ser entendida em sentido amplo, abrangendo todo processo em que haja uma prestação jurisdicional. A norma condiciona, ainda, que a decisão seja prolatada por outros órgãos, não mais sujeita a recursos ordinários, e, finalmente, é necessário que a questão seja constitucional.

3. SISTEMA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

De uma maneira ampla, o controle de constitucionalidade é o sistema de imunização da Constituição, dado que a atividade preventiva ou repressiva, desempenhada por órgãos de natureza política ou judicial, pode importar a invalidação de normas infraconstitucionais que contravenham à forma e/ou matéria das normas constitucionais, em virtude da supremacia e rigidez da Constituição (PEÑA, 2008).

Pelo fio do exposto, o controle de constitucionalidade é conceituado por Marcelo Neves como:

[...] juízo de adequação da norma infraconstitucional (objeto) à norma constitucional (parâmetro), por meio da verificação da relação imediata de conformidade vertical entre aquela e esta, com o fim de impor a sanção de invalidade à norma que seja revestida de incompatibilidade material e/ou formal com a Constituição (NEVES, 2006).

Como ficou demonstrado, no decorrer da história, tem sido exercido sob as mais variadas formas, mas, para uma análise mais clara, devem ser observados vários aspectos que influenciam a classificação dos tipos e sistemas de controle.

Quanto ao momento em que ocorre o controle, há que se distinguir entre controle preventivo e controle repressivo. O primeiro ocorre antes que se perfeccione o ato legislativo. O controle repressivo ou sucessivo dá-se quando o ato normativo já é um ato perfeito, pleno de eficácia jurídica. O primeiro é um controle a priori. O segundo, um controle a posteriori (VIEIRA, 2009).

Quanto ao órgão que exerce o controle, há que se distinguir entre controle político e controle jurisdicional. O primeiro é exercido por órgãos que não pertencem ao Poder Judiciário. O segundo é exercido por órgãos integrados ao Poder Judiciário e pode ser difuso ou concentrado.

O terceiro aspecto a ser analisado e que interfere no controle é o modo com que se efetiva o controle de constitucionalidade. José Joaquim Gomes Canotilho classifica o modo de controle em controle por via incidental e controle por via principal, e ainda: controle abstrato e controle concreto (CANOTILHO, 2003). O controle preventivo está associado ao controle político. Tem como precedente histórico o exercido pelo Senado conservador da Constituição francesa do ano VIII (1799) e a Corte Constitucional austríaca, prevista na Constituição de 1920 (art. 138, n. 2), que, incumbida do controle preventivo, apresentou resultado desanimador (FERREIRA FILHO, 2014).

Em relação ao controle preventivo, afirma Manoel Antonio Ferreira Filho (2014) que “a experiência revela que toda tentativa de organizar um controle preventivo tem por efeito politizar o órgão incumbido de tal controle, que passa a apreciar a matéria segundo o que entende ser a conveniência pública e não segundo a sua concordância com a lei fundamental. Isso é mais grave ainda no que concerne à lei, que se considera, na democracia representativa, expressão da vontade geral, pois vem dar a um órgão normalmente de origem não popular uma influência decisiva na elaboração das leis”.

O controle repressivo ou sucessivo é exercido após a entrada em vigor do ato normativo. Considerado válido, pleno de eficácia jurídica, é o ato normativo submetido à apreciação seja pelo juiz que conhecer da causa, de modo concreto, pelo sistema difuso, seja pelo órgão competente para conhecer do pedido in abstracto, pelo sistema concentrado. Associa-se o controle repressivo ou sucessivo ao controle jurisdicional.

Como observa Guilherme Peña, o controle de constitucionalidade judicial se classifica ao teor do número de órgãos exercentes e modo de exercício. Sob o prisma do número de órgãos, o controle difuso é exercido por todos os juízos e tribunais, e o controle concentrado é exercitado por um órgão judicial. Sob o vértice do modo de exercício, há a distinção entre: controle incidental, instaurado pela via de exceção, no qual a questão constitucional é suscitada como causa de pedir, devendo a inconstitucionalidade ser declarada na fundamentação da decisão, não fazendo, por conseguinte coisa julgada material, cuja finalidade é subtrair certo caso concreto da incidência da norma reputada de inconstitucional; e controle principal, instituído pela via de ação direta, no qual a questão constitucional é suscitada como pedido, devendo a inconstitucionalidade ser declarada no dispositivo da decisão, fazendo, por consequência, coisa julgada material, cuja finalidade é aferir, em tese, a constitucionalidade da norma cuja constitucionalidade é controvertida (PEÑA, 2008).

Acrescente-se ao que já foi dito, que José Afonso da Silva, além do controle político e do controle jurisdicional ou repressivo, identifica ainda uma terceira forma, que é o controle misto. Segundo o autor:

O controle misto realiza-se quando a Constituição submete certas categorias de leis ao controle político e outras ao controle jurisdicional, como ocorre na Suíça, onde as leis federais ficam sob o controle político da Assembleia Nacional, e as leis locais sob o controle jurisdicional” (SILVA, 2020).

Já Anna Cândida da Cunha Ferraz (2010) apresenta como um terceiro modelo ‘misto’ “a combinação com temperamentos e adequações a uma dada realidade nacional, dos modelos americano e austríaco”, enquadrando nesse “novo” modelo o sistema de controle no Brasil.

Para o Professor Ricardo Arnaldo Malheiros Fiuza (2004), há controle misto “quando na fiscalização da constitucionalidade há a participação de elementos vindos, por escolha e formação, do Judiciário e de outros elementos estranhos a esse órgão do Poder do Estado, reunidos, todos, em tribunal não judicial, de competência especializada”. Aponta como controle misto o “modelo austríaco” – Constituição austríaca de 1920; o sistema adotado na Itália – artigos 134 a 137 da Constituição italiana de 1947, modificado o artigo 137 pela Emenda Constitucional de 22 de novembro de 1967.

Por outro lado, Iacyr de Aguiar Vieira (2009) ensina que, para uma abordagem eficaz dos efeitos dos pronunciamentos nos diferentes sistemas de controle da constitucionalidade das leis, há que se analisar, primeiramente, o conteúdo das decisões que são proferidas em cada sistema por meio dos modos específicos com que a questão da constitucionalidade é interposta. Assim, apresentam-se dois modelos básicos de controle da constitucionalidade: o controle político e o controle jurisdicional. No controle político, não há uma decisão judicial, mas há uma verificação prévia da constitucionalidade dos atos normativos apresentados ao órgão competente e há um pronunciamento a respeito. No controle preventivo, o conteúdo dispositivo do pronunciamento traduz-se em impedir a entrada em vigor da norma não conforme com a Constituição.

No controle jurisdicional, os ordenamentos jurídicos têm-se utilizado ora do controle difuso, ora do controle concentrado, ora de ambos. Antes de tratar dos efeitos das decisões, necessário se faz estabelecer uma primeira distinção entre o conteúdo das decisões nos dois sistemas: “no controle concentrado a decisão versa diretamente sobre a questão da constitucionalidade e incorpora no seu teor o correspondente juízo; no controle difuso a decisão visa imediatamente resolver outra questão jurídica (a

questão principal) submetida ao tribunal ou ao juiz singular e, em geral, só nos seus fundamentos integra um juízo sobre a constitucionalidade da norma, juízo que se resolve na ‘aplicação’ ou ‘não aplicação’ desta norma ao caso concreto” (COSTA, 1986).

Uma segunda distinção, decorrente da primeira, refere-se ao modo pelo qual a questão da constitucionalidade se apresenta: sistema difuso ou sistema concentrado. No sistema difuso, o controle das leis “tem o caráter de um controle que se exerce em via incidental”. No sistema concentrado, o controle da constitucionalidade tem “o caráter de um controle que se exerce em via principal” (CAPELLETTI, 1999).

3.1 O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE NO BRASIL

Segundo Guilherme Peña (2008), o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade é eclético ou híbrido, dado que coexistem todas as espécies e modalidades admitidas em Direito Comparado.

No Brasil da Constituição de 1988, tem-se um sistema misto ou híbrido de controle da constitucionalidade das leis ou de atos normativos. Somente o Supremo Tribunal (ou os Tribunais de Justiça, em relação à lei municipal ou à lei estadual em relação à Constituição Estadual) tem competência para declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo federal ou estadual (CF, art. 102, I, a) in abstracto. Daí não se admitir reclamação ao Supremo para que ele garanta, nos termos do artigo 102, II, I, a “autoridade de sua decisão”.

Por influência da Constituição da República Portuguesa (art. 283º), tem-se, também, a “ação de inconstitucionalidade por omissão” (art. 103, § 2º). Trata-se de ação proposta não para declarar uma norma “inconstitucional”, mas para combater o “silêncio legislativo”, na expressiva concisão de José Joaquim Gomes Canotilho (1999).

A Emenda Constitucional n.º3/1993 ensejou o ajuizamento no Supremo Tribunal Federal de uma ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal. Nesse caso, como acontece com a ação direta de inconstitucionalidade, o controle se faz abstratamente, isso é, independentemente da existência de caso concreto. Dessarte, também não se necessita da intermediação do Senado Federal para que a decisão declaratória tenha força erga omnes. A sentença da Suprema Corte, uma vez definitiva, já opera per se ipsa (POLETTI, 2011).

Diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, por ter efeito vinculante (CF, art. 102, § 2º), pode ser invocada por meio de reclamação. Como faz ver Celso Ribeiro Bastos, ainda que contra a jurisprudência, não se pode dar efeito paralisante a liminar em ação declaratória de constitucionalidade: o § 2º fala em “decisões definitivas de mérito” (BASTOS, 2003).

Constatam-se presentes na Constituição brasileira mecanismos de garantia dos direitos nela declarados. No entanto, acredita-se que a Constituição Federal de 1988, ao ampliar o número de legitimados para propor ADIn e, recentemente, regulamentá-la, reduziu o significado do sistema incidental e difuso (RODRIGUES, 2011).

Como se demonstrou, antes da Constituição Federal de 1988, somente ao Procurador-Geral da República era facultado, em sede de controle concentrado de constitucionalidade das leis, provocar o Supremo Tribunal Federal para apreciar a inconstitucionalidade de uma lei em tese. E, como já foi salientado, ele era demissível ad nutum, portanto, funcionário de confiança do Presidente da República. Assim, era o Executivo quem, de fato, tinha a faculdade de questionar a constitucionalidade de uma lei em tese. Sem falar que os Ministros do Supremo, desde aquela época, eram nomeados e escolhidos pelo Presidente. Conscientes dessa situação, os Constituintes de 1988, na luta por uma sociedade mais livre, justa e democrática, aumentaram o número de legitimados para propor a ADIn, consoante se observa com um simples passar de olhos no artigo 103.

Cumpram-se também que, em sede de controle abstrato, o processo é objetivo, não há partes, pois a preocupação é com a ordem jurídica constitucional, que deve ser respeitada, e a ação apresenta natureza dúplice. Assim sendo, questiona-se a necessidade da citação do Advogado-Geral da União, para defesa do ato ou texto impugnado (art. 103, § 3º), pois, se não há partes, não se coloca a lei no banco dos réus.

Assim, a preocupação maior deve ser com a disciplina do controle abstrato, pois o legislador pátrio a privilegiou, dada a segurança que ela proporciona. Isso tanto é verdade, segundo Nina T. Disconzi Rodrigues, que a ADIn e a ADECON, recentemente, foram motivo de regulamentação, bem como a arguição de descumprimento fundamental, através da edição da Lei n.º 9.868, de 10 de novembro de 1999 e da Lei n.º 9.882, de 3 de dezembro de 1999.

A Constituição Federal, no § 3º do artigo 103, determina que, quando o Supremo apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo federal ou estadual, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado. A Constituição, também no artigo 103, § 1º, faz alusão à figura do Procurador-Geral da República, que deverá ser previamente ouvido nas ações de inconstitucionalidade e em todos os processos de competência do Supremo Tribunal Federal. Como informa Paulo Barbosa Ramos, quando o Procurador-Geral arguir a inconstitucionalidade de uma lei, será ouvido antes da decisão do Supremo, funcionando aí como *custus legis* (RAMOS, 2010).

Quanto aos efeitos, a declaração de inconstitucionalidade de lei tem eficácia erga omnes (atinge a todos) e efeito ex tunc (retroage ao momento da constituição do

fato), respeitadas as situações já devidamente constituídas de acordo com sentença judicial transitada em julgado, respeitando-se assim o princípio da segurança jurídica. Paulo Napoleão Nogueira da Silva é da seguinte opinião: quando o Procurador-Geral era o titular exclusivo da ADIn, fazia sentido estender eficácia erga omnes da declaração em ação direta, e, em função dessa eficácia da declaração, cumpre lembrar que, a partir de 1977, permitiu o regulamento interno que o Supremo passasse a dispensar a comunicação ao Senado, para os efeitos do artigo 42, VII, da Constituição Federal. Porém, o fato de a Carta Magna ter ampliado a legitimação fez com que, em sua opinião, quando os outros legitimados propõem ADIn, a eficácia erga omnes ficasse a depender do ato de suspensão, pelo Senado, da execução da lei inquinada, principalmente em face do artigo 52, X (SILVA, 2012).

4. A QUESTÃO CONSTITUCIONAL

Segundo Luiz Manoel Gomes Junior, os abusos por parte dos litigantes são frequentes, o que reforça os argumentos quanto à necessidade de ser adotado um critério que limite o tipo de feito ou interesse que deva ser julgado pelos tribunais superiores (GOMES JUNIOR, 2011).

Outros estudiosos também apontam a necessidade de agilização da entrega da tutela jurisdicional, procurando métodos e saídas para o excesso de feitos nas instâncias extraordinárias. Nesse sentido, observa Rodolfo de Camargo Mancuso (2009) que a funcionarização do Judiciário é um problema para o qual a comunidade jurídica brasileira precisa estar alerta, para detectar, enquanto é tempo, suas verdadeiras causas e oferecer alternativas para melhorar e agilizar a prestação jurisdicional. Assevera que:

Descartado o alvitre de aumentar o número de ministros ou criar novos Tribunais (onera o erário e superdimensiona o Judiciário), o bom senso parece sinalizar no sentido da adoção de medidas, que possibilitem uma triagem razoável no afluxo de recursos excepcionais, dirigidos aos Tribunais da Federação, para o que muito pode contribuir o direito sumular, no âmbito do juízo de admissibilidade [...], a par do incremento da jurisdição coletiva e da ampliação do efeito vinculante. Com isso, é de se esperar que, aliviados da sobrecarga representada pelos recursos repetitivos ou de massa, possam os complexos, carentes de uma análise judiciária bem fundamentada e capaz de outorgar o bom direito ao jurisdicionado que o mereça [...].

Assim, uma tentativa de se racionalizar a atuação dos Tribunais Superiores tem sido a adoção de súmulas, ou seja, a exteriorização do posicionamento do órgão julgador no que se refere a certo tema jurídico, com o objetivo de evitar a repetição de

recursos, posto que o resultado daquele já seria de conhecimento do litigante. A respeito, José Joaquim Calmon de Passos (2014) refere que a organização da Súmula da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal foi um limite posto à admissibilidade do recurso extraordinário e balizador de sua denegação na instância legal, além de facilitador de seu não conhecimento no juízo ad quem, sem considerar o que representava em termo de persuasão no sentido de obediência ao nela fixado.

Em esclarecimento, Teresa Arruda Alvim Wambier (2013) destaca que as Súmulas consistem num resumo da jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal, expressando a interpretação da maioria absoluta dos Ministros a respeito das questões julgadas, ainda que as decisões dos precedentes não tenham sido unânimes. Representam, assim, a orientação pacífica desse Tribunal, no que concerne à exegese das leis, quer de direito material, quer de direito processual, e no que diz com assuntos não tratados de forma específica pelo texto do direito positivo.

Como anota Luiz Manoel Gomes Junior (2011), outro tipo de exegese que tem sido adotada pelos Tribunais Superiores refere-se à adoção de posicionamento no sentido de que nas instâncias extraordinárias não seria possível a regularização dos atos processuais, ou seja, complementação das peças faltantes no agravo de instrumento ou autenticação das mesmas, juntada de procuração após a interposição do recurso ou, ainda, a própria assinatura na petição que veicule a irrisignação, que em um primeiro momento tenha sido apresentada sem o atendimento a tal providência.

Por outro lado, a Lei n.º 9.756, de 17 de dezembro de 1998, alterou a redação do § 3.º do artigo 542 do Código de Processo Civil, determinando que os Recursos Extraordinários e Especial, quando originários de Agravos de Instrumento relacionados às decisões interlocutórias, serão sempre retidos, ou seja, aguardarão a solução final da demanda, dependendo ainda da reiteração da parte recorrente. Objetivou-se, com isso, que o fator “tempo” atuasse no sentido de retirar do recorrente o interesse no julgamento de sua irrisignação e, via de consequência, diminuindo o número de recursos a serem analisados. Sálvio de Figueiredo Teixeira (2009) apontou duas finalidades básicas a aconselhar a adoção do regime da retenção, a saber: tornar mais ágil o sistema recursal, quer ao adotar-se a modalidade retida dos recursos extraordinário e especial, quer ao simplificar e coibir os excessos de índole procrastinatória, quer ao ampliar os poderes do relator; e dar maior eficácia às decisões emanadas dos Tribunais Superiores, nestes incluído o Supremo Tribunal Federal, valorizando a jurisprudência sumulada, uniforme ou dominante.

5. CONCLUSÃO

O presente estudo examinou o recurso extraordinário, como expressamente consignado no artigo 102, na hipótese de seu inciso III, da Constituição Federal, destinado a uniformizar o entendimento acerca das normas constitucionais, que possui requisitos específicos de admissibilidade, entre os quais mereceu destaque a existência de questão constitucional.

O Recurso Extraordinário, de competência do Supremo Tribunal Federal, é interponível para atacar decisões judiciais contra as quais não seja mais cabível recurso ordinário. Seu principal objetivo é manter a unidade da Constituição Federal e sua supremacia perante o restante do ordenamento jurídico. Possui uma destacada finalidade política, embora não lhe seja retirada a característica de recurso. Outra peculiaridade do recurso extraordinário é sua imprestabilidade para o mero reexame da matéria fática.

Havendo, no Brasil, o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos por via de ação e por via de exceção demonstra, de um certo modo, uma determinada evolução doutrinária e institucional frente a outros ordenamentos jurídicos. A aplicação da via de exceção, unicamente pelo recurso extraordinário, a princípio, e a seguir também pelo mandado de segurança e outras ações constitucionais, configura o momento liberal das instituições pátrias, volvidas preponderantemente, desde a Constituição de 1891, para a defesa e salvaguarda dos direitos individuais.

A existência de questão constitucional é pressuposto específico da admissibilidade do recurso extraordinário, sendo necessário que o ato recorrível contenha questão respeitante à aplicação de norma expressa na Carta Magna da República, nos exatos termos do artigo 102, III, "a", quando haja ofensa à autoridade ou à unidade da incidência ou da inteligência da Constituição.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda. **Aspectos polêmicos e atuais do Recurso Extraordinário e Recurso Especial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 46.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 17^a. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 562. vol. V.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Comentários à constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 4. t. III.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Da arguição de relevância no recurso extraordinário**. Rio de Janeiro, Revista Forense, 2014 n. 259, p. 12.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 981-982.

CAPPELLETTI, Mauro. **O Controle Judicial de Constitucionalidade das Leis no Direito Comparado**. 2. ed. Porto Alegre: Fabris, 1999, p. 102.

COSTA, José Manuel M. Cardoso da. **A Justiça Constitucional no Quadro das Funções do Estado vista à luz das espécies, conteúdo e efeitos das decisões sobre a Constitucionalidade de Normas Jurídicas**. Relatório Geral da VII Conferência dos Tribunais Constitucionais. Boletim do Ministério da Justiça n. 127/28. Lisboa, 1986, p. 53-54.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Fundamentos do processo civil moderno**. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 308. 6ª ed. vol. 1.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Apontamentos sobre o Controle de Constitucionalidade**. In Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, n. 34, dez. de 2010. p. 33

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 31.

FIUZA, Ricardo Arnaldo Malheiros. **O Controle de Constitucionalidade das Leis (Direito Comparado)**. Conferência proferida no Foro da Justiça Federal. Belo Horizonte, 7 abr. 2004.

GOMES JUNIOR, Luiz Manoel. **A arguição de relevância: a repercussão geral das questões constitucional e federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

LENZI, Carlos Alberto Silveira. **O recurso extraordinário na nova Constituição**. 1988. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/16375/14960>. Acesso em: 14 de abril de 2021.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Divergência jurisprudencial e súmula vinculante**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 239.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 13.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NAVES, Nilton Vital. **Panorama dos problemas no Joder Judiciário e suas causas – o Supremo, o Superior Tribunal e a reforma**. Revista CEJ, Brasília, n. 13, p. 10, jan./abr. 2012.

NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 74

ORIONE NETO, Luiz. **Recursos cíveis: teoria geral, princípios fundamentais, dos recursos em espécie, tutela de urgência no âmbito recursal, da ordem dos processos no tribunal.** São Paulo: Saraiva, 2009, p. 491.

PEÑA, Guilherme. **Direito constitucional: teoria da Constituição.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 145.

POLETTI, Ronaldo. **Controle da constitucionalidade das leis.** Rio de Janeiro: Forense, 2011.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil.** Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 272. t. 3.

RAMOS, Paulo Barbosa. **O controle concentrado da constitucionalidade das leis no Brasil: filosofia e dimensões jurídico-políticas.** São Paulo: Celso Bastos, 2010.

RODRIGUES, Nina T. Disconzi. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro e as leis 9.868/99 e 9.882/99.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 38, n. 149, p. 112, jan./mar. 2011.

ROENICK, Hermann Homem de Carvalho. **O recurso extraordinário e o procedimento sumaríssimo.** Revista AJURIS, ano 1, n. 1, p. 66-67, jul. 2003.

SILVA, Gustavo Passarelli da. **Considerações sobre as medidas cautelares perante o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.** Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 198, 20 jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4727>>. Acesso em: 15 de abril de 2021

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 43. ed. São Paulo: Juspodivim, 2020, p. 50.

SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. **A evolução do controle de constitucionalidade e a competência do Senado Federal.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A Lei 9.756/98 e suas inovações. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; NERY JUNIOR, Nelson (coord.). **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. XX.

VIEIRA, Iacyr de Aguiar. **O controle de constitucionalidade das leis: os diferentes sistemas.** Revista de Informação Legislativa, Brasília, a. 36, n. 141, p. 42, jan./mar. 2009.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **A função das súmulas do Supremo Tribunal Federal em face da teoria geral do direito.** São Paulo, Revista dos Tribunais, RePro, 2013, vol. 40, p. 225.

ATIVIDADES ESPORTIVAS AGROPECUÁRIAS COM ANIMAIS: POSICIONAMENTO LEGISLATIVO, AMBIENTAL E CULTURAL

CAROLINA ARRABAL MEDEIRO:

bacharelanda do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná.

RESUMO: O rodeio é uma prática esportiva que teve seu início no século XIX, nos territórios dos Estados Unidos. Com a expansão americana em territórios antes mexicanos, diversos criadores de gado levavam seus animais para aquelas regiões, sendo que vez ou outra, os vaqueiros costumavam montar nos animais para demonstrar mestria e domínio sobre o animal. Com isso, gerou-se uma espécie de competição entre eles, a qual futuramente seria conhecida como rodeio. O sucesso desta modalidade esportiva foi tanto, que outros países passaram a aderi-la, como é o caso do Brasil, que iniciou esta prática em meados dos anos 40. O rodeio tornou-se um evento de grande reconhecimento nacional, contudo, não haviam leis que amparavam sua prática, até que na década de 90 passaram a existir legislações estaduais que permitiam tal prática. Com advento da Lei ambiental no ano de 1998 muito se discutia acerca da legalidade do rodeio, pois muitos eram os relatos de maus tratos dos animais empregados nestes eventos. Assim, com findo a resolver de vez tal questão, no ano de 2017 foi promulgada a Emenda Constitucional 96, a qual considera a prática do rodeio como legal, de cunho esportivo e cultural. Essa mudança legislativa ocasionou diversas discussões dentro do ordenamento jurídico, pois aponta-se que tal mudança é inconstitucional e afronta preceitos ligados a Constituição e a Lei Ambiental, contudo, por outro lado, muito tem comemorado tal mudança, haja vista que o rodeio é fonte de renda de diversas famílias em todo território nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Rodeio. Esporte. Entretenimento. Legislação. Cultura.

ABSTRACT: Rodeo is a sport that started in the 19th century, in the territories of the United States. With the American expansion in former Mexican territories, several cattle breeders took their animals to those regions, and occasionally, the cowboys used to ride on the animals to demonstrate mastery and mastery over the animal. As a result, there was a kind of competition between them, which in the future will be known as a rodeo. The success of this sport was so great that other countries started to join it, as is the case of Brazil, which started this practice in the mid-40s. The rodeo became an event of great national recognition, however, there was no laws that supported its practice, until in the 90s, state laws that allowed such practice started to exist. With the advent of the Environmental Law in 1998, much was discussed about the legality of rodeo, as there were many reports of mistreatment of animals used in these events. Thus, with the end of resolving this issue once and for all, in 2017 Constitutional Amendment 96 was enacted, which considers the practice of rodeo to be legal,

sporting and cultural. This legislative change has led to several discussions within the legal system, as it is pointed out that such a change is unconstitutional and defies precepts related to the Constitution and the Environmental Law, however, on the other hand, much has celebrated this change, given that the rodeo is a source income of several families across the country.

KEYWORDS: Rodeo. Sport. Training. Legislation. Culture.

INTRODUÇÃO

Conhecido pelo termo “8 segundos” o rodeio é um esporte que vem se tornando muito popular em todo território nacional por suas peculiaridades ligadas a emoção, beleza e habilidade. O esporte encanta pela maestria do peão em conseguir se segurar em um animal com peso superior a 300 quilos, bem como, apresenta beleza nas provas a cavalo e nos shows de pirotecnia que não faltam nos eventos de rodeio.

Sua origem é datada do Século XIX, mais especificamente no território dos Estados Unidos, onde durante o período de colonização dos territórios mexicanos, os colonos do gado levavam seus animais para estes novos locais, a fim de criar seus rebanhos e constituir novas zonas territoriais.

Em cada parada destas, os vaqueiros mais habilidosos costumavam montar nos animais mais ferozes a fim de demonstrar sua maestria e domínio sobre o animal, e com isso, tal prática se popularizou por todo o território americano, e em outras localidades, chegando até mesmo no Brasil.

No Brasil tal prática passou a ser conhecida na década de 40, contudo sua legalidade só passou a ser efetivada nos anos 90 com determinadas leis estaduais promulgadas no Estado de São Paulo.

Antes mesmo do rodeio se tornar popular no território nacional, muitas eram as discussões a respeito da legalidade destes eventos, tendo em vista os diversos relatos de maus tratos a animais perpetrados por peões e funcionários dos eventos. Com o advento da Lei de Crimes Ambientais no ano de 1998, tais discussões tomaram maiores proporções, pois a referida lei configura como crime qualquer prática cruel contra animais, englobando assim, os utilizados em rodeio.

Com isso, na tentativa de demonstrar a legalidade dos eventos, no ano de 2017 foi promulgada a Emenda Constitucional n. 96, a qual classificava o rodeio como prática cultural, não sendo crime ambiental a utilização de animais, desde que este não fossem submetidos a crueldade ou tortura.

Porém, tal Emenda só gerou maiores discussões a respeito do tema, tendo em vista sua possível inconstitucionalidade, que afronta tanto preceitos constitucionais quanto ambientais.

Fato é que o rodeio proporciona condições de vida a milhares de brasileiros que dependem exclusivamente do salário percebido nesses eventos. No ademais, tal prática é sim esportiva e de cunho cultural, pois sua essência encontra-se enraizada na sociedade, e por isso deve sim ser considerada como esporte nacional, que proporciona renda e entretenimento a milhares de pessoas.

1. A HISTÓRIA DO RODEIO

Com o avanço do processo de expansão territorial dos Estados Unidos no século XIX diversas regiões que pertenciam ao México acabaram por serem anexadas aos territórios americanos, e com isso, costumes que pertenciam as pessoas daquelas localidades passaram a ser adotadas por aqueles que participaram do processo de expansão.

Durante este processo, os colonos tinham o costume de levar seu gado para as regiões ora ocupadas, sendo que a cada parada realizada para o descanso, era comum que os vaqueiros montassem nos animais mais ariscos, gerando assim, uma espécie de competição entre eles, sendo que àquele que permanecesse o maior tempo em cima do animal era o vencedor.

Os norte-americanos, que criaram os rodeios, fizeram-no por acaso, por volta de 1870. Os vaqueiros tinham de combinar grandes rebanhos até entroncamentos ferroviários e aí, por puro divertimento, competiam em corridas sobre cavalos bravos. Não tardou para que se transformassem em espetáculos e até com cobrança de ingresso (FIGUEIREDO, 2004, p. 435).

O rodeio em si, se deu através da união multicultural entre os costumes espanhóis e americanos, desde a doma espanhola até a lida com o gado por parte dos americanos na época em questão. É sabido ainda que, o nome rodeio adveio do verbo espanhol rodear, o qual significa "juntar o gado".

Constam os registros históricos que a primeira prova de montaria de gado ocorreu no estado americano do Colorado, no ano de 1869. Foi somente a partir deste momento que houve a difusão das montarias de touros e cavalos, além de serem testadas também as habilidades do vaqueiro em provas de laço. E assim sendo, surge o rodeio em si, como entretenimento para os cidadãos americanos do Oeste.

Foi somente no século XX que a prática do rodeio foi reconhecida como um esporte no país, ocasião em que ocorreram diversos eventos e competições na região

Oeste dos Estados Unidos. A prática do rodeio somente ficou conhecida a nível nacional com o acontecimento de eventos em grandes capitais do país, como foi o caso do ocorrido na cidade de Nova Iorque, em meados de 1920.

Com o avanço do esporte em toda região norte americana, foi criada no ano de 1929 a Associação de Rodeio da América, a qual juntou diversos gerentes e promotores de eventos esportivos ligados a prática do rodeio, gerando assim, uma maior estrutura e divulgação do esporte em todo país.

Com o passar dos anos, e com o grande crescimento do esporte, diversos outros grupos foram criados afim de profissionalizar a prática esportiva do rodeio, como a exemplo, a *National Intercollegiate Rodeo Association*, criada em 1948. E assim sendo, uma mera competição entre vaqueiros que buscavam desbravar o Oeste americano se tornou um esporte praticado até os dias atuais, gerando renda para famílias e entretenimento para o público.

1.1 O RODEIO NO BRASIL

Assim como no Estados Unidos, a origem do rodeio no Brasil se deu através do entretenimento dos vaqueiros que transportavam gados pelo território nacional, através das comitivas, onde a cada pausa durante o trajeto de uma região para a outra, os vaqueiros montavam nos animais no intuito de se divertirem e de demonstrar suas habilidades de montaria.

Constam relatos históricos que, o primeiro evento esportivo de rodeio ocorreu em meados de 1947, na então praça central da cidade de Barretos, estado de São Paulo. Pode-se dizer que foi através desses eventos realizados na cidade de Barretos que a prática esportiva do rodeio começou a tomar forma no território nacional.

Para Alceu Araújo (1964), o rodeio brasileiro não seria uma cópia direta dos rodeios norte-americanos, mas sim meras festividades realizadas pelas comitivas após o grande trajeto com o gado pela região nacional, até a chegada do ponto final, onde os animais eram entregues.

Contudo, até meados de 1980, os animais que eram utilizados na prática esportiva do rodeio eram aqueles que não serviam efetivamente na lida em fazendas, assim como assevera João Marcos Alem (2005, p. 101):

Mas aqui o mais relevante é ressaltar que, entre essas entidades, até o início dos anos 80, não se incluíam criadores especializados em animais próprios para os rodeios, para as provas de montaria com sedém. Considerava-se que animais comesse fim apresentavam demanda atomizada, incipiente e seu atendimento

não era comparativamente lucrativo. Mais precisamente, os criadores destinavam para essas provas animais inadequados para funções mais nobres. Destinavam, então, animais xucros, não treinados, pois deles se exige apenas que pulem, movimento que o sedém se encarrega de provocar com o desconforto dador e das "côcegas".

Foi somente na década de 1990 que surgiram produtores de gado para o fim específico do rodeio, e assim sendo, houveram diversos aperfeiçoamentos técnicos e até mesmo genéticos na criação destes animais, assim como aponta João Marcos Alem (2005, p. 101):

Apenas recentemente, nos anos 90, surgiram criadores e tropeiros preocupados em cruzar raças para melhorar a especialização de animais para rodeios, em parte orientados pelas práticas, técnicas e estratégias dos produtores nobres da equino e bovinocultura e seus *habitus* respectivos. Entretanto, não é somente com a venda e/ou aluguel de animais que esses novos empresários montam suas atividades lucrativas nos rodeios e sim pela inserção direta no espetáculo como um todo, por meio de atividades conjugadas.

Com o passar dos anos, os rodeios que antes eram promovidos em feiras e exposições agropecuárias passaram a ser realizados por grandes empresários, tendo mais destaque no meio nacional, contando com ainda mais atrações. E assim sendo, a prática do rodeio ficou cada vez mais profissional, havendo a incorporação de técnicas e critérios esportivos, criando diversas competições por todo o país.

Dentre as festas mais conhecidas do território nacional nos anos 90, estão a de Barretos, Colorado, Jaguariúna e Uberaba, sendo que, com tanto conhecimento e público, era notável que estes eventos se tornassem negócios milionários, fomentadores de comércio e renda em diversas regiões do país.

Os rodeios e festas do peão, junto com exposições, feiras, shows de duplas sertanejas, festivais de música, eventos esportivos, rituais cívicos, religiosos e outros eventos ruralistas, estão no centro de uma nova rede de práticas e representações da categoria rural, que envolve públicos massivos, fomenta formas inovadas de sociabilidade por meio do entretenimento e, principalmente, expande o consumo de símbolos ruralistas em diversos espaços sociais rurais e urbanos (ALEM, 2005, p. 96).

Obviamente, com o crescimento da prática esportiva, e visando a manutenção e cuidados com os animais empregados nos rodeios surgiu a Lei Estadual nº 10.359/1999, promulgada no estado de São Paulo, a qual previa em seu artigo 1º a aplicabilidade da lei nos eventos, “aplicam-se aos rodeios, de maneira geral, as disposições relativas à defesa sanitária animal previstas, para o caso de exposições, feiras e leilões de animais”.

No ademais, apresenta a referida lei em seu Parágrafo Único, do art. 1º, que o que seria considerado como evento de rodeio, “considera-se rodeio de animais as atividades de montaria ou de cronometragem, em que entram em julgamento a habilidade do ser humano em dominar o animal, com perícia e elegância, assim como o desempenho do próprio animal”.

Diante tantas discussões que ocorreram entre grupos que eram favoráveis e aqueles que eram contrários a prática do rodeio, foi proposta uma lei que visava tornar o rodeio como esporte oficial no território nacional, sendo aprovada no ano de 2001 a Lei nº 10.220, a qual traz em seu artigo 1º, a concepção do legislador para o esporte de rodeio:

Art. 1º. Considera-se atleta profissional o peão de rodeio cuja atividade consiste na participação, mediante remuneração pactuada em contrato próprio, em provas de destreza no dorso de animais eqüinos ou bovinos, em torneios patrocinados por entidades públicas ou privadas.

Não só a legislação assecuratória da prática do rodeio foi criada no ano de 2001, mas também foi fundada a Confederação Nacional de Rodeio (CNAR), a qual é responsável por coordenar e representar a prática esportiva do rodeio juntamente com o Governo Federal e seus ministérios voltados a área.

A Confederação Nacional de Rodeio – CNAR, desde 2001, é a única reconhecida pelo Ministério do Esporte, uma entidade nacional de administração do desporto sem fins lucrativos; desta forma somente a CNAR pode cancelar os Campeonatos Estaduais e Brasileiro de Rodeio profissional.

O primeiro Presidente da CNAR foi o Sr. Roberto Vidal, que participou da definição das Leis que disciplinam o Rodeio no país, devidamente regulamentado como ESPORTE pelo Governo Federal.

A CNAR está presente em várias Estados tais como Mato Grosso, Goiás (Rio Verde), Espírito Santo, Minas Gerais, Rio de Janeiro e São Paulo, dentre outros através das suas Federações Estaduais de Rodeio (CNAR, 2021, *online*).

É sabido que, com o avanço das festas de peão de boiadeiro, a cada ano o número de eventos realizados tende a aumentar cada vez mais, sendo que no ano de 2018 foram realizados 919 rodeios em 873 municípios de todo o território nacional, números expressivos que tendem a aumentar a cada ano que se passa.

Em 2018 foram realizados 919 rodeios, um registro de apenas 11 eventos a mais do que no ano anterior, quando foram registrados 908 rodeios. O aumento mínimo, corresponde a apenas 1,08%, confirmando novamente que existem menos de 1000 rodeios no Brasil (RODEIO SA, 2019, p. 03).

Contudo, devido a pandemia ocasionada pela nova cepa do Corona Vírus (Covid-19), no ano de 2020, os rodeios tiveram que ser suspensos em razão da propagação alarmante do vírus em questão. Espera-se que com o fim da pandemia que assola o mundo os eventos esportivos possam retornar com ainda mais força e festividade, a fim de promover o entretenimento do público e beneficiar tanto aqueles que de forma direta e indireta dos eventos.

1.2 MODALIDADES DO RODEIO

Apesar do que muito se pensa, o esporte “rodeio” não é baseado apenas na montaria de touros ou cavalos, mas também em diversas outras modalidades que demonstram as habilidades e mastreias do peão, como é o caso das provas de laço e dos três tambores.

Cada modalidade a seguir exposta tem suas próprias especificidades e regras específicas, a fim de não haver generalizações na prática do rodeio. Para algumas pessoas, todas as práticas a seguir expostas encontram o fundamento legal adequado, contudo, há quem pense o contrário, e aponta a prática do rodeio tanto ilegal quanto imoral, tendo em vista a utilização de animais para a realização dos eventos.

Insta salientar que, no Brasil, não existe qualquer hipótese que assegure a tourada espanhola (onde ocorrem mortes de touros), dentro dos eventos de rodeios, meramente há a prática realizada pelo salva-vidas, que se põe a frente do touro para preservar a vida dos peões, não ocasionado qualquer dano físico ao animal.

1.2.1 MONTARIA EM TOURO (OS 8 SEGUNDOS)

Simple e pratica, porém, muito difícil e arriscada, essa é a montaria em cima de touros. A teoria é básica, o peão deve montar em cima do animal e permanecer o máximo de tempo possível para conseguir a melhor pontuação frente a seus adversários. Contudo, os animais treinados para essa competição tendem a ser de extrema agressividade, podendo até mesmo ceifar a vida do peão, caso esse não se tome cuidado.

A regra para esta competição é simples, após montar no animal, o peão deve segurar a corda américa que envolve o animal com apenas uma das mãos (podendo ser a esquerda ou a direita), a outra mão deverá ficar livre, geralmente jogada ao ar, para gerar assim, equilíbrio ao competidor, e também para evitar que esta toque em qualquer lugar, haja vista que é estritamente proibido que ocorra o toque da mão livre em qualquer parte o corpo, cerca, arena, animal e etc., podendo o competidor ser desclassificado, com nota zero.

Os avaliadores da competição levarão em consideração os seguintes quesitos: tempo em cima do animal, dificuldade que o animal impõe, e técnica de domínio do peão para com o touro, sendo considerado valido o competidor que permanecer por 8 segundo em cima do animal, sendo que a nota pode variar de 0 a 100.

Insta salientar que, é estritamente proibido o uso de quaisquer que seja o equipamento que possa ocasionar maus tratos ou lesões ao animal, tendo em vista as regras da competição e a legislação que trata do assunto.

1.2.2 MONTARIA EM CAVALOS

A montaria em cavalos divide-se basicamente em três categorias, a montaria em sela americana, a montaria *Bareback* (alça de couro), e a montaria Cutiano, ambas fazendo parte do rodeio como esporte, com regras e regulamentos específicos. A montaria de sela americana é considerada a mais tradicional dentre as três apresentadas, nesta modalidade o animal é selado, tendo o competidor que segurar com apenas uma das mãos um cabo de cabresto de cerca de 1,20m.

Além disso, é necessário que o competidor realize uma manobra denominada "mark-out", ou seja, quando as porteiras abrirem, e o animal tocar com suas patas dianteiras na arena, o competidor deve ultrapassar o pescoço do animal com suas esporas sem pontas. O tempo regulamentar também é de oito segundos.

A modalidade *Bareback* obedece aos meus regulamentos da sela americana, contudo, nessa, o competidor irá ultilar uma alça de couro que é feita sob medida para cada peão, onde este deve realizar o "mark-out", com tempo regulamentar de oito segundos também.

A modalidade Cutiano tem origem no Brasil, sendo utilizada somente no território nacional. Nesta, o competidor deverá segurar a rédea do animal com apenas uma das mãos, sendo que a mão livre não pode tocar em nenhum local. A espora do competidor deverá ser puxada do pescoço do animal para a alça de arreio, sendo seguida a frequência de saltos do animal. A nota seguirá o tempo regulamentar de oito segundos.

1.2.3 TRÊS TAMBORES

A modalidade três tambores foi criada exclusivamente para o sexo feminino, onde as competidoras devem contornar três tambores que ficam dispostos de forma triangular, sendo que vence aquela que faz o contorno no menor tempo possível. Geralmente, o animal utilizado nessa competição é o cavalo Quarto de Milha.

Caso aconteça de a competidora derrubar qualquer que seja dos tambores, haverá penalidade de cinco segundos por tambor derrubado. Ao final do percurso, tanto competidora quanto animai passam por uma vistoria técnica, sendo que, caso seja constatado marca de chicote ou espora fora do padrão estipulado, a competidora será desclassificada da competição.

1.2.4 PROVA DE LAÇO

A prova de laço pode ser realizada tanto de forma individual quanto em dupla, nesta prova o peão deverá estar montado em um cavalo tendo que laçar um bezerro que será solto dentro da arena de competição. Após laçar o bezerro, o competidor deverá saltar de seu cavalo e amarrar três das quatro patas do animal, vencendo aquele que fizer esse trajeto no menor tempo possível.

No caso da prova em dupla, os competidores devem laçar o bezerro de duas formas em conjunto, um deve laçar a cabeça o outro os pés do animal, sendo que a prova só será finalizada quando ambos estiverem de frente um para o outro com o animal laçado. Os competidores deverão fazer este trajeto montados em seu cavalo, sem descer em momento algum, tendo como tempo máximo sessenta segundo para realizar a prova.

2. ANÁLISE JURÍDICA A RESPEITO DA PRÁTICA ESPORTIVA DO RODEIO

Como já relatado anteriormente, o rodeio passou por mudanças ao longo do tempo, passando de entretenimento a competição, contudo, sempre houveram diversas discussões sobre a legalidade desse esporte, tendo em vista a utilização de animais para sua prática. Com isso, a legislação teve de determinar como o rodeio deveria ser realizado, a fim de não prejudicar os animais que eram empregados nesses eventos.

Sabe-se que, a proteção a flora e a fauna do mundo só se deu em meados do século XX, sendo que antes disso, o ser humano não se importava com as questões ambientais, tampouco com animais, o que gerou a extinção de diversos espécimes pelo mundo.

Contudo, com o avanço do pensamento e da forma de vida, diversos países optaram por trazer a baila da discussão, meios de preservação tanto da fauna quanto da flora, não podendo mais o ser humano desmatar florestas ou matar animais por sua livre vontade.

Com essa vontade de preservar o meio ambiente, no ano de 1972 ocorreu a Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, a qual teve papel fundamental na formulação de leis e regras para os países que visavam proteger seu patrimônio ambiental.

A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio ambiente, reunida em Estocolmo de 5 a 16 de junho de 1972, e, atenta à necessidade de um critério e de princípios comuns que ofereçam aos povos do mundo inspiração e guia para preservar e melhorar o meio Ambiente (SAMPAIO, 2011, p. 19).

Sabe-se que no Brasil a competência para legislar sobre questões ligadas a florestas, águas, riquezas, caça e pesca é destinada à União desde a Constituição Federal de 1934, contudo, a proteção do meio ambiente como um todo só veio através da promulgação da Constituição de 1988, a qual deixou claro que era vedado qualquer ato destrutivo do homem contra o meio ambiente.

O direito ao meio ambiente encontra base constitucional no artigo 225 da Carta Magna de 1988, que versa:

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

Insta salientar que, já havia proteção ao meio ambiente antes da CF/88, contudo, esta era firmada por lei infraconstitucional, de forma dispersa, e assim sendo, apenas algumas situações eram asseguradas de proteção, o que acabou por gerar diversos problemas ao meio ambiente. Sabe-se ainda que, o posicionamento dos legisladores para o meio ambiente era baseado em questões patrimoniais e não ecológicas, tendo em vista que a natureza, naquela época, era tratada como bem de valor monetário.

E assim sendo, como já mencionado, foi somente na CF/88 que o pensamento do legislador ficou voltado a questões ecológicas, de preservação e proteção do meio ambiente. Diante disso, agora o meio ambiente é reconhecido como de caráter fundamental, em razão de ser essencial e de extrema importância para a nação e para as gerações futuras do país.

A Constituição é clara ao versar no §1º, inciso VII, do art. 225 que nenhum animal deverá ser submetido a qualquer tipo de crueldade, o que elevou o entendimento de proteção ambiental de “proteger fauna e flora específica” para uma proteção generalizada, alcançando assim, os touros de rodeios.

Art. 225 [...]

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou **submetam os animais a crueldade** (Grifo Nosso).

Sobre a generalização do conceito de proteção ambiental, a excelentíssima ministra do Supremo Tribunal Federal Rosa Weber afirma que:

A Constituição, no seu artigo 225, § 1º, VII, acompanha o nível de esclarecimento alcançado pela humanidade no sentido de superação da limitação antropocêntrica que coloca o homem no centro de tudo e todo o resto como instrumento a seu serviço, em prol do reconhecimento de que os animais possuem uma dignidade própria que deve ser respeitada (BRASIL, 2017, p. 6).

Essa generalização do conceito de meio ambiente foi fundamental para proteger toda fauna e flora do ecossistema nacional, indo desde de onças pintadas até mesmo animais de estimação, das árvores em meio a mata atlântica, até as que se encontram dentro das regiões metropolitanas.

Contudo, com o avanço do entendimento que o rodeio fazia parte da cultura nacional, sendo esta principal fonte de renda de diversas pessoas, o constituinte decidiu por acrescentar um parágrafo específico na Constituição que assegurava aos competidores e a quem promovia rodeios a garantia da realização do evento, desde que obedecidos critérios rígidos nos cuidados com os animais.

§ 7º Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Com isso, apesar das inúmeras críticas ao dispositivo constitucional promulgado, a prática do rodeio tornou-se constitucional e legal, podendo agora ser realizado sem quaisquer impedimentos. Tal mudança só foi possível através da promulgação da PEC 50/2016 “PEC da Vaquejada”, que buscava assegurar o direito de quem participa de eventos de rodeio.

Apesar de legal, o rodeio ainda gera muitas discussões entre aqueles que apoiam e aqueles que não apoiam esta prática, para uns o rodeio é fonte de renda e cultura nacional, porém, para outros, o rodeio é apenas mais um meio para a tortura animal, razão que gera muitas controvérsias no cenário jurídico nacional.

2.1 EMENDA CONSTITUCIONAL 96/2017

No ano de 2017 foi aprovada a emenda constitucional 96, a qual permitia a prática esportiva do rodeio em todo território nacional, tal emenda acrescentou o parágrafo 7º ao artigo 225 da Constituição Federal, versando o seguinte:

Para fins do disposto na parte final do inciso VII do § 1º deste artigo, não se consideram cruéis as práticas desportivas que utilizem animais, desde que sejam manifestações culturais, conforme o § 1º do art. 215 desta Constituição Federal, registradas como bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro, devendo ser regulamentadas por lei específica que assegure o bem-estar dos animais envolvidos.

Com isso, a prática da vaquejada e rodeio ficaram resguardadas pela Constituição Federal como atividades de cunho cultural, devendo os organizadores dos eventos apenas prezar pelo bem estar dos animais empregados nas práticas esportivas.

Tal emenda adveio de muitas discussões sobre o tema “rodeio” e o quão benéfico poderia ser para as pessoas que participavam efetivamente deste, bem como o quão tradicional era esta prática, reconhecida em todo território nacional como parte da cultura brasileira.

Deve-se ressaltar que antes da promulgação da Emenda Constitucional 96/2017, a prática da vaquejada ou do rodeio poderiam ser consideradas como cruéis, tendo em vista que o inciso VII do §1º do art. 225 da CF/88 veda qualquer prática que possa ocasionar a crueldade contra animais.

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

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Assim sendo, pode-se considerar que esta emenda foi sim um grande avanço para a forma como era visto o rodeio e a vaquejada em todo território nacional, enquadrando-os como prática esportiva e cultural da nação, garantidores de sustento e entretenimento para milhares de brasileiros.

2.2 LEGISLAÇÕES ESPECIFICAS

O rodeio veio a se tornar mais conhecido no território nacional na década de 90, e assim sendo, era necessário regulamentar essa prática para que não houvessem ilegalidades na conduta daqueles que promoviam e participavam deste evento, que juntava esporte com festa, tornando-se cada vez mais popular.

Sabe-se que a necessidade de tornar o rodeio como prática esportiva só adveio da necessidade de se acabar com a vulnerabilidade jurídica do evento, uma vez que, diversas eram as ações promovidas pelas sociedades protetoras dos animais, que apontavam irregularidades nos eventos, e maus tratos para com os animais.

Diante disso, pode-se dizer que o estado de São Paulo foi pioneiro na criação de legislações que amparavam a prática do rodeio, a exemplo, a Lei nº 10.064 de 1998, que instituía o "Campeonato Estadual de Rodeio e Festa do Peão de Boiadeiro", assim como aponta o art. 1º da referida lei.

A presente lei também deixou claro que para que ocorresse o campeonato supracitado, necessário era a constituição de comissão especializada para fiscalizar o evento, assim como aponta o art. 2º da Lei 10.064/98:

Artigo 2º - Para a realização do Campeonato instituído por esta lei, o Poder Executivo constituirá Comissão integrada por 6 (seis) membros, dos quais 3 (três) serão indicados por entidades ou associações civis, cujas atividades se relacionem à proteção de animais. Ver tópico

Parágrafo único - A Comissão de que trata este artigo incumbe, dentre outras atribuições, propor ao órgão competente do Estado o regulamento da competição, que deverá conter as condições de escolha do Município - sede, de inscrição dos competidores, de constituição da Comissão Julgadora e os critérios para a premiação dos competidores.

Assim sendo, a presente lei pode "beneficiar" ambos os lados, tanto os que apoiavam, quanto os que não apoiavam o evento do rodeio, e assim sendo, ambas as partes saíram beneficiadas da decisão.

No ano seguinte, também no estado de São Paulo, foi promulgada a Lei nº 10.359/99, a qual trouxe mais complementações para a prática do rodeio, em especial a defesa sanitária animal, a qual deveria ser obedecida em exposições, feiras e leilões de animais, assim como afirma o art. 1º da referida lei.

A presente lei foi de suma importância para garantir a legalidade do evento de rodeio, vez que, estabelecia medidas a serem adotadas pelos promotores desses eventos com relação aos cuidados com animais, assim como apontam os artigos 6, 7 e 8 da referida lei estadual:

Artigo 6º - Na realização dos rodeios, deverão ser atendidas, ainda, as seguintes determinações:

I - o transporte dos animais até o local do evento será feito em caminhões próprios para essa finalidade, que lhes ofereçam conforto, não se permitindo superlotação nos caminhões, para evitar que os animais cheguem estressados;

II - após a chegada, os animais deverão ser colocados em áreas de descanso convenientemente preparadas, protegidas do sol, dando-se-lhes alimentação apropriada, com oferta de água;

III - os embarcadores de recebimento dos animais deverão ser construídos com largura e altura adequadas, evitando-se colisões dos animais e conseqüentes hematomas;

IV - o piso da arena deverá conter volume de areia adequado ao amortecimento de impacto da queda, tanto do animal como do profissional que o monta;

V - a cerca da arena deverá ser construída de material resistente, próprio para conter os animais, com altura mínima de 2,00 metros;

VI - em todo evento deverá existir infra-estrutura adequada para primeiros socorros, compreendendo ambulância de plantão e equipe especializada de atendimento.

Artigo 7º - A proteção e integridade física dos animais compreenderá todas as etapas, desde o transporte dos locais de origem, passando pela chegada, recebimento, acomodação, trato, manejo e montaria.

Artigo 8º - Ficam especialmente proibidas as seguintes práticas lesivas às condições de sanidade dos animais:

I - privação de alimentos;

II - uso, na condução e domínio dos animais, ou durante as montarias, dos seguintes equipamentos:

a) qualquer tipo de aparelho que provoque choques elétricos;

b) esporas com rosetas que contenham pontas, quinas ou ganchos perfurantes;

c) sedém fora de especificações técnicas, que cause lesão física ao animal;

d) barrigueira que igualmente não atenda as especificações técnicas ora recomendadas.

Parágrafo único - Não haverá restrições a utilização de:

1 - esporas segundo modelos não agressores, usados internacionalmente e aprovados por associação de rodeio de outros países;

2 - sedém confeccionado em material que não fira o animal. No sedém a ser usado em montaria, o segmento que ficar em contato com a parte interior do corpo do animal deve ser de material macio (lã ou algodão), excluídos, em qualquer caso, acessórios que importem em lesões físicas;

3 - barrigueira confeccionada em largura de, no mínimo 17,0 centímetros, que não cause desconforto ao animal em montarias de modalidade "sela americana", "bareback" e "cutiano".

Apesar das legislações estaduais que amparavam a prática do rodeio, há-se que dizer que por conta da promulgação da Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais), era comum que juízes da época julgassem como ilegais rodeios, tendo em vista que a referida lei visava a proteção animal contra quaisquer tipos de crueldade, entendendo os magistrados que o rodeio ocasionava tais situações para os animais empregados nesses eventos.

Mediante isso, a vontade de promulgação de uma legislação em âmbito federal que amparasse a prática do rodeio era cada vez mais desejada por aqueles que participavam destes eventos.

Foi somente no ano de 2001, com a promulgação da Lei nº 10.220, que a prática do rodeio pode se tornar mais profissional, com a implementação de regras e definições para os peões, assim como afirmava o texto base da lei que "instituiu normas gerias relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando- a atleta profissional". (BRASIL, 2001).

O artigo 1º da referida lei versa acerca de quem é considerada atleta profissional na modalidade do rodeio, bem como quais seriam as provas realizadas por este dentro do evento. Tal lei também versava como deveriam ser realizados os contratos entre a entidade promotora do evento e o peão, assim como aponta o art. 2º da Lei nº 10.220/01:

Art. 2º O contrato celebrado entre a entidade promotora das provas de rodeios e o peão, obrigatoriamente por escrito, deve conter:

I – a qualificação das partes contratantes;

II – o prazo de vigência, que será, no mínimo, de quatro dias e, no máximo, de dois anos;

III – o modo e a forma de remuneração, especificados o valor básico, os prêmios, as gratificações, e, quando houver, as bonificações, bem como o valor das luvas, se previamente convencionadas;

IV – cláusula penal para as hipóteses de descumprimento ou rompimento unilateral do contrato.

§ 1º É obrigatória a contratação, pelas entidades promotoras, de seguro de vida e de acidentes em favor do peão de rodeio, compreendendo indenizações por morte ou invalidez permanente no valor mínimo de cem mil reais, devendo este valor ser atualizado a cada período de doze meses contados da publicação desta Lei, com base na Taxa Referencial de Juros – TR.

§ 2º A entidade promotora que estiver com o pagamento da remuneração de seus atletas em atraso, por período superior a três meses, não poderá participar de qualquer competição, oficial ou amistosa.

§ 3º A apólice de seguro à qual se refere o § 1º deverá, também, compreender o ressarcimento de todas as despesas médicas e hospitalares decorrentes de eventuais acidentes que o peão vier a sofrer no interstício de sua jornada normal de trabalho, independentemente da duração da eventual internação, dos medicamentos e das terapias que assim se fizerem necessários.

Como já mencionado anteriormente, foi também no ano de 2001 que ocorreu a criação da Confederação Nacional de Rodeio – CNAR, responsável por representar o rodeio em âmbito nacional, junto com os órgãos governamentais, tais como o Ministério do Esporte.

Contudo, ainda era necessário que a prática esportiva se tornasse regulamentada por lei específica, o que só foi possível no ano de 2002, com a promulgação da Lei nº 10.519. Essa regulamentação era necessária para que os eventos pudessem ocorrer de forma organizada, fiscalizada e controlada pelo poder público e pelas entidades da sociedade civil.

A presente Lei tem como escopo principal a “promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio” (BRASIL, 2002), sendo que sua promulgação só foi possível graças ao Projeto de Lei nº 4.495/98, o qual apresentava o rodeio como crescente meio econômico nacional, gerando emprego e renda para diversas pessoas em todo o Brasil.

De prima face, a Lei 10.519/02, apresentava quais eram as modalidades compreendidas como as de rodeio, bem como as disposições gerais de defesa animal, conforme apontam os artigos 1º e 2º da referida lei:

Art. 1º A realização de rodeios de animais obedecerá às normas gerais contidas nesta Lei.

Parágrafo único. Consideram-se rodeios de animais as atividades de montaria ou de cronometragem e as provas de laço, nas quais são avaliados a habilidade do atleta em dominar o animal com perícia e o desempenho do próprio animal.

Art. 2º Aplicam-se aos rodeios as disposições gerais relativas à defesa sanitária animal, incluindo-se os atestados de vacinação contra a febre aftosa e de controle da anemia infecciosa eqüina.

Diante essa nova perspectiva criada pela nova Lei Federal, o rodeio passou a ter maior legalidade e profissionalidade, sendo reconhecido em todo território nacional como esporte cultural e de lazer, garantidor de renda e emprego de peões e pessoas que participavam efetivamente dos eventos.

A Lei nº 10.519/02 ainda trouxe diversas regras que devem ser adotadas pelas entidades promotoras dos eventos, bem como medidas de proteção aos animais que são utilizados nos eventos, assim como aponta o artigo 3º e 4º da referida lei:

Art. 3º Caberá à entidade promotora do rodeio, a suas expensas, prover:

I – infra-estrutura completa para atendimento médico, com ambulância de plantão e equipe de primeiros socorros, com presença obrigatória de clínico-geral;

II – médico veterinário habilitado, responsável pela garantia da boa condição física e sanitária dos animais e pelo cumprimento das normas disciplinadoras, impedindo maus tratos e injúrias de qualquer ordem;

III – transporte dos animais em veículos apropriados e instalação de infra-estrutura que garanta a integridade física deles durante sua chegada, acomodação e alimentação;

IV – arena das competições e bretes cercados com material resistente e com piso de areia ou outro material acolchoador,

próprio para o amortecimento do impacto de eventual queda do peão de boiadeiro ou do animal montado.

Art. 4º Os apetrechos técnicos utilizados nas montarias, bem como as características do arreamento, não poderão causar injúrias ou ferimentos aos animais e devem obedecer às normas estabelecidas pela entidade representativa do rodeio, seguindo as regras internacionalmente aceitas.

§ 1º As cintas, cilhas e as barrigueiras deverão ser confeccionadas em lã natural com dimensões adequadas para garantir o conforto dos animais.

§ 2º Fica expressamente proibido o uso de esporas com rosetas pontiagudas ou qualquer outro instrumento que cause ferimentos nos animais, incluindo aparelhos que provoquem choques elétricos.

§ 3º As cordas utilizadas nas provas de laço deverão dispor de redutor de impacto para o animal.

Com isso, percebe-se que a intenção do legislador com a presente lei foi a de proporcionar condições dignas aos animais empregados nesses eventos, obrigando, de certo modo, as entidades promotoras dos rodeios, a cumprirem as determinações estipuladas a fim de melhor preservar a integridade dos animais, favorecendo tanto quem participa dos rodeios, quanto entidades protetoras de animais.

Cumpra salientar que, caso as medidas impostas pelo legislador na Lei nº 10.519/02 venham a ser descumpridas pelos promotores do rodeio, poderá acarretar em infração administrativa, conforme aponta o art. 7º da referida lei:

Art. 7º No caso de infração do disposto nesta Lei, sem prejuízo da pena de multa de até R\$ 5.320,00 (cinco mil, trezentos e vinte reais) e de outras penalidades previstas em legislações específicas, o órgão estadual competente poderá aplicar as seguintes sanções:

- I – advertência por escrito;
- II – suspensão temporária do rodeio; e
- III – suspensão definitiva do rodeio.

Por fim, tem-se ainda a promulgação da lei que foi fundamental para tornar o rodeio como evento esportivo cultural em todo território nacional, a qual seja, a Lei nº 13.873/19. Assim, apresenta a ementa da referida Lei Federal:

Reconhece o rodeio, a vaquejada e o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestações culturais nacionais; eleva essas atividades à condição de bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro; e dispõe sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal.

Este reconhecimento legal do rodeio como sendo “manifestações culturais nacionais” foram de suma importância para dar maior relevância e peso ao rodeio em todo território brasileiro, e assim, garantir aos colaboradores desses eventos, uma maior segurança jurídica frente aos que acreditam que essa prática tende a ser nociva aos animais que são utilizados.

2.3 POSICIONAMENTO DO STF E DO STJ ACERCA DO RODEIO

Como já apontado anteriormente, uma das grandes discussões voltadas ao rodeio é se há ou não crueldade contra os animais, e, mesmo que já hajam leis específicas garantido que peões e promotores possam realizar tais eventos, ainda é certo que entidades que protegem animais vão em linha contrária ao que aponta a lei, pois acreditam que o rodeio nada mais é que um antro de crueldade animal.

Assim sendo, não basta tão somente que se criem leis específicas que garantam o esporte e punam aqueles que propiciam a crueldade animal, mas também é necessário que haja apoio jurídico legal, ou seja, necessário é que os tribunais, em especial os superiores, se posicionem a respeito do tema, favorável ou não a prática do rodeio como esporte.

Neste sentido, aponta o Supremo Tribunal Federal:

DIREITO CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPRESENTAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. **RODEIO. UTILIZAÇÃO DE ARTEFATOS QUE CAUSAM SOFRIMENTO AOS ANIMAIS.** SÚMULA 279/STF.

1. O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI 4.983, Rel. Min. Marco Aurélio, assentou: **“A obrigação de o Estado garantir a todos o pleno exercício de direitos culturais, incentivando a**

valorização e a difusão das manifestações, não prescinde da observância do disposto no inciso VII do artigo 225 da Carta Federal, o qual veda prática que acabe por submeter os animais à crueldade”.

2. O acórdão recorrido entendeu que condutores elétricos e/ou outros artefatos utilizados nos rodeios causam sofrimento aos animais. Para dissentir desse entendimento, seria necessária a análise do material fático e probatório dos autos, procedimento inviável nesse momento processual. Incidência da Súmula 279/STF.

3. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não é cabível, na hipótese, condenação em honorários advocatícios.

4. Agravo interno a que se nega provimento. (RE 1223975 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/03/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-087 DIVULG 07-04-2020 PUBLIC 13-04-2020)

Neste ponto, o STF apresenta dois posicionamentos legais, o primeiro deles é que, o Estado deve sim garantir a todo cidadão seu direito legal a cultura, ou seja, a prática do rodeio é assegurada por esta corte. Noutra giro, o STF ainda aponta que o fato de o rodeio ser considerado como esporte cultural, tal fato não o assegura de qualquer privilegio no que tange aos maus tratos contra os animais, ou seja, aqueles que estão ligados a este evento, devem obedecer ao que versa a Constituição e a Lei Ambiental acerca da proteção e dos cuidados com os animais.

Neste passo, insta salientar que o Superior Tribunal de Justiça também já firmou entendimento no que diz respeito ao rodeio, no caso, meramente julgando ações que tendem a abordar assuntos de crueldade, como é o caso do REsp 363.949/SP de 2004:

PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - **FESTA DE PEÃO DE BOIADEIRO** - UTILIZAÇÃO DE PETRECHOS QUE SUPOSTAMENTE CONFIGURAM EM CRUELDADE COM OS ANIMAIS - SEDÉM - LAUDOS PERICIAIS EXAMINADOS EM 1ª E 2º GRAUS - APÓS EXAMINADAS AS PROVAS, FOI CONSTATADA A IMPOSSIBILIDADE DE AFERIR A REAÇÃO CAUSADA NO ANIMAL - AFASTADA A HIPÓTESE DE CRUELDADE - PRETENDIDA REFORMA - NÃO-ACOLHIMENTO - CONDENAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM HONORÁRIOS - RECURSOS ESPECIAIS DO PARQUET E DA UNIÃO PROTETORA DOS ANIMAIS - INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ - RECURSO INTERPOSTO

PELA LETRA "B" NÃO-CONHECIDO, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO - ACOLHIDA, EM PARTE, DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

- **O Tribunal de Justiça Paulista, ao sopesar as provas carreadas aos autos, adotou o posicionamento segundo o qual não é possível aferir se a dor ou o sofrimento físico suportado pelos animais é suficiente para impor que o sedém e os petrechos utilizados no evento devam ser vedados. À evidência, para constatar se a utilização de sedém e outros petrechos causam desconforto ou dor nos bovinos e eqüinos durante os rodeios, necessário se faz revolver todo o conjunto fático-probatório encartado nos autos e revisar a conclusão a que chegou a instância ordinária, em ambos os graus de jurisdição. Incidência da Súmula n. 7 do STJ. [...]**

- Não conheço do recurso especial apresentado pela União Internacional Protetora dos Animais e Sociedade Zoófila de Educação

- SOZED. No que se refere ao recurso especial apresentado pelo Ministério Público Federal, conheço, em parte, do recurso e nessa parte dou-lhe provimento, a fim de afastar a condenação em honorários advocatícios (REsp 363.949/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, DJ 30/6/2004, p. 288) (Grifo nosso).

Aponta ainda, no AgInt no AREsp 681.927/MG de 2017, que aponta que a pretensão de simples reexame de provas não deve ensejar o recurso especial, assim com versa a Súmula 7 do STJ, vide o presente AgInt no AREsp 681.927/MG:

PROCESSUAL CIVIL, AMBIENTAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. **PROTEÇÃO DOS DIREITOS DOS ANIMAIS UTILIZADOS EM RODEIOS.** ALEGAÇÃO GENÉRICA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/73. SÚMULA 284/STF. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DOS MAUS TRATOS E CASTIGOS CORPORAIS CONTRA OS ANIMAIS. DOCUMENTAÇÃO NOS AUTOS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO DO MAGISTRADO. REVISÃO. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR AS CONCLUSÕES DA

DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO INTERNO DO MPMG DESPROVIDO.

[...] 2. **Insuscetível de revisão o entendimento da Corte de origem acerca da não configuração de maus tratos aos animais, por demandar reexame do conjunto fático-probatório.**

3. A jurisprudência do STJ pacificou o entendimento de que o Tribunal de origem é soberano na análise das provas, podendo, portanto, concluir pela necessidade ou desnecessidade da produção de provas periciais, testemunhais e documentais.

4. Agravo Interno do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS GERAIS desprovido (AgInt no AREsp 681.927/MG, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, DJe 3/4/2017) (Grifo Nosso).

Assim sendo, tanto o STF quanto o STJ versam em conjunto a legalidade do rodeio, apontando que o mero “achar” que o animal está sofrendo dano ou está sendo submetido a questões de maus tratos não enseja procedimento judicial, devendo aqueles que pleiteiam pela proteção animal, angariar provas substâncias para propositura das ações.

3. ANÁLISE ACERCA DA POSSÍVEL INCONSTITUCIONALIDADE NA EMENDA CONSTITUCIONAL 96/2017

Com a promulgação da emenda constitucional 96/2017 houveram diversas discussões a respeito da constitucionalidade da mesma, por um lado, pessoas acreditavam que o legislador fez o certo ao considerar o rodeio e a vaquejada como esporte cultural, por outro lado, alguns acreditavam que a referida emenda ia contra o que a Constituição já estabelecia no art. 225, §1º, VII, que veda a crueldade contra animais.

De fato, é notório que os animais possuem sim capacidade de sentir dor, tristeza ou qualquer outro tipo de emoção, razão a qual, defensores dos animais tentam a todo custo fazer revogar a referida emenda constitucional, a fim de prevalecer que animais não passem por situações de crueldade. Neste sentido, o Supremo Tribunal de Justiça aponta que:

Não há como entender que seres, como cães e gatos, que possuem um sistema nervoso desenvolvido e que por isso sentem dor, que demonstram ter afeto, ou seja, que possuem vida biológica e psicológica, possam ser considerados como

coisas, como objetos materiais desprovidos de sinais vitais. Essa característica dos animais mais desenvolvidos é a principal causa da crescente conscientização da humanidade contra a prática de atividades que possam ensejar maus-tratos e crueldade contra tais seres (BRASIL, STJ. RE n. 1.115.916 - MG - 2009/005385-2. Segunda Turma. Relator Min. Humberto Martins. Brasília, DF, 1º setembro 2009. Dje 18.09.2009.).

Tendo em foco tal posicionamento do STJ, diversas pessoas participantes de entidades defensoras de animais ou não tentam a todo custo fazer revogar a emenda que liberou a prática esportiva do rodeio e vaquejada, apontando como um todo que há sim conduta abusiva por parte dos participantes do evento para com os animais, gerando maus tratos e até mesmo morte de animais.

Não deixando de lado as Leis Federais que também tem papel fundamental na defesa dos animais, aponta-se o que versa o art. 32 da Lei nº 9.605/1998, Lei de Crimes Ambientais:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda.

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.

Assim, denota-se o papel do Estado em proteger os animais das práticas abusivas do homem, bem como de não abrir lacunas na lei para que o homem possa usufruir e assim pratique tais atos lesivos. A proteção dos animais é assegurada tanto pela lei brasileira, como pela Declaração Universal dos Direitos dos Animais da ONU, que versa o seguinte em seus artigos 1º a 3º:

ARTIGO 1:

Todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência.

ARTIGO 2:

- a) Cada animal tem direito ao respeito.
- b) O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais.

c) Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem.

ARTIGO 3:

- a) Nenhum animal será submetido a maus tratos e a atos cruéis.
- b) Se a morte de um animal é necessária, deve ser instantânea, sem dor ou angústia.

Denota-se a preocupação internacional na defesa dos animais, tendo em vista a grande quantidade de espécimes que já sofreram pela extinção ocasionada em sua maior parte pelo homem, que não se preocupa com o bem estar do ecossistema, sempre pensando em si próprio e esquecendo do bem maior.

Diante disso, percebe-se que a emenda constitucional 96/2017 possui peculiaridades que vão contra ao que já pregava a legislação nacional, bem como tratados internacionais, chegando a ser considerada como inconstitucional por muitos doutrinadores e magistrados.

Neste sentido, Bonavides (2017, p. 200-201) aponta que:

A imutabilidade constitucional, tese absurda, colide com a vida, que é mudança, movimento, renovação, progresso, rotatividade. Adotá-la equivaleria a cerrar todos os caminhos à reforma pacífica do sistema político, entregando à revolução e ao golpe de Estado a solução de crises. A força e a violência, tomadas assim por árbitro das refregas constitucionais, fariam cedo o descrédito da lei fundamental.

No mesmo sentido, a respeito da modificação constitucional através de emenda, Afonso Silva (2011, 66-67) aponta que:

A controvérsia sobre o tema mais se aguça, quanto a saber quais os limites materiais do poder de reforma constitucional. Trata-se de responder à seguinte questão: o poder de reforma pode atingir qualquer dispositivo da Constituição, ou há certos dispositivos que não podem ser objeto de emenda ou revisão? [...] Compreende-se facilmente que o constituinte originário poderá, expressamente, excluir determinadas matérias ou conteúdos da incidência do poder de emenda. As constituições brasileiras republicanas sempre contiveram um núcleo imodificável, preservando a Federação e a República. [...] A Constituição, como dissemos antes, ampliou o núcleo explicitamente imodificável na via de emenda, definindo no art. 60, §4º, que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: a forma federativa de Estado; o voto direto, secreto, universal e periódico; a separação dos Poderes; os direitos e garantias individuais. É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: 'fica abolida a Federação ou a forma federativa do Estado', 'fica abolido o voto direto', 'passa a vigorar a concentração de Poderes', ou ainda 'fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...', ou o habeas corpus, o mandado de segurança...'. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, 'tenda' (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição.

Isto posto, percebe-se que o legislador deixou de observar alguns detalhes no momento que sancionou a presente emenda, ocasionando assim uma falha legislativa que pode ser aproveitada de maneira incorreta. Diante disso, o correto a se fazer seria propor por novas medidas que assegurassem o direito das pessoas a prática esportiva do rodeio, com fiscalizações mais efetiva para fazer evitar a prática cruel contra os animais.

Mesmo que o rodeio e a vaquejada sejam considerados como cultural nacional, tal fato não abre lacunas para a crueldade animal, e assim sendo, o Estado deve atuar

efetividade na fiscalização destes eventos, punindo que desobedeça a lei que proíbe crueldade e fechando eventos que não cumprem com o estipulado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante todo o exposto, pode-se perceber que a prática esportiva do rodeio é sim fundamental para a cultura nacional, mas não só isso, o rodeio é fonte de renda de muitas famílias que usufruem dos grandes eventos para poder tirarem seu sustento mensal, peões, vendedores, animadores de plateia, dentre outros participantes, dependem destes eventos para seu sustento e sobrevivência.

Mesmo que inúmeros sejam os pedidos para que esta prática seja banida de todo território nacional, deve-se levar em consideração que o rodeio é algo enraizado na cultura nacional, tendo sua história se iniciado em meados da década de 40, sendo aperfeiçoado com o tempo, ganhando cada vez mais destaque e audiência nacional.

Com isso, o legislador ao promulgar a Emenda Constitucional 96/2017 não afrontou os preceitos constitucionais expostos no art. 225, §1º, inciso VII, e tampouco a Lei Ambiental, tendo em vista que a prática esportiva do rodeio veda em todo seu evento a crueldade contra os animais, os quais são tratados da melhor forma possível, não sendo molestados ou pressionados a fazerem algo além de seus instintos naturais.

Assim sendo, é notório que o rodeio deve permanecer no seio da sociedade brasileira, tendo em vista seu cunho de natureza cultural, esportivo e provedor de renda de diversas famílias.

Mesmo que ainda prosperem tentativas de tentar exterminar a prática deste esporte, deve-se levar em consideração as diversas diretrizes adotadas por que promove e participa de tais eventos, no que tange a proteção animal, tendo em vista que é regulamentado que nenhum animal deverá sofrer crueldade ou tortura nestes eventos, com pena cabível aplicada e com a possibilidade de ser banido destes eventos.

REFERÊNCIAS

ALEM, João Marcos. Rodeios: a fabricação de uma identidade caipira-sertanejo-country no Brasil. Dossiê Brasil Rural. **Revista USP**. São Paulo, n. 64, p. 94-121, dez./fev., 2004-2005.

ARAUJO, Alceu Maynard. **Folgedos Tradicionais e Populares**. 1964. In: Folclore Nacional. São Paulo. Edições Melhoramentos. Vol. II, p. 256-297.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL, Emenda Constitucional nº 96, de 06 de junho de 2017. **Acrescenta § 7º ao art. 225 da Constituição Federal para determinar que práticas desportivas que utilizem animais não são consideradas cruéis, nas condições que especifica**.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc96.htm#:~:text=EMENDA%20CONSTITUCIONAL%20N%C2%BA%2096%2C%20DE%206%20DE%20JUNHO%20DE%202017&text=225%20da%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal%20para,%20do%20%C2%A7%203%C2%BA%20do%20art.>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL, Lei nº 10.220, de 11 de abril de 2001. **Institui normas gerais relativas à atividade de peão de rodeio, equiparando-o a atleta profissional**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10220.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL, Lei nº 10.519, de 17 de julho de 2002. **Dispõe sobre a promoção e a fiscalização da defesa sanitária animal quando da realização de rodeio e dá outras providências**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10519.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL, Lei nº 13.873, de 17 de setembro de 2019. **Altera a Lei nº 13.364, de 29 de novembro de 2016, para incluir o laço, bem como as respectivas expressões artísticas e esportivas, como manifestação cultural nacional, elevar essas atividades à condição de bem de natureza imaterial integrante do patrimônio cultural brasileiro e dispor sobre as modalidades esportivas equestres tradicionais e sobre a proteção ao bem-estar animal**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13873.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL, Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Lei de Crimes Ambientais**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL, STF. **ADI 4.983/CE**, Tribunal Pleno, Rel. Marco Aurelio, DJ: 06.10.2016.

Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12798874>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL, STF. **RE 1223975 AgR**, Rel. Roberto Barroso, 1º T., DJ: 27/03/2020, DJe: 087 de 07/04/2020. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=752424704>>.
Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL, STJ. **AgInt no AREsp 681.927/MG**, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, 1º T., DJ: 21/03/2017, DJe: 03/04/2017. Disponível em:
<<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/860566594/agravo-interno-no-agravo-em-recurso-especial-agint-no-arep-681927-mg-2015-0060311-9>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

BRASIL, STJ. **RE n. 1.115.916 - MG - 2009/005385-2**. 2º T., Rel. Humberto Martins. DJ: 01/09/2009, DJe: 18/09/2009.

BRASIL, STJ. **REsp 363.949/SP**, Rel. Ministro Franciulli Netto, 2º T., DJ: 18/03/2004, DJe: 30/06/2004, p. 288.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO RODEIO. **Sobre a CNAR**. Disponível em:
<<http://www.cnar.com.br/sobre>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

FIGUEIREDO, Orlando Duarte. **História dos Esportes**. São Paulo, 2003. 4. ed. p. 435.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais – Unesco – ONU**. Bruxelas, Bélgica, 1978. Disponível em:
<<http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

RODEIO S.A. **Mapa do rodeio brasileiro 2018**: levantamento anual de rodeios realizados no Brasil. Disponível em: <<https://rodeiosa.com.br/wp-content/uploads/2019/08/MAPA-DO-RODEIO-BRASILEIRO-2018.pdf>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha. **Direito ambiental**: doutrina e casos práticos. Rio de Janeiro: Elsevier: FGV, 2011.

SÃO PAULO, Lei nº 10.064, de 21 de julho de 1998. **Institui o "Campeonato Estadual de Rodeio e Festa do Peão de Boiadeiro", a ser realizado anualmente, em Município do Estado**. Disponível em:
<<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1998/lei-10064-21.07.1998.html>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

SÃO PAULO, Lei nº 10.359, de 30 de agosto de 1999. **Aplicam-se aos rodeios, de maneira geral, as disposições relativas à defesa sanitária animal previstas, para o caso de exposições, feiras e leilões de animais**. Disponível em:



<<https://www.al.sp.gov.br/repositorio/legislacao/lei/1999/lei-10359-30.08.1999.html>>. Acesso em: 02 abr. 2021.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

LEI 13.467/2017 E O IMPACTO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO EM RELAÇÃO À JORNADA DE TRABALHO

LUCAS DIEGO HUBNER SOUSA:
Bacharelado em Direito pela
Universidade São Lucas Ji-
paraná-
AFYA.

MARLETE MARIA DA CRUZ CORREIA DA SILVA

(orientadora).

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo irá apresentar as principais alterações trazidas nas relações de trabalho frente à jornada de trabalho, no intuito de identificar se houve alguma das partes no contrato que fora beneficiado com o advento da lei 13.467/2017 abordando sobre os impactos, bem como se alcançou os seus objetivos e qual seu impacto na sociedade.

As informações contidas neste trabalho serão mensuradas através de posicionamentos majoritários da doutrina colhidos através da pesquisa bibliográfica.

A reforma trabalhista alterou diversos dispositivos da CLT atingindo significativamente as relações de trabalho e como toda mudança trouxe descontentamentos e discussões no âmbito acadêmico e também no âmbito social.

Por ser ampla a reforma abordaremos as mudanças significativas trazidas em relação à jornada de trabalho, e no intuito de trazer a importância da lei 13.467/2017 iniciaremos com a evolução histórica do direito do trabalho.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO DIREITO DO TRABALHO

As relações trabalhistas sempre causaram discussões e foi objeto de muitas lutas sociais. O empregador visando cada vez mais lucros e o empregado pleiteando direitos que possibilitassem seu ofício com dignidade.

Esta evolução tem o importante marco com a constituição mexicana de 1917, seguida pela constituição brasileira em 1934 e resultando na Consolidação das Leis Trabalhistas, a CLT em 1943.

A Consolidação das Leis Trabalhistas é o resultado de um processo evolutivo caracterizado por conflitos, revoluções, movimentos e lutas das classes operárias e ainda hoje esta em constante mutação.

Durante os anos sofreu alterações em seus artigos, incluindo, retirando, modificando textos na incessante busca em pacificar as relações de trabalho. Convém afirmar que tais relações são marcadas pelo litígio pois envolvem interesses opostos, o trabalhador exigindo melhores condições de trabalho e melhores remunerações e o empregador menor onerosidade em relação a mão de obra e lucros cada vez maiores.

A CLT foi recepcionada pela constituição de 1988, a qual trouxe disposto no artigo 7º especificando direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, reservando o parágrafo único do artigo para assegurar o direito dos empregados domésticos, também no artigo 8º dispôs sobre a liberdade sindical e por fim no artigo 9º garantiu o direito de greve, mas com a evolução das relações trabalhistas era evidente que necessitava acompanhar as demandas apresentadas atendendo ao princípio da adequação social. Assim a Emenda Constitucional 45/2004 trouxe alteração a este ramo do direito ampliando o rol de sua competência.

Após esta drástica alteração, as relações de trabalho foram novamente impactadas de forma significativa apenas com o advento da lei 13.467 de 13 de julho de 2017, a qual ficou conhecida como “A Reforma trabalhista”, sendo que esta gerou algumas insatisfações para ambas as partes, o empregador que esperava mais normas que o favorecesse de forma a diminuir seu custo com o trabalhador e o trabalhador que sentiu perdendo direitos e assim exigia mais normas que o protegesse, bem como o não retrocesso nos direitos já garantidos.

A Lei nº 13.467/2017 trouxe em seu bojo diversas alterações, justificando seu nome de batismo como “A reforma trabalhista” e como já era de se esperar não agradou a todos, sendo objeto de estudos e discussões no mundo acadêmico, político e nas classes envolvidas.

Entre as diversas alterações trazidas destaca-se o grande impacto nas relações de trabalho em relação à jornada de trabalho, sendo que este assunto tema deste artigo e trataremos a seguir.

3. AS ALTERAÇÕES DA LEI 13.467/2013 REFERENTE À JORNADA DE TRABALHO.

A Lei 13.467/2017 alterou cerca de 54 artigos, criou 43 novos dispositivos e revogou 9 artigos da CLT, veio trazendo alterações em diversos pontos, destarte abordaremos as alterações trazidas apenas na relação de trabalho acerca da jornada de trabalho.

Dentre as alterações trazidas em relação à jornada de trabalho podemos elencar a duração da jornada de trabalho, horas extras, a escala de 12hs por 36 horas e a previsão de banco de horas, como também a regulamentação do home office.

Para melhor entendimento do assunto convém conceituar o que se trata este instituto chamado jornada de trabalho, trazendo a lume suas características e peculiaridades.

3.1 CONCEITO DE JORNADA DE TRABALHO

O professor Sérgio Martins Pinto diz que “a jornada de trabalho compreende o número de horas diárias de trabalho que o trabalhador presta à empresa.” (MARTINS, 2011, p. 525), evidencia-se que ao classificar às 44hs semanais previstas no artigo 7º inc. XIII da CF não seria adequado chamar de jornada de trabalho, como explica o respeitável doutrinador, batizando este instituto de módulo semanal de trabalho em sua obra.

Coaduna com o pensamento do professor Sergio Martins Pinto a definição de jornada de trabalho trazida pelo o artigo 4º da CLT que diz:

Considera-se como de serviço efetivo o período em que o empregado esteja à disposição do empregador, aguardando ou executando ordens, salvo disposição especial expressamente consignada. (BRASIL, 1943, p. 3)

A Constituição Federal no artigo 7º inciso XIII sobre a jornada de trabalho a traz que é direito do trabalhador:

Duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. (BRASIL, 1988, p.24).

A nossa carta magna trouxe que a duração da jornada de trabalho não seria superior a oito horas diárias, veremos que essa determinação constitucional concentrou-se referente ao módulo semanal tendo mitigado a previsão em relação à jornada de trabalho.

3.2 DURAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

O Doutrinador Sergio Martins Pinto em sua obra “DIREITO DO TRABALHO” classifica a Jornada de trabalho em relação a sua duração como ordinária ou comum, Limitada, ilimitada e extraordinária ou suplementar.

A regra geral é que a duração da jornada de trabalho será de 8 horas diárias, classificada como ordinária ou comum, mas algumas profissões devido suas características peculiares tem sua jornada de trabalho reduzida, chamada limitada, alguns exemplos são os músicos regidos pela lei 3857/1960 que traz como duração normal 5 horas diárias e excepcionalmente 7 horas em algumas hipóteses.

A CLT traz várias jornadas de trabalho limitadas, conforme o conceito de Sergio Martins, no artigo 224 da CLT traz que os Bancários terão sua jornada de trabalho de 6 horas, aos telefonistas a jornada de trabalho é de 6 horas contínuas e 36 horas semanais conforme artigo 227 do mesmo diploma, já no seu artigo 303 discrimina a jornada de trabalho dos jornalistas em 5 horas com possível prorrogação para 7 horas descrita no artigo 304.

Assim como a CLT prevê as jornadas de trabalho limitadas, veremos sobre a peculiaridade da escala de 12 horas por 36 horas que é uma das alterações trazidas pela lei 13.467/2017 e pode ser classificada como Extraordinária, como também identificaremos as diferenças nas diversas modalidades de compensação de jornada.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DA JORNADA DE TRABALHO

A jornada de trabalho, segundo Sergio Martins Pinto “teria natureza mista, coexistindo elementos com característica pública e privada.” (2011, p. 522). No entendimento do doutrinador ela é uma norma natureza pública diante do interesse do Estado de impor limites para garantir direitos fundamentais do trabalhador e também tem seu caráter privado quando a própria constituição no artigo 7º inc. XIII flexionou o limite imposto pelo Estado dizendo: “[...] facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (BRASIL, 1988, p.24).

Na ótica do doutrinador Amauri Mascaro trata-se de uma natureza complexa, construindo de normas Autônomas e heterônomas e explica: “São autônomas porque em parte são constituídas e alteradas pela autonomia dos particulares. São Heterônomas, porque a um setor no qual o Estado participa e interfere.” (MASCARO, 2018, p.327).

É possível observar que a classificação da natureza jurídica da jornada de trabalho defendida por ambos doutrinadores, embora observadas de prismas diferentes, não divergem e até se completam.

Podemos concluir que com o advento da lei 13.467/2013, o aspecto privado ou autônomo da jornada de trabalho sofreu grande impacto, dando maior amplitude para o negociado, relativizando seu aspecto público ou heterônimo.

4. FLEXIBILIZAÇÃO DA JORNADA DE TRABALHO

A duração da jornada de trabalho ordinária é de 8 horas diárias, mas a própria legislação trouxe possibilidades de flexibilizar tal regra, assim apresenta-se os institutos da compensação de horas, banco de horas e horas extras.

4.1 COMPENSAÇÃO DE HORAS EXTRAS EM FOLGA

A lei 13.473/2017 trouxe novidade em relação às horas extras criando o sistema de compensação de horas, tal mitigação da norma constitucional em relação à duração da jornada de trabalho, visa evitar que o numero excessivo de ações judiciais em relação às horas extras e proporcionar ao Empregador a possibilidade de não incorrer no ônus de pagar horas extras ao trabalhador, entre outras possibilidades em relação sua própria atividade podendo compensar tanto horas extras como horas negativas do trabalhador mediante acordo individual.

Como podemos ver o texto constitucional traz em seu artigo 7º inciso XIII a seguinte redação:

XIII- duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, **facultada a compensação de horários** (grifo nosso) e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. (BRASIL, 1988, p. 24)

A expressão, "facultada à compensação de horários" não se confunde com o conhecido "BANCO DE HORAS" que embora seja um tipo de compensação de horas refere-se às horas extraordinárias, sendo que abordaremos este instituto em tópico próprio devido suas especificidades, por sua vez, a compensação de horas trazida no bojo constitucional refere-se ao instituto da compensação de horas tradicional, sendo muito aplicada por empresas ao atribuir ao trabalhador jornada superior às 8 horas diárias durante alguns dias da semana e o contemplando com folga em outro dia de maneira que o módulo semanal venha permanecer no limite constitucional.

Vale dizer que a Compensação de Horas no módulo Tradicional pode ser aplicada também em relação às horas negativas, o trabalhador que precisa sair mais cedo determinado dia e vem a compensar a hora em outro dia não onerando seu empregador e não sendo sancionado com desconto em seu salário.

Entretanto deve se atentar as regras, não devendo concretizar jornada de trabalho superior às 8 horas ultrapassar às 10 horas diárias e ser feito mediante acordo individual, sem exigência de formalidade, bem como a compensação ser feita dentro do respectivo mês, alterações trazidas pela "Reforma Trabalhista".

4.2 AS ALTERAÇÕES TRAZIDAS NA COMPENSAÇÃO DE HORAS TRADICIONAL PELA LEI 13.467/2017.

A Compensação de Horas Tradicional já tinha previsão constitucional no artigo 7º inciso XIII, parte B do inciso, ao dizer “facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho” (BRASIL, p.24, 1988) sendo interpretado pela súmula 85 TST onde trazia uma aplicação mais reduzida, pois a habitualidade a descaracterizaria e a compensação das horas deveriam ser feitas dentro do módulo semanal, bem como exigia-se que fosse por acordo individual escrito, acordo coletivo ou por Convenção Coletiva.

Ainda em relação às horas extras antes classificadas como natureza de pagamento integrando o salário passaram a ser entendidas como verbas indenizatórias excluindo os reflexos decorrentes.

Com as alterações trazidas pela lei 13.267/2017 no artigo 59 da CLT, incluindo parágrafos 6º, o dispositivo passou a ter a seguinte redação: “É lícito o regime de compensação de jornada estabelecido por acordo individual, tácito ou escrito, para a compensação no mesmo mês. (BRASIL, 2017, p.721).

Desta maneira a compensação das horas seja extras ou negativas podem ser compensadas dentro do mês trabalhado, para tanto basta acordo individual entre empregador e o trabalhador dispensando até mesmo que seja escrito.

Outra alteração importante veio no artigo 59-B da CLT inserido pela Lei 13.267/2017 implementando o dispositivo com o texto abaixo transcrito:

59-B. O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional.

Parágrafo único. A prestação de horas extras habituais não descaracteriza o acordo de compensação de jornada e o banco de horas. (BRASIL, 2017).

Assim, temos que a habitualidade não descaracteriza o instituto demonstrando a nítida flexibilização da regra e a natureza jurídica antes qualificada como integrante do salário, nas ocasiões em que forem pagas pelo empregador e não compensadas passam a ter natureza meramente indenizatória.

4.3 BANCO DE HORAS

O sistema de compensação de horas conhecida como “BANCO DE HORAS” surgiu com a lei 9.601 de 21 de janeiro de 1998 que alterou o artigo 59 da CLT inserindo parágrafo 2º com a seguinte redação:

Poderá ser dispensado o acréscimo de salário se, por força de acordo ou convenção coletiva de trabalho, o excesso de horas em um dia for compensado pela correspondente diminuição em outro dia, de maneira que não exceda, no período máximo de cento e vinte dias, à soma das jornadas semanais de trabalho previstas, nem seja ultrapassado o limite máximo de dez horas diárias (BRASIL, 1943, p. 721).

Tal modalidade surge em momento de crise financeira com intuito de evitar demissões possibilitando ao empregador dar folga ao seu empregado em momentos de menor demanda de mão de obra e estender a jornada nos períodos de maior fluxo sem onerar-se com horas extras.

Para tal o empregador deveria compensar a jornada de trabalho dentro de no máximo 01 ano havendo a contrapartida de não haver demissões e o acordo realizado com participação do sindicato em acordo ou convenção coletiva.

A lei 13.267/2017 ampliou a possibilidade para qualquer empresa que decida adotar essa modalidade, seja para conter gastos ou simples administração da sua atividade, podendo ser realizado por acordo individual sem necessidade da participação do sindicato.

Tal alteração veio na inserção do parágrafo 5º ao artigo 59 da CLT que diz “O banco de horas de que trata o § 2º deste artigo poderá ser pactuado por acordo individual escrito, desde que a compensação ocorra no período máximo de seis meses.” (BRASIL, 2017, p.721).

Ainda no prisma das alterações trazidas pelo parágrafo 5º do artigo 59 da CLT, o prazo para a compensação da jornada de trabalho de 1 ano continua, porém a reforma trabalhista trouxe mais uma possibilidade de compensação de horas que pode ser individual escrita desde que a compensação ocorra no prazo de 6 meses, podendo em comum acordo das partes ser compensada dentro do mês.

Concluimos que o “BANCO DE HORAS” equivale mais a uma compensação de jornada de trabalho que realmente compensação de horas extras, diferente da compensação de horas tradicional.

4.4 A ESCALA 12X 36hs

A jornada diária de 12 horas por 36 horas de descanso já tinha aplicação a algumas profissões, embora não tivesse previsão legal era admitida através de acordo ou convenção coletiva.

A principal base para a aplicação da Escala 12x36 como é conhecida essa modalidade de jornada diária era a súmula 444 do TST trazia o seguinte entendimento:

É válida, em caráter excepcional, a jornada de doze horas de trabalho por trinta e seis de descanso, prevista em lei ou ajustada exclusivamente mediante acordo coletivo de trabalho ou convenção coletiva de trabalho, assegurada a remuneração em dobro dos feriados trabalhados. O empregado não tem direito ao pagamento de adicional referente ao labor prestado na décima primeira e décima segunda horas. (BRASIL, 2012, p.1).

Como observa-se o entendimento do Excelso Tribunal era de que a Escala 12x36 era válida, ainda que às 12 horas extrapolem o limite constitucional do artigo 7º inciso XIII da CF, salutar mencionar que o dispositivo constitucional foi a base legal para o entendimento do Tribunal fundamentando na exceção do inciso que diz: "[...] facultada a compensação de horários e a redução de jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho." (BRASIL, 1988, p. 24), entretanto, a aplicação deveria ser apenas para casos excepcionais devido seu caráter extraordinário.

Extrai-se ainda do entendimento sumular, algumas peculiaridades como a forma de estabelecer tal jornada diária, um dos requisitos para sua aplicação era o acordo ou convenção coletiva, não podendo ser celebrada entre partes por acordo individual.

Havia ainda o dever do empregador em pagar os feriados trabalhados pelo trabalhador em dobro, bem como, enquadrava-se nas disposições do artigo 60 da CLT exigindo autorização prévia para atividades insalubres. Vejamos o caput do artigo 60 da CLT:

Nas atividades insalubres, assim consideradas as constantes dos quadros mencionados no capítulo "Da Segurança e da Medicina do Trabalho", ou que neles venham a ser incluídas por ato do Ministro do Trabalho, Industria e Comercio, quaisquer prorrogações só poderão ser acordadas mediante licença prévia das autoridades competentes em matéria de higiene do trabalho, as quais, para esse efeito, procederão aos necessários exames locais e à verificação dos métodos e processos de trabalho, quer

diretamente, quer por intermédio de autoridades sanitárias federais, estaduais e municipais, com quem entrarão em entendimento para tal fim. (BRASIL, 1943, p.721).

A Lei 13.267/2017 de 13 de julho de 2017 inseriu o artigo 59-A e seu parágrafo único na CLT que diz:

Art. 59-A. Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação.

Parágrafo único. A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no **caput** deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação. (BRASIL, 2017, p.721)

Como podemos observar a chamada “reforma Trabalhista” alterou significativamente o instituto da jornada de trabalho especial de 12x36 horas, primeiramente trazendo previsão legal, em seguida ampliando para a possibilidade de celebração por acordo individual escrito possibilitando a adesão de qualquer empresário que entenda pela sua viabilidade.

Ainda com o advento da lei 13.467/2017, houve a inserção do artigo 59-B na CLT com o seguinte dispositivo:

Art. 59-B. O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional. (BRASIL, 2017, p. 721).

Este dispositivo vem expressando sobre o descumprimento sobre acordos ainda que tácitos sobre compensação de horas. Para elucidar o tema é salutar dizer que a necessidade de acordo individual escrito para concorrer a escala de 12 por 36 horas permanece o entendimento trazido pela súmula 85 inciso I do TST que diz: “A

compensação de jornada de trabalho deve ser ajustada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva.” (TST, 2003).

Corroborando com o entendimento trazido pela súmula 85 do TST, o julgado do Tribunal Regional do Trabalho da 6ª Região no Recurso Ordinário 0001528-85.2015.5.06.0023, o entendimento da Quarta Turma do TRT-6 ocorre após a Lei 13.467/2017, conforme ementa abaixo:

ESCALA 12X36. ACORDO TÁCITO. INVALIDADE. HORAS EXTRAS. Não há como se atribuir validade ao acordo tácito para compensação de horas extras em sistema de revezamento de 12x36 horas, em face do que preceitua a Súmula nº 85, I, do TST, que somente admite o ajuste para compensação de jornada por acordo individual escrito, acordo coletivo ou convenção coletiva. (Processo: RO - 0001528-85.2015.5.06.0023, Redator: Ana Claudia Petruccelli de Lima, Data de julgamento: 04/10/2018, Quarta Turma, Data da assinatura: 04/10/2018)

(TRT-6 - RO: 00015288520155060023, Data de Julgamento: 04/10/2018, Quarta Turma)

Sendo que o acordo tácito trazido no dispositivo outrora citado, artigo 59-B da CLT refere-se à possibilidade de compensação de jornada realizada dentro do mês trabalhado e traz que em caso de descumprimento do pactuado, não haverá repetição em pagamento das horas ultrapassadas apenas o adicional previsto.

Por determinação do artigo 60 parágrafo único da CLT ao ser alterado pela reforma deixou de ser obrigatória licença prévia para implantação da escala 12x 36 horas, pois assim disciplinou: “Excetuam-se da exigência de licença prévia as jornadas de doze horas de trabalho por trinta e seis horas ininterruptas de descanso” (BRASIL, 2017, p.721).

O parágrafo único do artigo 59-A da CLT foi mais uma importante alteração em relação a jornada de 12 horas por 36 horas, pois trouxe que:

A remuneração mensal pactuada pelo horário previsto no **caput** deste artigo abrange os pagamentos devidos pelo descanso semanal remunerado e pelo descanso em feriados, e serão considerados compensados os feriados e as prorrogações de trabalho noturno, quando houver, de que tratam o art. 70 e o § 5º do art. 73 desta Consolidação.(BRASIL, 2017, p.224)

Desta forma, a súmula 444 do TST que trazia a obrigatoriedade de pagamento da dobra nos feriados perdeu sua eficácia nesse sentido, pois com o novo dispositivo, artigo 59-A da CLT consideram-se compensados os feriados e prorrogações de trabalho noturno.

A doutrina ainda não é pacífica em relação aplicação do novo dispositivo se alcançaria os contratos de trabalho instituídos antes da reforma trabalhista e ainda em vigor, pois já havia estabelecido o pagamento em dobro dos feriados e mesmo após a reforma, se pactuado por convenção coletiva o pagamento em dobro deve ser cumprido.

5. INTERVALOS PARA DESCANSO

As alterações trazidas pela Lei 13.467 de 13 de julho de 2017 modificaram diversos dispositivos da Consolidação de Leis trabalhistas como já foi dito, neste tópico abordaremos sobre o artigo 611-A inserido a CLT no qual, a sua interpretação produz efeito em diversos institutos trabalhistas, uma vez que o acordo passa a ter mais importância do que o legislado nas situações autorizadas pela lei.

Um desses institutos alterados pela inserção do artigo 611-A da CLT é o intervalo intrajornada, sendo que diferenciaremos alguns tipos de intervalos encontrados na jornada de trabalho e os efeitos, após a reforma do acordado sobre o legislado.

5.1 DIFERENCIANDO OS INSTITUTOS

Para entendermos o assunto é imprescindível diferenciarmos tais institutos pois na seara trabalhista podemos identificar ao menos três tipos de intervalos, a saber, o intervalo intrajornada, intervalo interjornada e o descanso semanal remunerado.

Para diferenciá-los devemos considerar que o intervalo intrajornada é aquele referente ao intervalo dentro da jornada diária de trabalho, limitando-se ao mínimo de legal de 1 hora para as jornadas diárias acima de 6 horas, já o intervalo interjornada trata do descanso entre uma jornada diária e outra, estipulando descanso mínimo de 11 horas entre a saída da última jornada diária de trabalho e o início da próxima. Por fim o descanso semanal remunerado é aquele que pode ser concedido no fim de semana ou durante a semana, este intervalo é entre um módulo semanal e outro e vem disciplinado pela lei 605/1949 conforme analisaremos em tópico específico.

5.2 O INTERVALO INTRAJORNADA

O intervalo que mais sofreu alterações com o advento da lei 13.467/2017 é o intervalo intrajornada que tem sua fundamentação no artigo 71 e §1º que diz:

Em qualquer trabalho contínuo, cuja duração exceda de 6 (seis) horas, é obrigatória a concessão de um intervalo para repouso ou alimentação, o qual será, no mínimo, de 1 (uma) hora e, salvo acordo escrito ou contrato coletivo em contrário, não poderá exceder de 2 (duas) horas.

§ 1º - Não excedendo de 6 (seis) horas o trabalho, será, entretanto, obrigatório um intervalo de 15 (quinze) minutos quando a duração ultrapassar 4 (quatro) horas.(BRASIL, 1943, p.723)

Podemos observar que a regra é de que o intervalo intrajornada para jornadas acima de 4 horas de serviço seguida seriam de 15 minutos, acima de 6 horas seriam de 1 hora e no máximo de 2 horas.

A lei 13.467/2017 inseriu o artigo 611-A na CLT que assim disciplinou:

A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

[...]

III- intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores à seis horas. (BRASIL, 2017, p.5)

Tal dispositivo trouxe a possibilidade de redução do mínimo de 1 hora para 30 minutos nas jornadas diárias de trabalho acima de 6 horas, em caso de previsão em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. Nesse caso é necessário cláusula com tal previsão para que o empregador venha reduzir o intervalo que já era mínimo de 1 hora para 30 minutos.

O parágrafo 4º do artigo 71 da CLT estabelece que:

A não concessão ou a concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento, de natureza indenizatória, apenas do período suprimido, com acréscimo de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor da remuneração da hora normal de trabalho. (BRASIL, 1943, p. 723)

Conclui-se que em caso de descumprimento na concessão do intervalo intrajornada será devido o pagamento indenizatório do período suprimido com acréscimo de 50% sobre o valor da hora nos termos do artigo 71 §4º da CLT.

5.3 O INTERVALO INTERJORNADA

O intervalo interjornada refere-se ao intervalo mínimo que deve ser respeitado entre uma jornada diária e outra e não sofreu alterações com o advento da lei 13.467/2017, uma vez que entre uma jornada diária de trabalho e outra exigia-se 11 horas de descanso e tal regra mantém-se firme nos termos do artigo 66 da CLT.

O artigo 66 da CLT nos traz que: "Entre 2 (duas) jornadas de trabalho haverá um período mínimo de 11 (onze) horas consecutivas para descanso."(BRASIL, 1943, p.722), constituindo a base legal do intervalo interjornada.

5.4 DESCANSO SEMANAL REMUNERADO

O descanso semanal remunerado refere-se ao intervalo entre módulo semanal, a regra é que seja o descanso remunerado dado no fim de semana para o trabalhador, entretanto esse descanso pode ser concedido em outros dias conforme demonstraremos neste tópico.

Por sua vez, o descanso semanal remunerado deve respeitar o período de 24 horas entre um módulo semanal e outro, conforme artigo 1º da lei 605 de 1949 que diz:

Todo empregado tem direito ao repouso semanal remunerado de vinte e quatro horas consecutivas, preferentemente aos domingos e, nos limites das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local.(BRASIL, 1949, p.1)

A CLT também prevê o descanso semanal remunerado em seu artigo 67 que diz:

Será assegurado a todo empregado um descanso semanal de 24 (vinte e quatro) horas consecutivas, o qual, salvo motivo de conveniência pública ou necessidade imperiosa do serviço, deverá coincidir com o domingo, no todo ou em parte.(BRASIL, 1943, p. 722)

Assim, observamos que se diferenciam os referidos intervalos e no caso do descanso semanal remunerado no caso de coincidir de ser seguido os intervalos é possível que sejam somados às 24 horas do descanso semanal remunerado com às 11 horas do intervalo interjornada, neste caso devendo respeitar o mínimo de 35 horas de descanso.

Como dito acima, o descanso semanal remunerado por regra do artigo 67 da CLT deve ser concedido no domingo ressalvado o motivo de conveniência pública ou

necessidade imperiosa do serviço, sendo nestes casos aplicadas algumas regras especiais.

A portaria 417 de 1966 do ministro de Estado do Trabalho traz na redação do seu artigo 2º que:

Os agentes da Fiscalização do Trabalho, no tocante ao repouso semanal, limitar-se-ão a exigir:

a) das empresas não autorizadas a funcionar aos domingos e feriados, o estrito cumprimento do art. 67 caput da Consolidação das Leis do Trabalho;

b) das empresas legalmente autorizadas a funcionar nesses dias, a organização de escala de revezamento ou folga, como estatuído no parágrafo único do mesmo artigo, a fim de que, em um período máximo de sete semanas de trabalho, cada empregado usufrua pelo menos um domingo de folga. (BRASIL, 1967,p.1)

Assim, a alínea "a" do referido artigo da portaria 417 fala sobre a aplicação da regra geral para as empresas não autorizadas funcionar aos domingos e a alínea "b" traz a exceção, com a previsão de escala de revezamento devendo obedecer ao limite de 7 semanas para que o usufruto do descanso recai no domingo.

Entretanto, ainda na escala de revezamento existem algumas exceções, a lei 10.101 de 2000 que trata sobre os trabalhadores do comércio, em seu artigo 6º e parágrafo único traz a seguinte redação:

Art. 6º Fica autorizado o trabalho aos domingos nas atividades do comércio em geral, observada a legislação municipal, nos termos do art. 30, inciso I, da Constituição.

Parágrafo único. O repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de três semanas, com o domingo, respeitadas as demais normas de proteção ao trabalho e outras a serem estipuladas em negociação coletiva.(BRASIL, 2000, p.3)

Conforme redação da lei citada, podemos observar que aos trabalhadores do comércio devido a conveniência pública, o descanso semanal remunerado poderá ser concedido em outros dias da semana obedecendo a regra de que coincida ao menos uma vez, a cada 3 semanas o descanso no respectivo domingo.

Outra exceção a escala de revezamento de 7 semanas é descrita no artigo 386 da CLT, que trata dos direitos trabalhistas das mulheres que diz: “Havendo trabalho aos domingos, será organizada uma escala de revezamento quinzenal, que favoreça o repouso dominical.”(BRASIL, 1943, p.741).

Conforme vimos, a regra geral é que o descanso semanal remunerado recaia no domingo, entretanto nas atividades de conveniência ou necessidade imperiosa do serviço deve ser aplicada a escala de revezamento de no máximo 7 semanas recaindo a folga em um domingo. Aos trabalhadores do comércio a escala de revezamento deve obedecer ao período de 3 semanas, por sua vez, as trabalhadoras que exerçam estas atividades por determinação do artigo 386 da CLT deverá cumprir escala de revezamento quinzenal.

CONCLUSÃO

Ao início deste artigo o objetivo em analisar as alterações trazidas pela reforma trabalhista era identificar na relação trabalhista se houve alguma parte beneficiada com o advento da lei 13.467/2017.

O tema é complexo, pois trouxe diversas alterações na CLT, modificando e inserindo novos dispositivos que impactaram diretamente a jornada de trabalho dos empregados, por vezes induzindo a parte a imaginar em perda de direito, em outros momentos a flexibilidade em algumas regras mostrou-se benéfica.

O fato é que o advento da conhecida “reforma trabalhista” era uma inovação legislativa imprescindível que não alcançou todos os anseios da sociedade, mas que contribuiu para pacificar as relações trabalhistas.

Destaca-se a desburocratização no acordo e na convenção coletiva, o poder dado ao acordado sobre o legislado facilitou ao Empregador e empregado regionalizar suas demandas e atender a necessidade por vezes que era local, entretanto preocupa a vulnerabilidade do trabalhador frente as grandes empresas nos acordos individuais.

Entende-se que a lei 13.467/2017 não exauriu o tema e a evolução nas relações trabalhistas e da própria sociedade caminha para novos desafios, novas possibilidades que impossibilitarão o poder legislativo em olvidar tais demandas e culminará em novas abordagens.

10 REFERÊNCIAS

_____. L. Lei no 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Diário Oficial da União, Brasília, 2017.

_____. Decreto-lei 5.452 de 1 de maio de 1943. **Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**. Diário Oficial da União, Brasília, 1943.

_____. Lei no 10.101, de 19 de dezembro de 2000. **Dispõe sobre a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados da empresa e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, 2000.

BELLINTANI, Natalia. **Como funciona a compensação de horas**. Disponível em <https://www.pontotel.com.br>. Acesso em 19 mar 2021.

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

BRASIL. Tribunal Regional Federal (6ª. Região). Recurso Ordinário nº **0001528-85.2015.5.06.0023**. Recorrente: **AUTARQUIA DE MANUTENÇÃO E LIMPEZA URBANA - EMLURB**. Recorrido : **AMARO MELQUIADES DA SILVA**. Relatora: Desembargadora Ana Cláudia Petruccelli de Lima. 04 de outubro de 2018.

COELHO, Fabio Ulhoa. **PARECER TECNICO**. Disponível em <https://rcpjrj.com.br/html/pareceres>. Acesso em 20 fev de 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho, **Curso de Direito do Trabalho: obra revista e atualizada conforme a lei da reforma trabalhista e inovações normativas e jurisprudenciais posteriores**, 18ª edição, São Paulo: LTr, 2019

_____, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 7. ed. São Paulo: LTr, 2008.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas, 21 ed., 2005, p 499.

MENDES, Larissa Martins. **A JORNADA 12X36 E SEUS REFLEXOS PÓS REFORMA TRABALHISTA**. Disponível em <https://farelosjuridicos.com.br/colunistas>. Acesso em 26 mar 2021.

MORAES, Vanessa de. Lei 13.467/2017 – Reforma Trabalhista: principais mudanças processuais. Disponível em <https://www.aurum.com.br>. Acesso em 20 fev 2021.

MOREIRA, Elen. **Reflexos do período de Vigência da Medida Provisória 808 (MP 808/2018)**. Disponível em <https://direitoreal.com.br/artigos>. Acesso em 16 fev 2021.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro, NASCIMENTO, Sônia Mascaro. **Iniciação ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2018, 41. ed. p. 255.

SÚMULA Nº 85 DO TST. JORNADA DE TRABALHO. Compensação de horário. Convenção coletiva. Fixação em acordo individual ou coletivo. Horas extras habituais. Banco de horas. Insalubridade. Compensação de jornada de trabalho

em trabalho insalubre. Disponível em <https://www.legjur.com/sumula>. Acesso em 05 fev 2021.

SÚMULA Nº 444 DO TST. JORNADA DE TRABALHO. NORMA COLETIVA. LEI. ESCALA DE 12 POR 36. VALIDADE. - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em http://www.coad.com.br/Sumulas_e_enunciados. Acesso em 05 fev 2021.

USUCAPIÃO EXTRAJUDICIAL: REQUISITOS E PROCEDIMENTOS NO TABELIONATO DE NOTAS E NO REGISTRO DE IMÓVEIS

RUBEVAL PINHEIRO COSTA:

bacharel em direito (FEPI-itajuba/MG) e licenciatura plena em filosofia (IESMA-MA), auxiliar de cartório.

RESUMO: Este estudo tem como objetivo verificar a usucapião administrativa e seus requisitos como meio de aquisição de propriedade verificando o tempo da posse em cada tipo de usucapião. A usucapião, de acordo com os modernos ordenamentos, consiste no meio de aquisição da coisa através da posse pacífica, após um tempo definido por lei. Assim sendo, o instituto incide em uma espécie de prescrição aquisitiva do direito de propriedade, desde que atendidos os requisitos legais levantando as questões acerca do procedimento de reconhecimento da usucapião extrajudicial e as exigências do Registrador de Imóveis. A justificativa na escolha do tema está no interesse de aprofundamento e esclarecimento de alguns pontos obscuros sobre a usucapião extrajudicial. Trata-se, portanto, de um estudo bibliográfico realizado por coleta de dados a partir de materiais inerentes à usucapião extrajudicial, disponível em livros, artigos eletrônicos, periódicos, entre outros. Assim, chegou-se à conclusão de que a usucapião Extrajudicial obteve um procedimento simplificado facilitando o registro ao possuidor na aquisição do título podendo o requisitante ser representado por advogado mediante requerimento e outros documentos.

Palavras-chave: Usucapião extrajudicial. Ata notarial. Princípios.

ABSTRACT: This study aims to verify the administrative usucaption and its requirements as a means of property acquisition, checking the time of possession in each type of usucaption. According to modern legal systems, usucaption consists of the means of acquiring the property through peaceful possession, after a period of time defined by law. Therefore, the institute incurs in a kind of acquisitive prescription of the property right, provided the legal requirements are met, raising the questions about the procedure of recognition of extrajudicial usucaption and the requirements of the Real Estate Registrar. The justification for choosing this theme lies in the interest in deepening and clarifying some obscure points about out-of-court usucapiao. This is, therefore, a bibliographical study carried out by collecting data from materials inherent to out-of-court usucapiao, available in books, electronic articles, and periodicals, among others. Thus, the conclusion was reached that out-of-court usucapiao has obtained a simplified procedure that facilitates registration for the

possessor when acquiring the title, and that the petitioner can be represented by a lawyer through a request and other documents.

Keywords: Extrajudicial adverse possession. Notarial act. Principles

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Da Usucapião: 2.1 Conceito de Usucapião Imóveis; 2.2 Usucapião Extrajudicial; 2.3 Desafios à Efetivação da Usucapião Extrajudicial; 2.4 Os avanços da nova Legislação. 3. Das atribuições do Tabelionato de Notas: 3.1 Da Competência Territorial Notarial; 3.2 Da Ata Notarial e os Requisitos da Usucapião; 3.3 Da Aplicação dos Princípios Notariais. 4. Do Registro de Imóveis: 4.1 Da Aplicação dos Princípios Registrais na Usucapião Extrajudicial; 4.2 Da Qualificação Registrária das Sentenças de Usucapião; 4.3 Do Procedimento da Usucapião Extrajudicial no Registro De Imóveis; 5. Considerações Finais. Referências

INTRODUÇÃO

Este estudo aborda o instituto da usucapião e sua aquisição através dos requisitos apresentados pela lei e seus procedimentos junto ao Cartório de Imóvel para o pedido do reconhecimento na via extrajudicial.

Ainda que outros direitos reais imobiliários venham ser adquiridos através da usucapião, o artigo 216-A, em seu caput trata apenas do "imóvel usucapiendo". Assim, a usucapião de outros direitos permanecerá com seu reconhecimento apenas na via jurisdicional.

A usucapião, de acordo com os modernos ordenamentos, consiste no meio de aquisição da coisa através da posse pacífica, após um tempo definido por lei. Assim sendo, o instituto incide em uma espécie de prescrição aquisitiva do direito de propriedade, desde que atendidos os requisitos legais. Ressaltando assim a problemática que envolve esta pesquisa de como proceder diante do reconhecimento da usucapião extrajudicial e quais as exigências do Registrador de Imóveis.

A Constituição Federal de 1988 instituiu o Estado Democrático de Direito, o qual se destina a garantir o exercício dos direitos fundamentais do cidadão. Dessarte, a sociedade passou a ter todos os seus interesses protegidos, ou seja, no Estado Democrático de Direito prevalece o interesse da coletividade em detrimento do interesse do particular.

O legislador tem por intuito a edição de normas que venham atender às demandas sociais sem deixar, no entanto, que estas venham na contramão do sistema legal existente, uma vez que o ordenamento jurídico pátrio é compreendido como um sistema de regras e princípios que norteiam a convivência de determinada sociedade submetida a uma jurisdição específica.

O tema abordado é de extrema importância para o aprofundamento e esclarecimento de alguns pontos obscuros sobre a usucapião extrajudicial. Destacando a importância do instituto no âmbito social, pois através deste faz com que prevaleça o interesse e a função social da propriedade, atendendo àquele que necessita de uma gleba de terra, principalmente entre as pessoas de baixa renda, sem condições de legalizar suas propriedades.

A usucapião tem como objeto bem móvel ou imóvel, podendo estes serem urbano ou rural, não existindo limitação legal quanto à área ou à situação do bem. Sendo assim, não existe impedimento quanto ao reconhecimento extrajudicial da usucapião de imóveis irregulares.

De forma geral a usucapião é requerida em relação a bens imóveis pelas vias judiciais, ou seja, por meio da instauração da ação de usucapião. A longa duração desse tipo de demanda é uma característica da mesma, devido às formalidades que lhes são impostas. Porém, a partir do advento do novo Código de Processo Civil por meio do seu art. N°1.071/2016, além da via judicial, o pedido de usucapião de bem imóvel pode ser requerido no Cartório de Registro de Imóveis da comarca em que o bem usucapiendo se localiza, desde que tenha constituído advogado ou defensor público.

Trata-se de um estudo bibliográfico, cuja captação se deu através de livros, artigos eletrônicos, periódicos que retratassem à usucapião extrajudicial. Objetivando estudar e investigar os elementos que auxiliam na prática de uma visão ampla a respeito do tema proposto.

2 DA USUCAPIÃO

2.1 Conceito de Usucapião

Etimologicamente, usucapião advém do latim *usus* que significa posse, conjugado com o termo *autoritas* que nada mais é que a proteção concedida ao proprietário. Quanto a origem do instituto, Almeida Oliveira defende que a usucapião teve sua origem na Grécia, tendo sido o instituto citado por Platão em *"A Republica"*.

Em contrapartida, Lenine Nequete aponta que o instituto é ainda mais antigo: no *"Livro dos Juizes"*, capítulo II, versículo 26 encontra-se que Jefte alegou a usucapião em favor dos hebreus contra os amonitas, pois aqueles haviam habitado o país de Hesebon e suas cidades por mais de duzentos anos e sem qualquer oposição.

A doutrina majoritária, entretanto, entende que o instituto da usucapião tem origem Romana, sendo sua fonte remota a Lei das XII Tabuas. Assim, seguimos a Corrente majoritária, que defende que a usucapião é originária do Direito Romano.

Vimos por bem tratar pontualmente da posse e da propriedade no Direito Romano (pressupostos da usucapião).

As modalidades de usucapião encontradas no Direito pátrio são: Usucapião Extraordinária; Usucapião Ordinária; Usucapião Especial Rural e Usucapião Especial Urbano (nas espécies individual e coletiva).

A usucapião foi criada com a finalidade de promover a aquisição da propriedade por parte daquele que tendo a posse, bem como determinado os requisitos legais, falta-lhe apenas o título de domínio. Sendo, portanto, uma forma de aquisição a partir de uma posse depois de certo tempo. Conforme explicam Farias e Nelson (2007, p.258): “a prescrição é modo originário de aquisição de propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada da coisa, acrescida de demais requisitos legais”.

Pereira (2004) afirma que o instituto da prescrição é desenvolvido a partir do tempo refletindo nas relações jurídicas, pois “determina a extinção das relações jurídicas, mas autoriza a aquisição dos direitos” (PEREIRA, 2004, p. 137). Para que haja a configuração do instituto da usucapião é preciso atender a dois requisitos: a posse e o tempo. Sendo assim, os dois elementos, uma vez associados, há a possibilidade de aquisição de imóvel através da usucapião.

A usucapião, é também denominada como “prescrição aquisitiva”, é entendida por Gonçalves (2009) como sendo o:

“(...) modo originário de aquisição da propriedade e de outros direitos reais suscetíveis de exercício continuado (entre eles, as servidões e o usufruto) pela posse prolongada no tempo, acompanhada de certos requisitos exigidos pela lei” (GONÇALVES, 2009, p. 256-257).

Todos os tipos de usucapião consistem em um fundamento comum, pois o objetivo é impor ao proprietário o uso racional da propriedade, assim como a necessidade de conferir a posse, que é mera situação de fato, desde que a lei não negue efeitos possessórios, uma transmutação em situação de direito, outorgando ao possuidor o título de propriedade (RODRIGUES, 2011).

Sendo assim, a usucapião é uma forma de aquisição de propriedade proveniente de ocupação sem interrupção, com “*animus domini*” cujos requisitos são expostos para a aquisição de imóvel através da usucapião. No entanto, cada uma das modalidades existentes na legislação pátria ainda exige o cumprimento específico de condições.

2.2 Usucapião Extrajudicial

O Usucapião Extrajudicial foi colocado em prática através do atual CPC, possibilitando ao tabelião de notas e ao registrador de imóveis trabalharem no procedimento da usucapião, eliminando a necessidade de atuação do Poder Judiciário em todas as demandas que tratem do reconhecimento da propriedade. As ações do tabelião resultam na produção da ata notarial, ao mesmo tempo em que o registrador de imóveis se responsabilizará pelo reconhecimento da usucapião depois da entrega da documentação necessária e da ata notarial, lavrada através do tabelião de notas (MODANEZE, 2015).

Desta forma, para ser caracterizada, precisará ser postulada pelo usucapiente ao registrador de imóveis, levando em consideração a localização onde pode ser encontrado o bem, sendo que o procedimento irá precisar ocorrer perante o Registro de Imóveis da localidade onde o imóvel se encontra. Analisando a existência dos elementos necessários e a falta de litígios, deverá ser realizado o registro da usucapião (ALBUQUERQUE, 2015).

Por outro lado, quando este imóvel referido for usucapido estiver localizado em mais de uma comarca, há ainda três outras possibilidades para que se solucione o impasse. A primeira das opções seria estipular a competência do Registro de Imóveis mais antigo para que seja efetuado o procedimento. Na opção seguinte, levando em consideração a extensão do imóvel, passa a ser competente o Registro de Imóveis onde a maior parte do imóvel está localizado. Para finalizar, a terceira opção seria tornar possível que qualquer um dos Registros de Imóveis efetue o procedimento, situação onde o ato de registro precisará ocorrer nos dois (MELLO, 2016).

Cabe ainda salientar que não é o suficiente a especificação da modalidade de usucapião no requerimento que é apresentado pelo usucapiente, sem se sujeitar a ela o registrador:

Cabe especificar a modalidade de usucapião. Porém, o Oficial Registrador não está adstrito a ela, assim como o juiz, em função das máximas *jura novit cúria* e da *mihi factum dabo tibi jus*. Os fatos devem ser claramente narrados. Mas os fundamentos jurídicos podem ser diversos daqueles expostos no requerimento. Isto é, a qualificação jurídica pode ser outra. Não é necessário que indique o fundamento legal, ou seja, os artigos de lei, mas as razões de direitos que motivam o pedido, uma vez que se trata de causa de pedir, elemento indispensável de cognição e processamento do pedido (MELLO, 2016, p. 330).

Este requerimento também tem a necessidade de possuir a eventual existência de *accessio possessionis*, assim como se o usucapiente tem justo título e se a posse

que possui sobre o bem imóvel é mansa, pacífica e ininterrupta, pelo prazo de tempo determinada em lei (BRANDELLI, 2016).

Para que seja possível criar um requerimento, perante a inexistência de referência na lei, a concepção de Mello (2016) sugere que sejam analisados os requisitos de uma petição inicial de usucapião, estando este previsto no art. 15 do novo CPC, assegurando assim o contraditório e a segurança jurídica, tal como o exercício do amplo controle de legalidade pelo registrador e juiz corregedor. Sendo assim, o mesmo autor ainda ressalta que vão precisar estar presentes os seguintes requisitos genéricos:

I – endereçamento ao oficial do registro de imóveis da comarca em que situado o imóvel; II – os nomes, prenomes, estado civil, profissão, domicílio e residência do requerente e dos interessados certos; III – o fato e os fundamentos jurídicos do pedido; IV – o pedido, com suas especificações;

V – os documentos que devem ser instruídos ao pedido; VI – requerimento de notificação dos interessados certos e intimação dos incertos por edital; VII – intimação das Fazendas Públicas; e VIII – atribuição de valor ao imóvel (MELLO, 2016, p. 325-326).

Após preencher estes requisitos, cabe ainda salientar que, observando o art. 1.071 do novo CPC, para fazer valer o instituto da usucapião extrajudicial, além do requerimento por parte do usucapiente, é preciso que exista uma representação advocatícia.

2.3 Desafios à efetivação da usucapião extrajudicial

Legitimidade ativa da usucapião extrajudicial

No tocante do Brasil, atualmente podemos compreender que unicamente aquele que possui a posse *ad usucapionem* é que possui também a legitimidade ativa. Unicamente o possuidor da *ad usucapionem* é capaz de ingressar com uma ação de usucapião. Entretanto, a legitimidade ativa no tocante da usucapião extrajudicial passou por uma ampliação, ao mesmo tempo em que qualquer indivíduo que apresente interesse jurídico justificado, legítimo e comprovado terá a possibilidade de requerê-la.

Legitimidade passiva

A legitimidade passiva no processo extrajudicial pode ser estipulada através do pedido e não precisa mencionar autor e réu, levando em consideração que o Oficial do

Registro de Imóveis unicamente lida com pretensões que não há afronta. As palavras de Brandelli lecionam assim sobre o assunto:

Aqui a legitimidade passiva não significa o contraponto ao pedido do autor; a exceção à ação de direito material; a oposição à pretensão do requerente. Legitimidade passiva, aqui, significa somente a qualidade das pessoas que devem participar, necessariamente, do processo, dando seu assentimento, por terem direito potencial ou efetivamente afetados pelo pedido do requerente, os quais não podem perder senão por sua vontade ou por disposição legal (BRANDELLI, 2016 p. 85).

Entretanto, existem legitimados passivos certos e incertos. Os legitimados passivos certos podem ser compreendidos pelos titulares dos direitos registrados na matrícula do imóvel e também dos confinantes, assim como a União, o Estado ou Distrito Federal e o Município. Já os incertos são compreendidos pelos eventuais terceiros interessados, assim como o §4º, do art. 216-A, da Lei de Registros Públicos. Neste sentido, os cônjuges ou companheiros também vão ser considerados legitimados passivos e, geralmente, vão ter que participar do processo, exceto na ocasião apresentada pelo art. 1.647, caput, do Código Civil.

2.4 Os avanços da nova legislação

O novo Código de Processo Civil começou a vigorar em 17 de março de 2016 e trouxe a possibilidade de uma elevada contribuição das Serventias Extrajudiciais. Desta maneira, esta nova legislação acabou colocando em prática o instituto da Usucapião Extrajudicial em nosso ordenamento jurídico.

Neste contexto, o primeiro avanço de maior relevância que esta legislação trouxe é a transferência desse procedimento para as Serventias Extrajudiciais, levando em consideração que, esse tipo de serviço, unicamente, seria capaz de ser realizado através da via jurisdicional, com exceção da Usucapião Administrativa que foi introduzida no ano de 2009. Resultado desse deslocamento deverá ser a redução das ações de Usucapião do judiciário, levando em consideração que as Serventias Extrajudiciais deveriam ser uma ferramenta de grande relevância para que se contribua com a diminuição da crescente quantidade de processos.

As palavras de Souza (2011, p. 321) evidenciam que fazer com que o instituto da Usucapião se transfira para as Serventias Extrajudiciais *“significa restringir a intervenção do Estado nas questões relativas a direitos disponíveis dos indivíduos, o que retira do Poder Judiciário inúmeros procedimentos de jurisdição voluntária ou contenciosa”*.

Neste sentido, a caracterização do segundo relevante avanço que esta nova legislação trouxe, ocorre através da generalização do procedimento da Usucapião Extrajudicial a toda a espécie de Usucapião que está elencado no ordenamento jurídico brasileiro, em outras palavras, esse novo tipo de procedimento possui um elevado aspecto de abrangência, que pode contemplar todos os tipos de Usucapião.

Sendo assim, esta legislação progride através da Usucapião Administrativa – que foi a primeira maneira de fazer o Usucapião de bem imóvel fora da via judicial – unicamente contemplando o Usucapião Especial Urbana através de seu procedimento, no tocante da regularização fundiária de assentamentos que se localizavam em áreas urbanas.

Já no tocante da terceira relevante evolução desta legislação podemos salientar a celeridade que deverá ser aplicada ao procedimento da Usucapião Extrajudicial, em outras palavras, ao mesmo tempo em que a ação de Usucapião possui um prazo de duração muito elevado como uma peculiaridade muito clara resultante do Código de Processo Civil, levando em consideração que as formalidades que estão revestidas, esse novo procedimento apresenta como um importante diferencial a celeridade com duração aproximada de 90 a 120 dias, se assemelhando a retificação consensual prevista nos art. 212 e 213 da Lei nº6.015/1973.

Deste modo, assim como mencionado, esse novo instituto da Usucapião Extrajudicial irá resultar na transferência das atribuições do Poder Judiciário para as Serventias Extrajudiciais, causando algumas consequências nos Tabelionatos de Notas e nos Cartórios de Registro de Imóveis, onde estes terão o dever de maximizar as ações desse novo procedimento.

3 DAS ATRIBUIÇÕES DO TABELIONATO DE NOTAS

3.1 Da Competência Territorial Notarial

Em se tratando da usucapião extrajudicial, tem-se que esta poderá ser processada diretamente no Registro de Imóveis no tocante à circunscrição imobiliária na qual o imóvel usucapiendo estiver localizado, mantendo-se tal determinação inclusive se o seu registro se der em outra circunscrição (MARQUES, 2014).

A competência, segundo Yarshell (2014), pode ser conceituada como sendo uma medida da jurisdição, já que o exercício efetivo da atividade jurisdicional por apenas um órgão do Poder Judiciário faria com que a prestação se tornasse improdutora e inviável. Em função disso, de acordo com Dinamarco (2016), a decisão por fracionar o exercício de tal atividade, deve considerar, para tanto, critérios diversos para a determinação do órgão que deteria a fração da

competência para julgar determinada causa. Deve-se, ainda, fazer menção ao fato de que é a atividade jurisdicional que é distribuída entre os órgãos, e não a jurisdição, tendo em vista que as suas características básicas são justamente a indivisibilidade e a unicidade.

Segundo Yarshell (2014) e Theodoro Junior (2016), a doutrina vinha apontando, durante a vigência do antigo Código de Processo Civil de 1973, para uma tríade de critérios para a determinação da competência, podendo haver adoção pela lei de um ou de mais critérios para fixar a regra a ser seguida. Desse modo, resumidamente, os critérios para fixação da competência existentes eram os seguintes: o critério objetivo, que abrange a competência por pessoa (*ratione personae*), matéria (*ratione materiae*) ou valor; o critério territorial (*ratione locci*) e o critério funcional.

Entretanto, no Novo CPC, de acordo com Dinamarco (2016) o legislador entendeu por bem não se adstringir a tais critérios, passando, pois, a estruturar as regras de definição de competência em três seções:

- a) uma onde apresenta disposições gerais, fixando regras básicas determinadoras da competência, especialmente da territorial (arts. 42-53);
- b) outra com a disciplina da modificação da competência (arts. 54-63);
- c) uma terceira sobre a incompetência (arts. 64-66), incluindo-se ali o trato do conflito de competência (art. 66) (DINAMARCO, 2016, p. 625).

Para Theodoro Junior (2016), contudo, muito embora se tenha uma nova estruturação das regras a serem seguidas para a determinação da competência no bojo do novo CPC, não se tem, ainda, uma completa exclusão dos critérios desenvolvidos anteriormente pelos doutrinadores pátrios. Sendo assim, é possível identificar regras baseadas em cada um destes critérios. Um exemplo citado pelo autor é a alínea "f" do inciso III do artigo nº 52, que adota expressamente o critério territorial, ao dispor ser da competência do foro do lugar de registro ou da sede da serventia notarial para a promoção de ações indenizatórias em razão de danos que forem causados em função do ofício.

Deve-se, ainda, mencionar que, embora conste no novo CPC a opção pelo critério territorial para a determinação da competência notarial ou de registro, é certo que o demandado em ação de reparação por dano decorrente de ato que

for praticado em função do ofício será invariavelmente o notário ou, ainda, o registrador, tal como disposto no artigo 236 da Constituição Federal de 1988, e no artigo nº. 28 da Lei dos Registros Públicos (BRASIL, 1973). Isso se dá, de acordo com Marques (2014), porque as serventias de registro e notariais não possuem personalidade jurídica, o que lhes retira, também, a capacidade de postular em juízo, bem como de serem demandadas no caso de eventual ação decorrente da prática da prestação de seus serviços. Sendo assim, o que se tem, a partir da leitura da alínea f do inciso III do artigo 53, é uma exceção à regra do foro geral, também denominado foro comum.

Vale dizer, de acordo com Theodoro Junior (2016), que a competência seria do foro do lugar do domicílio do demandado, tal qual prescrito no artigo 46 do novel *codex*. Contudo, ainda que não tenha o réu delegatário residência na comarca da sede da serventia registral ou notarial, é certo que o foro competente para julgar a causa será a de seu domicílio. Deve-se, ainda, conforme o autor, destacar que as serventias extrajudiciais não podem constituir sucursais, filiais ou agências, o que contribui para facilitar o estabelecimento de tal disposição.

3.2 Da Ata Notarial e os Requisitos da Usucapião

O Novo Código de Processo Civil dispôs, no bojo de seu artigo 384, que “a existência e o modo de existir de algum fato podem ser atestados ou documentados, a requerimento do interessado, mediante ata lavrada por tabelião” (BRASIL, 2015).

Segundo Alvim (2013), alguns doutrinadores compreendem que não se tem uma previsão para a ata notarial antes do advento do novel *codex* processual civil. Entretanto, é necessário destacar que não se trata, efetivamente, de uma novidade, tendo em vista que, já no bojo da Lei nº 8.935/1994 existia previsão de instituto correlato, na medida em que, em seu inciso III do seu artigo 7º, atribuía competência ao tabelião de notas para “lavrar atas e procurações públicas” (BRASIL, 1994).

Atualmente, pós advento do Novo Código de Processo Civil, a ata notarial passou a ser tida como um dos instrumentos que serve de prova da usucapião extrajudicial. Desse modo, tratando-se de um instrumento público, dá-se o seu uso pelos tabeliões como forma de atestar e captar fatos e atos (THEODORO JUNIOR, 2016). Desse modo, na ata, o notário atestará apenas as circunstâncias, não fazendo menção à qualidade da posse, tendo em vista que tal encargo pertence ao Oficial do Registro de Imóveis.

Nesse sentido, Brandelli (2016) afirma que a ata notarial é o instrumento público mediante o qual o notário capta, por seus sentidos, uma determinada

situação, um determinado fato, e o translada para seus livros de notas ou para outro documento.

Segundo Alvim (2013), a ata notarial tem como finalidade atestar a posse, dentre outros requisitos, para a usucapião extrajudicial. No bojo do Novo Código de Processo Civil, em seu artigo 1.071, que alterou o artigo 216-A da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/1973), encontra-se incorporada tal afirmativa, tendo em vista que ela consta, ao lado de outros documentos, como apta para instruir o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, a ser processado, segundo redação do inciso I do artigo 216-A da Lei de Registros Públicos, diretamente junto ao Cartório de Registro de Imóveis da comarca (BRASIL, 1973).

No que condiz aos documentos necessários para a instrução do pedido de reconhecimento extrajudicial da usucapião estão dispostos nos incisos do artigo 216-A da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), e são os seguintes:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I - ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II - planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel (BRASIL, 1973).

Como se pode verificar, além da ata notarial, são necessários, também, outros documentos, quais sejam, planta e memorial descritivo, certidões negativas referentes à situação do imóvel e ao domicílio do requerente e prova de justo título ou, ainda, de quaisquer outros documentos que possam demonstrar a continuidade, origem, tempo e natureza da posse, como, no exemplo dado pelo próprio legislador, guias de pagamento de tributos incidentes sobre o imóvel.

3.3 Da Aplicação dos Princípios Notariais

Os princípios tem como função a sustentabilidade da atividade notarial, sempre observando fielmente e garantindo a segurança jurídica para as partes. O notário, dotado de fé pública conserva os documentos originais que lhe são apresentados e expede cópias fidedignas do seu conteúdo, em que assim sustenta essa atividade no art. 6º, incisos I e II, da Lei 8.935/1994:

Art. 6º Aos notários compete: I - formalizar juridicamente a vontade das partes; II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo (BRASIL, 1994).

O serviço notarial é de fundamental importância para o novo procedimento de usucapião extrajudicial, que é a autenticação de fatos (art. 6º, inciso III, da Lei 8.935/94). A este princípio se alude no art. 1º da Lei 8.935/94 que os "serviços notariais e de registro são os de organização técnica e administrativa destinados a garantir a publicidade, a autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos". (BRASIL, 1994).

No que tange, esse princípio que norteia essa atividade notarial é emanado de legalidade tendo por autênticos todo procedimento feito pelo tabelião. A este princípio há que se afirmar a segurança jurídica dessa atividade notarial. Assim se afirma "a segurança é a da certeza quanto ao ato e sua eficácia, trazendo estabilidade às relações sociais juridicamente tuteláveis em face da certeza nela inerente" Ceneviva (1999).

A esse viés, a segurança jurídica que se dar nos atos inerentes a essa atividade são através da presunção da fé pública. Esta atribuída pela lei ao notário, onde o "notário, ou Tabelião, o Oficial de Registrador, são profissionais do direito dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro". (BRASIL, 1994).

A fé pública não apenas representa uma realidade fática e exata de um ato, mais também de um sentido altamente jurídico, ou seja, fornece evidencia e força probante

atribuída pelo ordenamento quando há intervenção do Tabelião em determinados atos ou documentos. O notário é detentor de uma responsabilidade conforme lhe é fornecido informações dadas pelas partes. A esse caráter pressupõe que o mesmo prestou uma assessoria técnica e jurídica às partes, aconselhando-as e buscando um entendimento e adequando ao negócio pretendido a luz da norma (CHAVES, 2013).

Este tem também o controle das atividades desenvolvidas por sua própria responsabilidade. Assim, o mesmo se submete as regras jurídicas e se faz necessário à existência de um órgão fiscalizador responsável por estabelecer diretrizes e as normas que deverão nortear o exercício da atividade, dando a esse exercício um princípio notarial constitucional que em seu caput do artigo 236 da constituição Federal, assim se dispõe, in verbis:

Art. 236 - Os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público.

§ 1º Lei regulará as atividades, disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos notários, dos oficiais de registro e de seus prepostos, e definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário.

§ 2º Lei federal estabelecerá normas gerais para fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pelos serviços notariais e de registro. (Regulamento)

§ 3º O ingresso na atividade notarial e de registro depende de concurso público de provas e títulos, não se permitindo que qualquer serventia fique vaga, sem abertura de concurso de provimento ou de remoção, por mais de seis meses. (BRASIL, 1988)

O notário tem também como observância o princípio da imparcialidade, não podendo este prejudicar as partes ou beneficiar outras, tendo sempre como objetivo o interesse público. Este dever é respaldado na Constituição Federal de 1988 no art. 37, in verbis:

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

Este princípio se refere à prática notarial tendo como fins legais e de forma impessoal o cumprimento da imparcialidade.

Também a essa atitude, o ato notarial praticado se reveste ao princípio da publicidade, ou seja, a divulgação dos atos. Sendo assim, todo ato notarial é público e os documentos arquivados na serventia estão disponíveis a qualquer interessado. No entanto, essa máxima se restringe a alguns documentos arquivados nas serventias extrajudiciais tendo como seu conteúdo sigiloso e devem permanecer indisponível a qualquer interessado. Tendo como exemplo, as cartas de sentença de processos separação judicial que são protegidos por segredo de justiça. Por tanto, se atividade notarial tem conteúdos de intimidade das pessoas, a honra e a imagem serão em sua origem sigiloso e indisponível.

4 DO REGISTRO DE IMÓVEIS

4.1 Da Aplicação dos Princípios Registrais Extrajudicial

Em relação aos Registros de Imóveis é inextricável o princípio da publicidade tendo seu exercício um efeito público a todos em relação ao conhecimento dos fatos e atos registrados. Assim, pelo registro é possível indicar a localização do imóvel através da sua descrição na matrícula indicando a todos os interessados o lugar certo e todas as informações sobre o estado da propriedade.

Os Registros são de forma legal um sinal de publicidade e uma garantia de direitos em relação a seus titulares e tendo validade de seus efeitos contra terceiros. Igualmente, a função básica do Registrador é constituir a prova de domínio através do título, dando publicidade através de todas as averbações e alterações sofridas pelo imóvel no decorrer do tempo, esta é obtida através das certidões do imóvel ao solicitante.

Acrescenta-se ainda, que a instituição do sistema da matrícula dos imóveis na lei de Registros Públicos significou uma mudança radical no sistema registral brasileiro substituindo a publicidade pessoal ou eclética pela publicidade real. Vale dizer, que a essa mudança os registros dos títulos se dar por um sistema de matrícula em que cada imóvel é objeto de um cadastramento autônomo e individual onde poderão ser acompanhadas através da numeração todas as mudanças do imóvel.

Nesse sentido, esse princípio também no sistema registral brasileiro adota a presunção relativa quanto à fé pública, que encontra fundamento no art. 1231, do Código Civil, *verbis*: "art. 1231. A propriedade se presume plena e exclusiva, até prova em contrário". Dando assim, a segurança e eficácia dos atos jurídicos em que se confere na Lei 6.015/73 em seu art. 1º: "Os serviços concernentes aos Registros Públicos,

estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei”.

Estende-se a também o princípio da fé pública registral resumindo a uma crença da verdade evidenciada a tudo a que está escrito. Ficando assim provado o que incorpora a um conjunto de normas extremamente rígidas não só garantindo uma relação legal como também uma relação jurídica dando validade e segurança a esta relação. Confira-se no Código Civil ao tratar de aquisição imobiliária em seu Artigo nº 1.246 “o registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo”. (VADE MECUM, 2010).

Ademais, fazendo a leitura do § 2º do artigo nº 1.245 deste mesmo Diploma Legal, afirma que: “enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade do registro, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel”. (VADE MECUM, 2010).

Ao mesmo sentido, faz-se necessário um exame de forma breve dos demais princípios que em resumo são mais importantes e rege a atividade Registral. Tornando-se assim evidente prenotar os aspectos formais e assistenciais que servem de segurança a todos os atos de registro, como os princípios da prioridade, especialidade, disponibilidade e legalidade.

Ao primeiro princípio, a da prioridade no Registro de Imóveis é um dos mais importantes em relação ao procedimento no registro. Este no Código Civil artigo nº 1.245 do Código Civil de 2002 enuncia que “transfere-se entre vivos a propriedade mediante o registro do título translativo no Registro de Imóveis”. Nesse sentido é protegido sempre o primeiro adquirente, significa a possibilidade de que se desconhece o titular de cada um desses direitos que se tenham constituído posteriormente ao primeiro.

Já o princípio da especialidade significa que toda inscrição deve recair sobre um objeto individuado. Assim, o imóvel e os sujeitos envolvidos no instrumento objeto de registro devem estar perfeitamente descritos, permitindo a exata localização do imóvel no mundo físico e a perfeita identificação das pessoas que figurarem nos ato como aqui já citado no artigo 176 § 1º, II tendo este dispositivo a descrição, características e confrontações, localização, área, código e dados de sua descrição como corpo certo, e também a representação escrita e individualizada com o seu modo de ser físico, que o torna inconfundível em relação a qualquer outro. Assim o descreve a Lei Registro Público em seu artigo 225, in verbis:

Art. 225 Os tabeliães, escrivães e juízes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão,

os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário.

Portanto, é importante descrever a perfeita identificação do imóvel feita assim com precisão através da indicação precisa das medidas, características e confrontações.

Nesse mesmo sentido o princípio da disponibilidade tem como finalidade o conteúdo e a qualidade dos direitos transmitidos. A esse sentido, esse princípio está intimamente ligado ao direito de propriedade em que assim o confere o Código Civil **art. 1.228**. "O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha".

Dessa forma aqui reputado em todos os princípios torna-se evidente o Princípio da Legalidade, este impõe ao Registrador um exame prévio da legalidade, validade e eficácia dos títulos, a fim de impedir o registro de títulos inválidos ou ineficaz, como estabelece os artigos nº 289 e 198 da Lei nº 6.015/73:

Art. 289. No exercício de suas funções, cumpre aos oficiais de registro fazer rigorosa fiscalização do pagamento dos impostos devidos por força dos atos que lhes forem apresentados em razão do ofício. (Renumerado do art. 305, pela Lei nº 6.216, de 1975). Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimí-la, obedecendo-se ao seguinte: (Renumerado do art 198 a 201"caput"com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975).I - no Protocolo, anotar o oficial, à margem da prenotação, a ocorrência da dúvida; II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas; III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias; IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Em síntese, o título passará a um crivo feito pelo Registrador relativo a esse princípio não liberando a averbação desse título em caso de haver qualquer vício ou ilegalidade.

Outro princípio é o princípio da continuidade em que impede o lançamento de qualquer ato registral sem a existência de registro anterior este está consagrado no artigo 195 da Lei nº 6.015/73, como adiante poderá ser visto no artigo 195 que fala que “Se o imóvel não estiver matriculado ou registrado em nome do outorgante, o oficial exigirá a prévia matrícula e o registro do título anterior, qualquer que seja a sua natureza, para manter a continuidade do registro”.

O Princípio da continuidade baseia-se em uma sequência cronológica dos atos. Segundo tal princípio, todos os atos que são descritos na matrícula, tanto em relação ao imóvel como em relação às pessoas envolvidas, devem ter uma sequência lógica dos fatos. A esse sentido, não poderá vender ou gravar de ônus, quem não figurar como proprietário no registro imobiliário. Respeitando o princípio da continuidade, se for anulado um negócio jurídico por sentença transitada em julgado, o registro será cancelado, e, conseqüentemente, serão cancelados todos os posteriores que nele se apoiaram.

Por fim, cabe assim, analisar um princípio da territorialidade, este limita a circunscrição territorial que é definida em Lei e ao oficial compete apurar os limites da sua competência. Preceitua que o registro deve ser feito no ofício imobiliário da circunscrição territorial a que pertencer o imóvel, estabelecendo à legalidade em obediência a lei em tese. Cumpre-se destacar que a atuação dos Registradores é assegurar os limites dados pela lei de Registro Público, a fim de evitar que se produzam uma defesa às cegas ou sem ordem da segurança jurídica Possibilitando assim, a qualquer interessado o conhecimento da situação física e jurídica do imóvel, uma vez que basta a ele saber a qual circunscrição pertence o imóvel para dirigir-se ao ofício imobiliário competente e solicitar uma certidão.

Igualmente, estabelece que a apresentação do pedido de registro deva ser realizada em um só cartório de imóveis e somente um Registro Imobiliário poderá ser feito que é o da situação do imóvel. Neste contexto, o princípio da territorialidade ou competência territorial, consiste em que o exercício das funções do Registrador de imóveis deverá ser realizado dentro da área territorial definida na Lei de Registro.

4.2 Da qualificação registrária das sentenças de usucapião

A qualificação Registral é o “ato de qualificar”, tornar algo qualificado para alguma coisa possuindo a capacidade ou competência. Assim, a qualificação das sentenças de usucapião deve ser apreciada pelo Registrador como um facilitador sem

se opor as decisões do magistrado. Podendo o Oficial de Registro analisar as questões meramente principiologicos está respaldado em Lei.

Tendo o conhecimento de que as sentenças de Usucapião visam um efeito de publicidade para prevenir contra terceiros e assegurar o registro, dando ao interessado a confirmação do direito adquirido pela posse sem interrupção e sem oposição, tendo assim, um efeito meramente declaratório. Em que segundo Miranda (1998, p. 340):

A sentença diz, na ação de usucapião, que a *certo momento* se usucapiu. E isso o que se *declara*. O registro só tem efeitos que concernem ao próprio registro ou à publicidade. Não é a partir dele que começa a nova propriedade. A nova propriedade — entenda-se a titularidade, ou no tempo, a única titularidade, porque se pode dar que se haja usucapido *res nullius* imobiliária — é *anterior* à sentença, e a sentença declara-a. (MIRANDA, 1998, p. 340).

Por outro lado, não há apenas a sentença de efeito declaratório, mas também a de efeito mandamental. Assim, a sentença que julgar procedente a ação será transcrita mediante mandado judicial no Registro de Imóveis. Portanto, a ação de usucapião é na verdade como visto a cima um meio de levar ao conhecimento dos órgãos a situação do domínio sobre bem e assegurar o registro.

A esse sentido, a sentença de usucapião conterà alguns elementos basilares presentes no título Judicial respeitando assim os princípios registrares imobiliário. Sendo assim, serão observados os princípios da especialidade objetiva e da continuidade. Quanto a esse objetivo as atribuições do Registrador são definidas na lei do Notário Lei 8935/94, e também a do Registro Público Lei 6.015/73.

Verifica-se, desse modo, que a qualificação registrária observada nos princípios aqui elencados se respalda também na Constituição Federal no art. 5º XXIII onde “a propriedade atenderá a sua função social”. A esta interpretação a lei de Registro Público possibilita também a admissão a registro os títulos judiciais formalizados por cartas de sentença, formais de partilha, certidões e mandados extraídos de autos de processo. (BRASIL, 1973).

A essa gênese o Registrador poderá adequar os títulos judiciais a algumas formalidades desencadeando certa admissibilidade e examinando se o título barra em alguns obstáculos propriamente registrária levando em conta alguns princípios de registro. Portanto, esta atitude não invalida a sentença judicial ou a eficácia da decisão. No entanto, para concessão do Registro a ordem judicial se instrumentaliza por meio

do mandado, e o registrador apenas desenvolve aspectos meramente formais não podendo este sobrepor à autoridade do Juiz.

A esse vetor o registrador está intimamente vinculado ao o princípio constitucional da segurança jurídica como um dos requisitos principiológicos da atividade registral. No entanto, a Lei dos Registros Públicos (6.015/73), em seu art. 239, traz os requisitos a serem observados nos títulos judiciais, a que se destaca:

Art. 239 As penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis serão registrados depois de pagas as custas do registro pela parte interessada, em cumprimento de mandado ou à vista de certidão do escrivão, de que constem, além dos requisitos exigidos para o registro, os nomes do juiz, do depositário, das partes e a natureza do processo. (Renumerado do art. 244 com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975). Parágrafo único A certidão será lavrada pelo escrivão do feito, com a declaração do fim especial a que se destina, após a entrega, em cartório, do mandado devidamente cumprido.

Tendo assim, o **art. 198 da mesma Lei assegurando** a função qualificadora do registrador:

Art. 198 - Havendo exigência a ser satisfeita, o oficial indicá-la-á por escrito. Não se conformando o apresentante com a exigência do oficial, ou não a podendo satisfazer, será o título, a seu requerimento e com a declaração de dúvida, remetido ao juízo competente para dirimi-la, obedecendo-se ao seguinte: (Renumerado do art. 198 a 201"caput" com nova redação pela Lei nº 6.216, de 1975). I - no Protocolo, anotar a dúvida; II - após certificar, no título, a prenotação e a suscitação da dúvida, rubricará o oficial todas as suas folhas; III - em seguida, o oficial dará ciência dos termos da dúvida ao apresentante, fornecendo-lhe cópia da suscitação e notificando-o para impugná-la, perante o juízo competente, no prazo de 15 (quinze) dias; IV - certificado o cumprimento do disposto no item anterior, remeter-se-ão ao juízo competente, mediante carga, as razões da dúvida, acompanhadas do título.

Sendo assim, o Registrador antes de fazer a averbação poderá este suscitar dúvida em relação à exigência judicial remetendo ao juiz competente. A que se pode perceber a esse item, não há por parte do Registrador o objetivo de afrontar as

decisões judiciais, mas apenas auxiliar o judiciário para que o ato possa ser praticado de forma perfeita.

A tudo isso, a qualificação Registrária deve ser objeto de reconhecimento em sentença judicial, tendo apreciação dos requisitos exigidos pelo Código Civil. A esse fim, independentemente da espécie de usucapião adotada pelo demandante, será encaminhada ao registro tendo o mandado de averbação as medidas perimetrais e as delimitações da área ocupada pelo imóvel, conforme o art.176, § 1.º, II, 3, b, da Lei n.º 6.015/1973. Assim, registrador não poderá deixar de cumprir a determinação do juiz nessas questões de natureza judicial, tendo o mandado todas as medidas e delimitações do imóvel pretendido a usucapir.

Por fim, uma vez Julgada procedente a ação de usucapião deve ser expedido o mandado ao Cartório de Registro de Imóveis para a averbação ou abertura de uma nova matrícula. Tendo, por tanto, o título Judicial, averbado pelo Registrador.

4.3 Do procedimento da usucapião extrajudicial no registro de imóveis

A usucapião Extrajudicial possui um procedimento simplificado facilitando o registro ao possuidor na aquisição do título. Tendo o usucapiente representado por advogado e mediante requerimento instruído com uma ata notarial, planta e memorial descritivo do imóvel, certidões negativas e outros documentos. O procedimento da usucapião extrajudicial teve seu advento a partir da Lei nº 13.105/2015 no artigo 1071 o capítulo III do título V acrescido do seguinte artigo 216A ao texto da Lei nº 6.015/1973 (Lei de Registros Públicos), que apresenta em inteiro teor:

Art. 216-A. Sem prejuízo da via jurisdicional, é admitido o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, que será processado diretamente perante o cartório do registro de imóveis da comarca em que estiver situado o imóvel usucapiendo, a requerimento do interessado, representado por advogado, instruído com:

I – ata notarial lavrada pelo tabelião, atestando o tempo de posse do requerente e seus antecessores, conforme o caso e suas circunstâncias;

II – planta e memorial descritivo assinado por profissional legalmente habilitado, com prova de anotação de responsabilidade técnica no respectivo conselho de fiscalização profissional, e pelos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes;

III - certidões negativas dos distribuidores da comarca da situação do imóvel e do domicílio do requerente;

IV - justo título ou quaisquer outros documentos que demonstrem a origem, a continuidade, a natureza e o tempo da posse, tais como o pagamento dos impostos e das taxas que incidirem sobre o imóvel.

§ 1o O pedido será autuado pelo registrador, prorrogando-se o prazo da prenotação até o acolhimento ou a rejeição do pedido.

§ 2o Se a planta não contiver a assinatura de qualquer um dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, esse será notificado pelo registrador competente, pessoalmente ou pelo correio com aviso de recebimento, para manifestar seu consentimento expresso em 15 (quinze) dias, interpretado o seu silêncio como discordância.

§ 3o O oficial de registro de imóveis dará ciência à União, ao Estado, ao Distrito Federal e ao Município, pessoalmente, por intermédio do oficial de registro de títulos e documentos, ou pelo correio com aviso de recebimento, para que se manifestem, em 15 (quinze) dias, sobre o pedido. § 4o O oficial de registro de imóveis promoverá a publicação de edital em jornal de grande circulação, onde houver, para a ciência de terceiros eventualmente interessados, que poderão se manifestar em 15 (quinze) dias.

§ 5o Para a elucidação de qualquer ponto de dúvida, poderão ser solicitadas ou realizadas diligências pelo oficial de registro de imóveis.

§ 6o Transcorrido o prazo de que trata o § 4o deste artigo, sem pendência de diligências na forma do § 5o deste artigo e achando-se em ordem a documentação, com inclusão da concordância expressa dos titulares de direitos reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, o oficial de registro de imóveis registrará a aquisição do imóvel com as descrições apresentadas, sendo permitida a abertura de matrícula, se for o caso.

§ 7º Em qualquer caso, é lícito ao interessado suscitar o procedimento de dúvida, nos termos desta Lei.

8º Ao final das diligências, se a documentação não estiver em ordem, o oficial de registro de imóveis rejeitará o pedido.

§ 9º A rejeição do pedido extrajudicial não impede o ajuizamento de ação de usucapião.

§ 10º. Em caso de impugnação do pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião, apresentada por qualquer um dos titulares de direito reais e de outros direitos registrados ou averbados na matrícula do imóvel usucapiendo e na matrícula dos imóveis confinantes, por algum dos entes públicos ou por algum terceiro interessado, o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel, cabendo ao requerente emendar a petição inicial para adequá-la ao procedimento comum.

Entretanto, a referida lei inicia um rito próprio que se inicia com a obrigatoriedade da lavratura da ata notarial em um Cartório de Notas. Nesta escritura o tabelião atesta o tempo de posse do interessado com base em documentos apresentados terminando com o registro da propriedade junto ao Cartório de Imóvel da circunscrição do bem imóvel.

Nesse aspecto, a Lei condicionou o registro da usucapião extrajudicial a concordância expressa daquele que tem o nome registrado na matrícula do imóvel usucapiendo e de todos os confrontantes. A essa questão, se não houvesse manifestação a Lei presumia discordância, possibilitando a não reconhecimento da usucapião perante o Cartório de Imóveis.

O grande problema a essa questão foi que houve inúmeras discordâncias impossibilitando a regularização dos imóveis que se encontram sob domínio de seus possuidores. Reparando essa questão houve advento da Lei Federal 13.465/2017 retificando o condicionante da anuência do proprietário e dos confrontantes.

Portanto, a referida Lei Federal alterou o §2 do Artigo 216-A para dispor de ausência da manifestação do proprietário do imóvel na matrícula e de todos os confrontantes importará concordância, deixando de ser um impedimento ao registro da usucapião extrajudicial. A mesma lei menciona caso não sendo possível obter a assinatura do proprietário do imóvel ou dos confrontantes na planta ou no memorial descritivo, o Registrador de Imóveis irá notifica-los para se manifestarem em 15

(quinze) dias, ainda que seja por edital. Não tendo manifestação o oficial dará seguimento ao registro, desde que os outros documentos estejam em ordem.

Nesse interim, na visão de Pereira (2016), não obstante seja uma tentativa bastante louvável a de desjudicializar o processo, facilitando, assim, a aquisição da propriedade por meio da usucapião em qualquer uma das modalidades que já estão previstas na legislação civil e em leis especiais, sem ser necessária a do Poder Judiciário, é certo, porém, que tudo isso se perde completamente ao se considerar os requisitos exigidos para a sua ocorrência, deixando, assim, uma espécie de instituto natimorto, sem qualquer utilidade prática e eficácia.

O primeiro ponto a se considerar é que a lei passa a exigir o acordo entre as partes para que se declare a aquisição da propriedade. Somente isso, ainda na visão de Pereira (2016), bastaria para esvaziar o instituto, tendo em vista que a grande maioria dos casos, na prática, envolve algum tipo de conflito de interesse entre os titulares do registro do imóvel ou proprietários e os que detêm a posse do bem, não sendo possível, assim, obter a concordância expressa em relação ao pedido extrajudicial de usucapião.

Outro aspecto a se considerar é que o pedido de reconhecimento extrajudicial de usucapião será processado diretamente junto ao cartório do registro de imóveis da comarca onde o imóvel usucapiendo estiver situado. Deve-se instruí-lo, dentre outros documentos, com o memorial descritivo assinado pelos titulares de direitos reais e de outros direitos averbados ou registrados na matrícula tanto do imóvel usucapiendo como dos imóveis confinantes, e por profissional com habilitação legal, provando, ainda, anotação de responsabilidade técnica no conselho de fiscalização profissional correspondente. Deve, ainda, juntar a planta do imóvel (BRASIL, 1973).

Veja-se, pois, que a exigência de assinatura do memorial descritivo e da planta por aqueles que detêm dos direitos reais já enseja a necessidade de concordância de todos os envolvidos para que o pedido extrajudicial da usucapião possa tramitar. Na perspectiva de Albuquerque Junior (2015), porém, embora tal cuidado sirva para resguardar o direito fundamental à propriedade, impedindo que este seja submetido somente ao oficial de registro de imóveis, é certo, porém, que, mesmo em casos em que se discute apenas a necessidade de regularização documental para que se possa adquirir a propriedade, os titulares de direitos confinantes ou reais tendem à omissão na resolução extrajudicial do conflito, buscando, por vezes, até a embaraçá-la, o que pode resultar, mais uma vez, na ineficiência do instituto introduzido pelo Novo Código de Processo Civil de 2015.

Reforçando tal preocupação, ressalte-se, ainda, que o texto elaborado prevê procedimento a ser seguido no caso do silêncio dos titulares de direitos reais ou confinantes: conforme disposição contida no § 2º do artigo 216-A, aqui já reproduzido, caso qualquer dos titulares não assine a planta do imóvel usucapiendo, o mesmo receberá notificação para manifestar expressamente o seu consentimento no prazo de 15 (quinze) dias, sendo o seu silêncio interpretado como discordância. Tendo o pedido extrajudicial de usucapião rejeitado em razão de inadequação da documentação, conforme disposto no § 8º, sendo o intento de usucapir, a partir de então, somente possível através de ação judicial, segundo redação do § 9º (BRASIL, 1973).

Sendo assim, conforme Andrada (2016) se está diante de uma situação que a própria lei colabora para o esvaziamento do instituto, na medida em que estipula condições praticamente inatingíveis para a sua ocorrência na modalidade extrajudicial.

Com isso, é importante ressaltar que essa é a redação do artigo anterior, tendo este já modificado pela Lei Federal 13.465/2017 em que mudou o condicionamento da anuência do proprietário e dos confrontantes tendo seu silêncio interpretado como concordância. A esse efeito, a impugnação expressa dos descritos no parágrafo §10 Incluído pela Lei nº 13.105, de 2015 “o oficial de registro de imóveis remeterá os autos ao juízo competente da comarca da situação do imóvel”. Independentemente de qualquer requerimento da parte, seguindo rito comum para o processamento da ação de reconhecimento da usucapião.

O outro efeito da impugnação é o apresentado no texto do §8º também já discutido neste trabalho, que é a impugnação feita pelo registrador no final das diligências, se a documentação não estiverem em ordem poderá rejeitar o pedido do interessado, através da decisão administrativa de rejeição do pedido, e podendo o interessado suscitar dúvida prosseguindo com a ação no juízo competente que será o juízo correcedor de registros públicos. Sendo a remessa ao contrário da primeira rejeição, feita a requerimento do interessado.

Por fim, o prosseguimento de dúvida será de cunho administrativo em que se afirma a Lei de Registro Público em seu **art. 204** “decisão da dúvida tem natureza administrativa e não impede o uso do processo contencioso competente (BRASIL, 1973). Tendo este procedimento não seguindo em ação judicial, mas um procedimento correccional uma atividade excepcionalmente exercida pelo Poder Judiciário.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A usucapião como meio de aquisição a partir de uma posse depois de certo tempo, passa a ser válida desde que os requisitos definidos em lei estejam presentes. Sendo desse modo uma aquisição originária de propriedade e de outros direitos reais pela posse prolongada.

Sendo assim, desde que sejam atendidos todos os requisitos legais para a configuração da usucapião, o detentor da posse pode pedir a regularização da propriedade dando destinação ao imóvel e cumprindo a função social da propriedade. Vale ressaltar, que deverão ser seguidos alguns requisitos em todos os tipos de usucapião para assim ser reconhecida como decurso do tempo, coisa hábil ou suscetível de usucapir.

Sobre o instituto da usucapião, é inegável que todos os aspectos referentes a esse instituto agregam um valor essencial e de renovação ao ordenamento jurídico.

Concluiu-se que as sentenças de Usucapião visam um efeito de publicidade para prevenir contra terceiros e assegurar o registro, dando ao interessado a confirmação do direito adquirido pela posse sem interrupção e sem oposição, tendo assim, um efeito meramente declaratório. Nesse sentido caso aja alguma dúvida em relação à sentença do magistrado e em relação ao mandado, esta será de cunho meramente principiológico tendo assim remetido a dúvida ao juiz. Caso a dúvida tenha caráter administrativo, esta não impede o uso em processo contencioso. Caso este procedimento não prossiga em ação judicial, este será um procedimento correcional a uma atividade excepcionalmente exercida pelo Poder Judiciário.

Por fim, a avanço que trouxe a legislação garante uma generalização em que ocorre no procedimento de reconhecimento, em outras palavras, esse novo tipo de procedimento possui um elevado aspecto abrangendo todos os tipos de usucapião. Configurando a esse desafio os avanços em relação usucapião se deu na facilidade através da atualização do artigo em que se deu no novo código de processo civil.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Manuel de Arruda. **Manual de direito processual civil**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ANDRADA, Doorgal João Lucindo Tamm de. **A função social como fundamento não necessário do usucapião no direito vigente brasileiro**. Monografia. Centro Universitário de Brasília UNICEUB; Brasília, DF: UNICEUB, 2016.

ALMEIDA OLIVEIRA, Antônio de. **A prescrição no direito Comercial e civil, 1896.** apud STAWINSKI, Maria Hercília Horacio. A posse ad usucpcionem no direito comparado, Tese de mestrado, p.24

ALBUQUERQUE JÚNIOR, Roberto Paulino de. **O usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil.** Consultor Jurídico, São Paulo, 18 mai. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicialcodigo-processo-civil-JUNIOR> . Acesso em: abril de 2021.

BRANDELLI, Leonardo. **Usucapião administrativa:** de acordo com o novo código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016. E-book. Disponível em: <http://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502637009/cfi/4!/4/4@0.00:18.2> . Acesso em: abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 11.977 de 07 de julho de 2009. **Institui o Programa Minha Casa, Minha Vida – PMCMV e a regularização fundiária de assentamentos localizados em áreas urbanas.** In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 07 jul. 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11977.htm . Acesso em: abril de 2021

BRASIL. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. **Institui o Código de Processo Civil.** In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm . Acesso em: abril de 2021..

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília-DF, 1988. Promulgada em 05/10/1988.

BRASIL, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Brasília-DF, 2015. Publicado no DOU de 17/03/2015.

BRASIL, Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994. **Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro (Lei dos cartórios).** Brasília-DF, 1994. Publicado no DOU de 21/11/1994.

BRASIL, Lei nº 12.651, De 25 De maio de 2012, Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa, Brasília-DF, 2012. Publicado no DOU de 28.5.2012

BRASIL, Decreto-lei nº 2.398, de 21 de dezembro de 1987. **Dispõe sobre foros, laudêmios e taxas de ocupação relativas a imóveis de propriedade da União, e dá outras providências.** Brasília-DF, 1987. Publicado no DOU de 22/12/1987.

BRASIL, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Brasília-DF, 1973. Publicado no DOU de 17/01/1973 e republicado em 27/07/2006.

BRASIL. Lei de Registro Público. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6015compilada.htm

BRASIL. LEI Nº 13.465, DE 11 DE JULHO DE 2017. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13465.htm

DINAMARCO, C. R. **Instituições de direito processual civil.** V. 1. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direitos Reais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** Direito de família. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

JÚNIOR, Roberto Paulino de Albuquerque. **O usucapião extrajudicial no novo Código de Processo Civil.** Consultor Jurídico. Disponível em:
<http://www.conjur.com.br/2015-mai-18/direito-civil-atual-usucapiao-extrajudicialcodigo-processo-civil#top> . Acesso em: abril de 2021.

MARQUES, Jeane Fontenelle. **A desjudicialização como forma de acesso à Justiça.** Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 123, abr. 2014. Disponível em:
<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14638&revista_caderno=21> . Acesso em: abril de 2021.

MIRANDA, Francisco Pontes de. **Tratado das ações.** Atualizada por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 1998, vol. I. p. 340.

MELLO, Henrique Ferraz Côrrea. **Usucapião extrajudicial.** São Paulo: YK Editora, 2016.

MODANEZE, Jussara Citroni. **A usucapião extrajudicial.** Carta Forense, São Paulo, 02 abr. 2015. Disponível em:
<http://www.cartaforense.com.br/conteudo/artigos/ausucapiao-extrajudicial/15184> . Acesso em: abril de 2021.

NEQUETE, Lenine. **Da prescrição aquisitiva.** Sulina editora, 1981, apud STAWTNSKI. op. cit. p.24.

PEREIRA, Felipe Pires. **A interpretação do silêncio na usucapião extrajudicial do novo CPC.** Brasília: [2016]. Disponível em:
<<http://www.notariado.org.br/index.php?pG=X19leGliZV9ub3RpY2lhcw==&in=Njk4Ng>> . Acesso em: abril de 2021.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: Direitos Reais. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PROVENSI, Jamile Maria Gondek. **Usucapião administrativa no novo Código de Processo Civil, desjudicialização e materialização da função social da propriedade imobiliária**. Curitiba, 2015, p.35. Monografia Escola da Magistratura do Paraná.

RODRIGUES, Silvano Vieira. **A incoerência sistêmica do artigo 1240-A do Código Civil brasileiro**. Âmbito Jurídico, 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11218>. Acesso em: abril de 2021.

SOUZA, Lígia Arlé Ribeiro de. **Serventias extrajudiciais no processo de desjudicialização**. Jus Navigandi, Teresina, ano 16, n. 3029, 17 out. 2011. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/20242> . Acesso em: abril de 2021.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. V. 1. 57. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

MECUM, vade. Editora Rideel, 2010. 11º ed.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Curso de direito processual civil**. V. 1. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

A LEI 13.827/2019 E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA PELA AUTORIDADE POLICIAL: ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E CONTRÁRIOS

RENATA COSTA DO EGYTO:
Bacharelanda no curso de Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCátolica.

IGOR DE ANDRADE BARBOSA⁶⁹

(orientador)

RESUMO: O presente artigo aborda sobre a possibilidade de aplicação das Medidas Protetivas de Urgência (MPUs) pela autoridade policial. Para tanto, apresenta aspectos do sistema brasileiro de proteção à mulher; explica a introdução da Lei Maria da Penha (LMP) no ordenamento jurídico brasileiro; e reúne os argumentos favoráveis e contrários à aplicação das medidas no âmbito policial. Como metodologia, foi realizada revisão bibliográfica em livros e legislações com o objetivo de conhecer os posicionamentos doutrinários sobre a efetividade das MPUs no enfrentamento à violência doméstica, que apesar das proteções legais tem atingido altos índices. Ao final do estudo, apresenta-se a conclusão sobre a aplicação das MPUs pela autoridade policial em casos de violência doméstica contra a mulher, que viola o princípio da reserva da jurisdição, uma vez que transfere para a Polícia atribuições de competência do Judiciário, revelando o não atendimento às demandas específicas das vítimas e ingerência nos direitos fundamentais do acusado.

Palavras-chave: Autoridade Policial. Medidas Protetivas de Urgência. Mulher. Violência Doméstica.

ABSTRACT: The present article aims to discuss the possibility of applying the Emergency Protective Measures (MPUs) by the police authority. To this end, it presents aspects of the Brazilian system for the protection of women; explains the introduction of the Maria da Penha Law (LMP) in the Brazilian legal system; and gathers the arguments for and against the application of MPUs in the police sphere. As a methodology, a bibliographic review was carried out on books and legislation in order to know the ideas and thoughts of scholars about the effectiveness of MPUs in combating domestic violence, which is known, regardless of the rigors of the law, has

⁶⁹ Defensor Público Federal de 1º categoria na Defensoria Pública da União do Tocantins e professor de graduação e pós-graduação do curso de Direito do Centro Universitário Católica do Tocantins – UniCátolica.

been growing every day. At the end of the study, it was concluded that the application of MPUs by the police authority in cases of domestic violence against women violates the principle of reserve of jurisdiction, in view of the fact that it transfers to the Police attributions that belong to the Judiciary, revealing, in addition, the failure to meet the specific demands of victimized women and interference with the fundamental rights of the accused.

Keywords: Police Authority. Protective Urgent Measures. Woman. Domestic Violence.

Sumário: Introdução. 1. Aspectos do Sistema brasileiro de proteção à mulher e a introdução da lei maria da penha no ordenamento jurídico brasileiro. 2. Argumentos favoráveis às alterações da lei nº 13.827/2019. 3. Argumentos contrários à lei nº 13.827/2019. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos últimos trinta anos, a violência contra a mulher começou a ser encarada como questão de interesse e de saúde públicos. O seu combate sob a perspectiva de Direitos Humanos passou a ganhar visibilidade, sendo foco de políticas públicas.

Na década de 1980, as reivindicações dos movimentos sociais, em particular dos movimentos feministas, foram centradas na necessidade de enfrentamento mais efetivo dessa espécie de crime com a criação das Delegacias Especializadas de Atendimento à Mulher (DEAMs), responsáveis pelo registro e apuração de casos de violência de gênero. Desta forma, a polícia foi a primeira instituição que passou a enfrentar e, com isso, expor a problemática da violência contra a mulher ao longo da história.

A percepção das relações sociais de poder sobre o prisma do gênero permitiu a identificação de desigualdades, discriminação e violência contra as mulheres, sendo ainda nos dias atuais relativizadas.

A Lei nº 11.340, de 07/08/2006, denominada de “Lei Maria da Penha” é vista no Brasil como um marco na prevenção e no combate à violência doméstica contra a mulher, com penas mais rigorosas, trazendo a expectativa de efetiva punição para os agressores, com medidas protetivas e de assistência às vítimas.

Entretanto, as estatísticas da violência doméstica e familiar no Brasil continuam sendo um desafio para os especialistas. Com quase quinze anos da sua vigência, os registros evidenciam significativa elevação ano após ano em todo país.

Na busca por maior efetividade no combate à violência doméstica, editou-se a Lei nº 13.827/2019, que, entre outras disposições, trouxe a possibilidade de aplicação das Medidas Protetivas de Urgência pela autoridade policial, apoiada por grande parte

da doutrina, porém contando com posicionamentos contrários.

Diante desse cenário, o presente estudo busca reunir os argumentos favoráveis e contrários à aplicação das MPUs pela autoridade policial.

A escolha do tema foi influenciada pelas crescentes violações e desrespeitos aos direitos fundamentais das mulheres, além da progressiva incidência de ocorrência de casos de violência de gênero que resultam muitas vezes no óbito das mulheres somente em razão do gênero, fazendo com que este seja um problema que aflige a sociedade como um todo. O estudo se justifica, ainda, por ser um tema atual e amplamente discutido nos campos da literatura sociológica e jurídica.

Como metodologia, a revisão bibliográfica foi realizada em livros e legislações com o objetivo de conhecer as ideias e analisar os posicionamentos de estudiosos sobre a efetividade das Medidas Protetivas no enfrentamento à violência doméstica.

1. ASPECTOS DO SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO A MULHER E A INTRODUÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Como dito inicialmente, a Lei Maria da Penha, estabeleceu mecanismos para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica e familiar contra a mulher. O nome da lei se deu em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, cearense, biofarmacêutica, que sofreu violência física e psicológica de seu cônjuge, Marco Antônio Heredia Viveiros. Após sofrer duas tentativas de homicídio em 1983, Maria da Penha levou a conhecimento público a violência que sofreu, resultando na condenação do agressor em 1996 pela justiça brasileira, tendo, porém, o primeiro julgamento sido anulado em 1991.

Em 1998, mesmo com o trânsito em julgado, a execução da pena imposta ao, agora, seu ex-marido, não havia sido iniciada. Em razão disso, Maria da Penha apresentou petição à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) com o apoio do Centro para Justiça e Direito Internacional (CEJIL) e do Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM).

Em agosto daquele ano, a CEJIL recebeu a denúncia que evidenciava a inércia do Estado brasileiro perante as violências sofridas por Maria da Penha, pois, passados 15 anos dos fatos que culminaram na condenação do agressor, medidas efetivas para processá-lo e puni-lo ainda não haviam sido tomadas.

A Comissão, reconhecendo a negligência praticada pelo Brasil sobre a violência sofrida por Maria da Penha, o notificou e, por fim, recomendou, entre outras medidas, a adoção de providências com a finalidade de determinar ao país que disponibilizasse

às demais vítimas de violência doméstica meios mais céleres para processar as denúncias e punir os agressores.

Embora o relatório contivesse algumas medidas necessárias a serem tomadas pelo Estado Brasileiro, não houve de sua parte resposta à Comissão e em razão disso, no ano de 2001, foi emitido Relatório nº 54/2001, responsabilizando o Brasil por sua negligência e omissão no combate à violência contra as mulheres.

Por fim, a Comissão condenou o Estado do Ceará (Estado onde ocorreu o crime) ao pagamento de indenização no valor de R\$20.000,00 (vinte mil reais) por não ter punido o réu, o qual foi pago devidamente corrigido. Além disso, o marido de Maria da Penha foi preso um ano após a decisão da CIDH em 2002, para cumprir a pena de 10 (dez) anos de prisão, que ocorreu somente após 19 anos e 6 meses da ocorrência do crime e 6 meses antes de sua prescrição.

O relatório da CIDH, expôs a posição omissa do Estado-parte, rentando configurada violação à Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1984, tendo sido o primeiro país a ser condenado em âmbito internacional pela violação à proteção dos direitos humanos.

A LMP, portando foi um avanço, levando em consideração que o Brasil previa em sua legislação termos como "*mulher honesta*" e tolerava situações de agressão em defesa da honra masculina.

A intervenção do Estado na violência doméstica assume fases distintas, podendo se dar mediante intervenção preventiva primária ou pós-conflitual. A primeira hipótese busca prevenir casos de violência, objetivando evitar a sua concretização. Exerce papel fundamental no enfrentamento do problema, pois, conforme ensina Beccaria (1998, p. 130), "é melhor prevenir os delitos do que puni-los", e aloca-se no domínio privilegiado da educação, do esclarecimento e da sensibilização para o respeito e a proteção dos direitos fundamentais.

Assumindo sua função preventiva e assistencial (CUNHA; PINTO, 2007), a LMP determina que as políticas públicas coíbam a violência doméstica ou familiar contra as mulheres por meio de ações articuladas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios e de ações não governamentais, tendo como diretriz "a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação" (artigo 8º, I).

A exemplo, cita-se o artigo 9º, da Lei nº 11.340, que prevê as normas de assistência (recorrentes aos princípios e diretrizes previstos na LOAS, no Sistema Único de Saúde – SUS - e no Sistema Único de Segurança Pública - SUSP), tratando a inclusão

da mulher no cadastro de programas assistenciais; remoção de servidora pública; manutenção de vínculo trabalhista.

Ao ingressar no campo das ações efetivas, o legislador faz referência à LOAS (Lei 8.742/1993), cujas diretrizes principais estão em seu artigo 2º70, aonde passa a dispor de forma mais genérica, deixando de indicar, objetivamente, as fontes de recursos e instrumentos disponíveis para viabilizar a “política pública” citada no artigo 8º, referindo-se apenas que a assistência “[...] será prestada de forma articulada e conforme os princípios e diretrizes” previstos em leis que já estão em vigor, mas, que não têm sido eficazes na redução dos problemas sociais que afligem a sociedade, mormente aqueles decorrentes da pobreza.

O SUS e o SUSP têm sua parcela de contribuição a oferecer, porém, já estão demasiadamente sobrecarregados e, principalmente o último, que praticamente não saiu do papel e não vem cumprindo as suas funções. O SUS deve ser aperfeiçoado para cumprir o seu papel na política de combate à violência doméstica e familiar e de apoio à vítima, enquanto o SUSP precisa se firmar como órgão articulador das ações a serem desenvolvidas nas esferas federal, estadual e municipal na área da segurança pública.

A LMP impõe como dever do Estado-Juiz a determinação de proteger a mulher, por meio de programas assistenciais. Contudo, para que isso surta seus efeitos, é importante que os poderes legislativo e executivo cumpram com os seus deveres em todas as esferas do poder, instituindo tais programas e viabilizando verbas orçamentárias necessárias para seu pleno funcionamento, sob pena da prestação jurisdicional ser ineficaz (SOUZA, 2019).

Atualmente, mulheres de todas as camadas sociais podem contar com Delegacias Especializadas, Casas-Abrigo, Centros de Apoio e outros programas governamentais voltados para a garantia de seus direitos e defesa de sua segurança e integridade. Entretanto, ainda há problemas no cumprimento das leis, refletindo numa baixa efetividade das ações oferecidas para proteção, reabilitação e inclusão, demonstrando resquícios da cultura patriarcal, machista e misógina presente na sociedade (BIGLIARDI; ANTUNES, 2018).

70 Art. 2º da Lei 8.742/1993 - A assistência social tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice; II – o amparo às crianças e adolescentes carentes; III – a promoção da integração ao mercado de trabalho; IV – a habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária; V – a garantia de 1 (um) salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

Como a violência doméstica requer medidas urgentes, repressivas e preventivas, compatíveis com cada uma das situações que envolvem as relações domésticas ou familiares, há multiplicidade de medidas específicas previstas no artigo 22 e, ainda, um extenso rol de medidas não especificadas, autorizando a Vara competente a deferi-las de acordo com o caso concreto.

Situações complexas que se apresentem como desafiadoras à criatividade do aplicador, são, por exemplo, aquelas em que a vítima e o suposto agressor trabalham no mesmo local, frequentam o mesmo templo religioso ou viva no local ou próximo onde exerça suas atividades profissionais. O juiz deverá verificar se há risco para vítima, suficiente para justificar a necessidade da imposição de medida que inviabilize o agressor de continuar trabalhando, decidindo a qual dos dois cabe impor o afastamento, mormente porque poderá resultar na demissão ou na redução dos seus ganhos, em prejuízo do sustento da própria família (SOUZA, 2019).

O artigo 22 apresenta rol exemplificativo de Medidas Protetivas de Urgência (MPU), as quais possuem características e naturezas próprias, a maioria delas podendo, inclusive, ser aplicadas tanto no âmbito criminal quanto no cível e, até mesmo, no juízo de família, quando a matéria não for da competência do juizado especializado previsto no artigo 14, ou da vara criminal mencionada no artigo 33. As medidas protetivas podem, inclusive, serem aplicadas em conjunto com as medidas cautelares inseridas nos artigos 319 e 320 do Código de Processo Penal (CPP) alterados pela Lei nº 12.403/2011, quando estiverem presentes os requisitos necessários.

Uma das medidas mais impostas é o afastamento do lar, consistindo na imposição da retirada do acusado do local que convive com a ofendida, uma vez que tal medida, se mostra necessária para evitar que a vítima seja submetida a violência psicológica, principalmente nos casos de relação conjugal (CUNHA; PINTO, 2007).

Trata-se, portanto, de medida similar já existente no ordenamento jurídico, inserida no trecho final do parágrafo único do artigo 69 da Lei nº 9.099/1995, inserido pela Lei nº 10.455/2002, além de guardar semelhança com o “[...] afastamento temporário de um dos cônjuges da morada do casal” (BRASIL, 1995, s.p).

Cabe destacar que a Lei nº 13.827/2019, vigendo desde 14/05/2019, possibilitou a imposição do afastamento do agressor pelo delegado de polícia e até por policiais civis e militares, em caráter pré-cautelar quando preenchidos os requisitos que estabelecidos pelo artigo 12-C, devendo o juiz competente ser comunicado “[...] no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas [...]” que deverá decidir “[...] em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente” (BRASIL, 2006, s.p).

Já o artigo 23 traz em seu escopo quatro⁷¹ distintas medidas protetivas, cuja lei objetivou salvaguardar seus objetivos, especialmente no que se refere à garantia da integridade moral, física, psicológica e material da mulher vitimada pela violência doméstica e familiar.

Por fim, o artigo 24 possibilita que o juiz do Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher conceda medidas protetivas de natureza eminentemente patrimonial em favor da vítima, voltadas a proteger o patrimônio comum do casal.

Em sede conclusiva, é possível afirmar que a LMP representou grande avanço no enfrentamento da criminalidade doméstica contra as mulheres no Brasil, reforçando a tutela penal e trazendo instrumentos protetivos de grande importância para as ofendidas, a ponto de gerar maior sensação de segurança às vítimas (MONTENEGRO, 2015).

No entanto, a lei não foi suficiente para reduzir de forma significativa os índices deste tipo de violência doméstica.

2. ARGUMENTOS FAVORÁVEIS ÀS ALTERAÇÕES DA LEI 13.827/2019

Inicialmente, importa destacar que a LMP não surgiu somente com o objetivo de enfrentar a violência doméstica e familiar contra a mulher, mas também como instrumento de prevenção à violência doméstica de gênero e de assistência, e para acelerar e aprimorar os efeitos das medidas de proteção, foi editada a Lei nº 13.827/2019 (BONFIM, 2021).

Segundo Leitão e Oliveira (2019), a inovação legislativa que permitiu a aplicação das MPUs pelo delegado de polícia e por policiais civis e militares foi um avanço na proteção às mulheres. Isto porque os agressores eram beneficiados pela liberdade provisória, resultando em mais agressões, muitas delas tendo por consequência a morte da vítima. Assim, no entendimento dos autores, se a medida se mostrar eficaz, a tendência é que os óbitos e eventos de violência contra a mulher sejam reduzidos.

Os mesmos autores argumentam que, ao ampliar o rol de agentes públicos autorizados a conferir essa medida, a nova lei prestigia e assegura maior segurança às

71 Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas: I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento; II – determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor; III – determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos; IV – determinar a separação de corpos.

vítimas de violência doméstica, trazendo a possibilidade de maior economia ao erário público (LEITÃO; OLIVEIRA, 2019).

Santos (2019) também reputa que a inovação foi positiva, pois a mudança beneficiará municípios que não são sedes de Comarcas e Delegacias em que no momento da denúncia, o delegado não estiver presente.

Garcia (2019), referindo-se à ADIN nº 6138 ajuizada no STF, que questiona a competência do Delegado ou a dos policiais para aplicar a medida de afastamento do agressor, entende que a tese utilizada não pode prosperar, pois passou a prever a possibilidade administrativa para a concessão de MPU – a exemplo de como já é feito com a lavratura do auto de prisão em flagrante e com o relaxamento do flagrante pelo Delegado de Polícia, não sendo retirada a palavra final do magistrado. A MPU é apenas antecipada, como já é feito no caso de flagrante, onde se permite que qualquer pessoa dê voz de prisão a quem estiver cometendo ou delito.

No mesmo sentido é o entendimento de Cunha (2019), que afirma que os agentes policiais praticam em seu dia a dia atos que limitam direitos fundamentais dos cidadãos e que isto não pode servir de justificativa para se cogitar que seja arguida a inconstitucionalidade desta prática, até porque a decisão tomada pelo Delegado de Polícia ou por outros agentes da segurança não é soberana, devendo ser submetida a um juiz em 24h para que possa conceder ou não o seu aval.

Percebe-se, pois, que o que realmente se quis privilegiar foi a dignidade da pessoa humana, sendo este o mais relevante princípio dentre todos os demais. Ademais, o Delegado de Polícia detém os conhecimentos necessários para avaliar se a medida protetiva é ou não necessária.

Não obstante os argumentos favoráveis ao afastamento do agressor do lar pela autoridade policial, há também argumentos contrários à nova legislação, igualmente abalizados e que serão detalhados a seguir.

3. ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À LEI 13.827/2019

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP, 2016), durante as discussões do projeto de Lei nº 13.827/2019 emitiu nota técnica dispondo sobre o fato da Carta Magna de 1988 ter estabelecido um sistema de garantia de direitos fundamentais, através do qual algumas restrições de direitos precisavam ser submetidas à prévia decisão judicial.

Segundo o parecer, o Supremo Tribunal Federal (STF) tem, de forma reiterada, denominado de princípio da reserva de jurisdição⁷², aplicável a todas as restrições

72 RE 593.727/MG; HC 107644/SP; MS 23.452/RJ.

impostas aos direitos sensíveis, a exemplo da limitação à liberdade e outras medidas de natureza cautelar ou investigativas.

O CONAMP (2016) concluiu pela inconstitucionalidade da transferência, mesmo que provisória, do poder de limitar os direitos fundamentais afetos à esfera judicial para a esfera policial, levando-se em conta que a opção pela aplicação das MPUs se consubstancia em ingerência grave nos direitos fundamentais do acusado.

Müller (2019), por sua vez argumenta que a concessão de MPUs pela autoridade policial pode ser entendida como um dispositivo pertencente ao direito penal, vez que o autor a enxerga como uma forma a mais de assegurar proteção à mulher. Desta forma, o autor a contempla como uma forma de impelir o Estado a formular políticas públicas para prevenir e erradicar a violência doméstica de gênero no Brasil. A violência contra a mulher, contudo, demanda tratamento realista e não um que vise apenas atender aos clamores sociais, imputando à autoridade policial um poder decisório que até então era jurisdicional.

Outra contradição, segundo Carvalho e Maia (2020), está na ineficiência da aplicação da decisão, por razões operacionais, já que no Brasil, existem delegacias de polícia que sofrem com a falta de estrutura e recursos humanos para fazer frente às demandas atuais. Desta forma, a atribuição adicional de cumprir as MPUs, até então dos Oficiais de Justiça, torna os serviços prestados pela Polícia ainda mais deficientes. Assim, se o objetivo é conferir maior efetividade à LMP, bastaria que fosse disponibilizada ao Judiciário melhor estrutura e um número maior de servidores, pois a mera transferência de determinadas prerrogativas às Delegacias de Polícia exige que a estrutura seja também necessária no órgão policial.

Dessa forma, a Lei 13.827/2019 está intencionalmente direcionada a atender às demandas sociais, já que não traz modificações significativas no campo jurídico, pois a aplicabilidade das MPUs é a mesma, alterando-se somente os órgãos competentes para deferir e cumprir as medidas.

Outro argumento importante citado por Müller (2019) é que antes de ser aprovada, não foi realizado estudo estatístico que relacionasse o controle da violência doméstica com o deferimento de MPUs pela autoridade policial, o que permitiria que a inconstitucionalidade desta legislação fosse suscitada pela ausência de prognose legislativa.

O que se observa nesse caso é um déficit na análise prognóstica de efetividade da alteração legislativa. Havendo também uma deficiência nos estudos dos impactos da alteração sobre a violação a direitos fundamentais e reserva de jurisdição e da inafastabilidade do controle jurisdicional.

Já Young (2016) questiona o interesse político dos Delegados de Polícia na aprovação das MPUs, já que a função de Delegado já foi considerada uma carreira jurídica, o que abre margens para discutir a isonomia salarial dessa classe profissional em comparação com as demais carreiras da área, tendo em vista que a busca por atribuições de natureza jurídica-decisória seria um passo a mais para alavancar a carreira de Delegado de Polícia.

Também, há que se destacar que as mesmas dificuldades que assolam o Judiciário no Brasil assolam também as Delegacias. Assim, da mesma forma que há carência de estrutura e recursos humanos no Judiciário, estas carências também são encontradas nas delegacias de polícia. De qualquer forma, tanto os Oficiais de Justiça, como os agentes de polícia enfrentam as mesmas dificuldades, especialmente em se tratando de localizar e citar o acusado (MÜLLER, 2019).

Por derradeiro, tem-se que não obstante a capacidade técnica e teórica dos Delegados de Polícia, como bem expõe Müller (2019), não se pode pactuar com a ideia de tornar os juízes meros homologadores de decisões proferidas por delegados. Os papéis se inverteram, deslocando-se a competência para analisar a necessidade de conceder a MPUs do Judiciário para a esfera policial, mesmo que em casos específicos e de forma residual.

Ademais, sabe-se que as MPUs possuem efeitos eminentemente penais ou civis, e, normalmente, restringem garantias fundamentais do cidadão, a exemplo do direito de ir e vir. Então, as MPUs, especialmente as previstas no artigo 22, inc. III, da Lei nº 11.340/2006, só podem ser vistas como medidas válidas e idôneas se forem adequadamente fundamentadas em razões de fato e de direito e após se proceder à análise do caso concreto (CARVALHO; MAIA, 2020). Nessas hipóteses, o Judiciário atua como instância revisora.

No entanto, segundo Souza (2019), na prática o que ocorre é o desvio da função principal da Polícia, que poderá ter que deixar de se dedicar a investigações criminais, para dedicar-se a cumprir mandados de intimação referentes à concessão de MPUs. Dessa forma, transfere-se a atribuição dos Oficiais de Justiça para agentes policiais, sem que estes últimos contem com a estrutura adequada e treinamento para assumirem esta nova função.

Por fim, cita-se a ausência de preparo e de estrutura da Polícia Civil para atender as mulheres vítimas de violência, já que os agentes policiais não têm conhecimento sobre o desenvolvimento feminista da criminologia crítica, sendo possível observar o tratamento machista e patriarcal muitas vezes dispensado à vítima de violência doméstica.

Do exposto, com relação aos argumentos contrários, depreende-se que a concessão de MPUs pela Polícia não só é um meio ineficaz para proteger as mulheres contra a violência doméstica, como também majora a violência exercida contra elas, sendo assim, uma estratégia excludente.

CONCLUSÃO

A violência doméstica contra a mulher é um mal presente na sociedade mundial, com consequências graves, que, por muito tempo, foi subestimada. No entanto, foi visto que a LMP tirou da invisibilidade os crimes praticados com violência contra a mulher, prevendo mecanismos preventivos e repressivos, que empoderaram as mulheres, estimulando-as a denunciar seus agressores, rompendo, dessa forma, com o ciclo da violência.

Como visto nesse artigo, um dos mecanismos foram as medidas protetivas de urgência, meios protetivos voltados ao combate repressivo para fins de coibi-los a praticar a violência doméstica contra as mulheres.

Porém, apesar deste esforço legislativo, as pesquisas demonstram que os casos de violência doméstica têm aumentado. Neste contexto é que foi editada a Lei nº 13.827/2019, que dentre outras disposições, trouxe a possibilidade de a autoridade policial conceder MPUs, mais especificamente, o afastamento do agressor do âmbito doméstico.

Sabe-se que a defesa da mulher vítima de violência demanda a real efetividade da LMP no que se refere ao atendimento e encaminhamento dos pedidos judiciais, desde as primeiras ameaças realizadas. Assim entende-se que a simples mudança da esfera na qual serão concedidas as MPUs não resolverá as dificuldades advindas da não aplicação dessas políticas.

Razão se dá, pois são insuficientes as DEAMs, refletindo na ausência de estrutura das Delegacias de Polícia e das equipes interdisciplinares responsáveis pelo atendimento à mulher agredida. Desta forma, a mudança legislativa que concedeu poderes judiciais às autoridades policiais darão maior poder de decisão aos agentes, onde não estarão, porém, auxiliados por equipes técnica, comprometendo a efetividade do atendimento no caso concreto.

Do exposto, conclui-se que a aplicação das MPUs pela autoridade policial em casos de violência doméstica contra a mulher viola o princípio da reserva da jurisdição, tendo em vista que transfere para a Polícia atribuições que são do Judiciário, revelando, adicionalmente, o não atendimento a demandas específicas das mulheres vitimadas e ingerência nos direitos fundamentais do acusado.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini, Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

BIGLIARDI, Adriana Maria; ANTUNES, Maria Cristina. **Violência Contra Mulheres**. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

BONFIM, Katia Silveira. Lei 13.827/2019 altera a Lei Maria da Penha para permitir ao Delegado de Polícia a concessão de medida protetiva de urgência. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 02 abr 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55222/lei-13-827-2019-altera-a-lei-maria-da-penha-para-permitir-ao-delegado-de-polcia-a-concesso-de-medida-protetiva-de-urgncia>. Acesso em: 02 abr., 2021.

BRASIL. **Lei n. 9099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Lei Maria da Penha. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 1 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 13.827, de 13 de maio de 2019**. Altera a Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha), para autorizar, nas hipóteses que especifica, a aplicação de medida protetiva de urgência, pela autoridade judicial ou policial, à mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou a seus dependentes, e para determinar o registro da medida protetiva de urgência em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13827.htm. Acesso em: 1 abril 2021.

CARVALHO, Márcia Haydée Porto de; MAIA, Maicy Milhomem Moscoso. **Violência Doméstica**. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

CONAMP. Associação Nacional Dos Membros Do Ministério Público. **Nota técnica nº 05/2016/CONAMP**. 2016. Disponível em: https://www.conamp.org.br/images/notas-técnicas/NT_05_PLC%2007_16.pdf. Acesso em: 15 abril 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Lei 13.827/19: Altera a Lei Maria da Penha para permitir a concessão de medida protetiva pela autoridade policial**. **Revista Meu Site Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2019/05/14/lei-13-82719-altera-lei-maria-da-penha-para-permitir-concessao-de-medi-da-protetiva-pela-autoridade-policial/>. Acesso em: 1 abril 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. São Paulo: RT, 2007.

DIAS, Maria Berenice. **Medidas protetivas mais protetoras**. 2017. Disponível em: [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_13014\)Medidas_protetivas_mai_s_protetoras.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_13014)Medidas_protetivas_mai_s_protetoras.pdf). Acesso em: 16 abril 2021.

GARCIA, Thiago. **Tudo que você precisa saber sobre**: Delegado de Polícia, Lei Maria da Penha e Princípio da Insignificância. São Paulo: Rideel, 2019.

LEITÃO, Joaquim Jr.; OLIVEIRA, Marcel Gomes de. As implicações da nova Lei n. 13.827/2019: aplicação das medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha por delegado de polícia ou de policiais. Revista Jus Navegandi, Teresina, ano 24, n. 5798, mai., 2019. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/74012/as-implicacoes-da-nova-lei-n-13-827-2019>. Acesso em: 1 abril 2021.

MONTENEGRO, Marília. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológica-crítica. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

MÜLLER, Helena Veiga. A (In) Constitucionalidade da concessão de medidas protetivas pela autoridade policial: análise no âmbito da violência doméstica. **Revista Âmbito Jurídico**, 12.09.2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-inconstitucionalidade-da-concessao-de-medidas-protetivas-pela-autoridade-policial-analise-no-ambito-da-violencia-domestica/>. Acesso em: 16 abril 2021.

SANTOS, Keila Freitas dos. **As medidas protetivas da Lei Maria da Penha e sua efetiva aplicabilidade pelo poder público, por ocasião de violência doméstica e familiar contra a mulher**. 2019. Disponível em: <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/as-medidas-protetivas-da-lei-maria-da-penha-e-sua-efetiva-aplicabilidade-de-pelo-poder-publico-por-ocasio-de-violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher.htm>. Acesso em: 16 abril 2021.

SOUZA, Sérgio Ricardo. **Lei Maria da Penha comentada**: sob a nova perspectiva dos direitos humanos. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2019.

YOUNG, Pedro. A possibilidade do Delegado conceder medidas protetivas e o Direito de Defesa. **JusBrasil**, junho de 2016. Disponível em: <https://ppyoung.jusbrasil.com.br/artigos/358114778/a-possibilidade-do-delegado-conceder-medidas-protetivas-e-o-direito-de-defesa>. Acesso em: 15 abril 2021.

LEI MARIA DA PENHA: ASPECTOS INEFICAZES DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

RARICKSON ALVES LIMA:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná/RO - AFYA.

JOÃO PEDRO CAMÊLO COSTA⁷³

(coautor)

CHEILA CRISTINA DA SILVA⁷⁴

(orientadora)

RESUMO: O direito a vida e a dignidade da pessoa humana é garantido constitucionalmente a todos os indivíduos do Estado Democrático brasileiro. Contudo, as diversas formas de violência, em especial contra a mulher, violam tais direitos. Embora tenham havido inúmeras conquistas jurídico-normativa relacionadas a proteção das vítimas de violência doméstica e familiar, percebe-se que as estatísticas ainda são altas, muito provavelmente, em decorrência da inefetividade do Estado em aplicar a lei e da cultura patriarcal e machista enraizada na sociedade. Diante disso, objetivou-se abordar sobre a aplicação e (in)efetividade das medidas protetivas de urgência dispostas na Lei Maria da Penha. Para tanto, utilizar-se-á de pesquisas bibliográficas e método dedutivo. Verificou-se que o Estado não consegue efetivar todas as medidas protetivas por motivos diversos. Foi sugerido permissão da posse e porte de armas não letais às vítimas, a oferta de cursos de autodefesa pelo Estado, implantação do botão do pânico, dentre outras medidas. Concluiu-se, porém, que a luta contra a violência doméstica e familiar só terá êxito quando a mentalidade da

⁷³ Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná/RO - AFYA.

⁷⁴ Professora do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná/RO - AFYA. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano – CEULJI, Ji-Paraná, RO. Licenciatura em Pedagogia pelo Centro Universitário Luterano – CEULJI, Ji-Paraná, RO. Especialista em Psicopedagogia com Habilitação em Gestão Escolar pelo Instituto Cuiabano de Educação, MT, Brasil. Especialista em Metodologia do Ensino Superior pela Faculdade Interamericana de Porto Velho, UNIRON, Brasil. Especialista em Direitos Humanos pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia, EMERON, Brasil. Mestranda em Direito Internacional pela Universidade Autônoma Asuncion, UAA, Paraguai.

sociedade mudar e todos souberem respeitar o próximo.

Palavras-chave: Lei n. 11.340/2006. Violência doméstica. Violência familiar. Proteção à mulher.

ABSTRACT: The rights of living and of dignity for the human person are constitutionally guaranteed to all individuals of the Brazilian Democratic State. However, the many ways of violence, specially against women, violate these rights. Although there were countless legal-normative achievements related to the protection of the victims of domestic and family violence, it is noticed that the statistics are still high, very likely due to the ineffectiveness of the State to apply the law and to the sexist and patriarchal culture which is rooted in the society. That being said, the objective of this article is to expatiate about the application and the (in)effectiveness of the urgent protective measures disposed in the Maria da Penha Law. To do so, it is utilized a bibliographic research and the deductive method. It was verified that the State cannot effectuate all protective measures thanks to many reasons. The suggestions made were to allow the victims to carry and own non-lethal weapons, to offer self-defense courses through the State, implement panic buttons, among others. It was concluded, yet, that the fight against the family and domestic violence will only succeed when the mentality of society is changed and everyone starts to respect your neighbor.

Keywords: Law n. 11.340/2006. Domestic violence. Family violence. Protection to women.

1 INTRODUÇÃO

A todo ser humano é garantido, constitucionalmente, o direito à vida com dignidade, surgindo a violência como uma forma de violação deste direito. Sabe-se, pois, que, ao longo da história da humanidade, casos de violência intrafamiliar eram considerados normais e aceitáveis pela sociedade e pela própria legislação (VASCONCELOS e RESENDE, 2018).

Hoje, porém, qualquer tipo de violência é rechaçado pelo ordenamento jurídico brasileiro, em especial, a violência doméstica e familiar que possui normativa própria para a persecução criminal dos agressores, a saber a Lei Maria da Penha, a qual contém inúmeras medidas de proteção às vítimas.

Ocorre que, embora haja normatizações e políticas públicas para o combate deste tipo de violência, os índices de agressões ainda são alarmantes, conforme será exposto no decorrer deste artigo, fato que demonstra a fragilidade do sistema normativo-jurídico e os reflexos de uma cultura patriarcal que impôs a ideia de superioridade dos homens e a subordinação das mulheres durante séculos.

Além disso, tem-se percebido a inefetividade do Estado em garantir a proteção pessoal e patrimonial das vítimas, bem como deficiências na aplicação das medidas protetivas de urgência dispostas na Lei Maria da Penha, o que tende a trazer sentimento de impunidade e insegurança às pessoas ligadas direta e indiretamente aos atos violentos.

Neste ínterim, objetiva-se discorrer sobre a aplicação prática das medidas protetivas de urgência, dispondo acerca de suas fragilidades e ineficácias, a partir de uma revisão bibliográfica doutrinária, acadêmica e legal, utilizando-se do método dedutivo.

Desta forma, inicialmente será abordado aspectos gerais do princípio da dignidade da pessoa humana e da igualdade para que, em momento posterior, seja apresentado acerca da violência doméstica e familiar. Ademais, será exposto aspectos gerais da Lei Maria da Penha e, em seguida, tratar-se-á sobre as medidas protetivas de urgência e suas (in)eficácias. Por fim, será sugerido alternativas que possam auxiliar a efetividade dessas medidas.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA ABORDAGEM ACERCA DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA IGUALDADE

Inspirada pela grande onda internacional de proteção aos direitos individuais e motivada através do crescente histórico de incidentes relacionados a discriminação, desigualdade e violência a isolados grupos sociais, houve a necessidade da criação de princípios atrelados a Carta Magna, a fim de garantir a defesa dos direitos básicos e fundamentais das minorias.

Pode-se dizer que a admissibilidade das normas presentes em um ordenamento jurídico é estabelecida por meio de institutos denominados de fundamentos constitucionais, tais elementos possuem a finalidade de estreitar e nortear os preceitos na criação e interpretação de todo texto legal que constitui um Estado Democrático de Direito, visando almejar a ampla e imediata aplicação da lei em casos concretos em benefício do social, garantindo a soberania deste. No Brasil, tais fundamentos encontram-se dispostos na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88).

De acordo com Porto (2014), desde sua criação, a CF/88 comprometeu-se em garantir os direitos fundamentais de cada indivíduo e a formar uma sociedade livre, justa e solidária, sem discriminações de qualquer natureza, fundada nos princípios da cidadania e da dignidade da pessoa humana.

Frisa-se a preocupação do poder constituinte originário em estabelecer relações igualitárias perante todo a coletivo, legitimando e instituindo valores à luz da

isonomia, equidade e principalmente da priorização dos preceitos relacionados à vida e a dignidade de cada indivíduo brasileiro.

Cumpre destacar, porém, que a Carta Magna deu especial atenção a igualdade entre homem e mulher, inclusive no âmbito das relações familiares.

A constituição federal de modo enfático consagra o princípio da igualdade, e explicitamente ressalta a igualdade entre homens e mulheres (CF, art. 5º, I), inclusive no âmbito das relações familiares (CF, art. 226, § 5º). Do mesmo modo, impõe ao Estado o dever de assegurar assistência à família e criar mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (CF, art. 226, § 8º). (DIAS, 2015, p. 31).

Tal destaque deve-se ao fato de o Brasil ter sido demarcado por uma sociedade predominantemente patriarcal e machista, em que a mulher era considerada inferior a homem, sem garantias e direitos estabelecidos em lei. Nesse diapasão foi necessário avanços normativos de proteção à figura feminina, sendo a inserção no texto constitucional dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade um marco essencial nesta feminista.

Convém salientar que os institutos internacionais foram de grande valia para a “constitucionalização” da proteção à mulher, uma vez que as convenções internacionais nas quais o Brasil é signatário e que versam sobre a temática de direitos humanos, tais como Conferência Mundial sobre a Mulher em Nairóbi, Conferência Mundial dos Direitos Humanos em Viena e Convenção de Belém do Pará pela Organização dos Estados Americanos, possuem caráter de Emenda Constitucional (EC 45/2004), ou seja, houve-se um avanço significativo na busca da efetivação aos direitos humanos e como consequência estabelecer novos pilares na construção de uma sociedade mais justa e livre.

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A PROTEÇÃO À MULHER

O conceito de dignidade está diretamente atrelado à vida humana desde a sua concepção. É natural a ideia de que todo o indivíduo deve ser digno, a fim de que possa ser garantido os direitos essenciais à vida. Nesse sentido, a valorização da dignidade tomou grande proporção no contexto histórico como um instituto absoluto.

Não se vai aqui discutir se o ser humano é naturalmente bom ou mau. Nem se vai refletir com conceitos variáveis do decorrer da história, pois, se assim fosse, estar-se-ia permitindo toda sorte de manipulações capazes de colocar o valor supremo dignidade

num relativismo destrutivo de si mesmo. E, conforme colocamos desde o início, a dignidade é garantida por um princípio. Logo, é absoluta, plena, não pode sofrer arranhões nem ser vítima de argumentos que a coloquem num relativismo. (NUNES, 2002, p. 68)

A preservação da dignidade da pessoa humana norteia todas as decisões tomadas pelo Estado, regulando a ações e interpretações dos operadores do direito. Para Nunes (2002, p. 45), tem-se com o princípio da dignidade, o primeiro fundamento constitucional e o último refúgio dos direitos individuais.

Embora haja valorização deste preceito no âmbito jurídico, observa-se evidente dificuldade na efetivação da dignidade da pessoa humana no âmbito da igualdade de gênero nas relações afetivas, haja vista a predominância masculina sob a mulher. Isso porque, a subordinação da mulher em detrimento do homem sempre foi um problema social, perpetuado historicamente entre o gênero masculino e feminino, pois, ao homem, era reservado o convívio público e detentor do comando familiar, e, às mulheres, a responsabilidade do lar e dos filhos.

Para Dias (2010), durante o período histórico a mulher sempre possuiu pouca expressão nas sociedades, além de ser considerada um reflexo masculino, vista como apenas um instrumento para a procriação. Por outro lado, ao gênero masculino coube a reserva ao convívio público e comando do poder familiar.

É importante salientar que, embora hoje se tenha considerável avanço cultural e institucional na proteção da mulher por meio de ações implementadas pelo Estado, a satisfação perante a defesa dos anseios femininos ainda é distante, tendo em vista a recorrente violência sofrida aliada com a falta de representatividade e ineficácia das medidas protetivas instituídas no ordenamento jurídico.

Com isso, nota-se a expressiva incapacidade da CF/88 em garantir e estabelecer um direito individual tão importante quanto o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, ainda hoje, a sociedade se depara com a assídua desigualdade a determinados grupos sociais, em especial as mulheres, de modo a tornar cada vez mais longínquas as condições essenciais que visam a garantia da dignidade.

Para Sarlet (2009, p. 65),

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e autonomia, a igualdade e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e

minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta, por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

Ocorre que, a ineficácia do princípio dignidade da pessoa humana em garantir os direitos de proteção as mulheres, se deve ao seu grau de abstração, uma vez que abarca o objeto que se visa proteger é demasiadamente amplo e sem fim específico aos problemas relacionados a violência no país.

Além das normas que regulamentam a proteção da figura feminina, há também diversas decisões judiciais embasadas neste princípio, servindo de analogia a casos concretos como ferramenta de constituir soluções fáticas não abarcadas pelas leis vigentes.

No entanto, percebe-se uma brecha quanto a capacidade de solucionar as controvérsias, uma vez que o mesmo acaba servindo de fundamentação para diferentes pontos de vistas, de modo que vem a dificultar o endurecimento das leis que pleiteiam a proteção individual, considerando que o princípio da dignidade da pessoa humana está atrelado até mesmo na possibilidade de defesa dos eventuais agressores.

De acordo com Nunes (2002), aquele que pratica um crime não tem outro tipo de garantia, como boa reputação, honra e etc., mas, dignidade é-lhe inata.

Assim, fica nítido o conflito gerado pelo princípio da dignidade da pessoa humana entre indivíduos diversos, mesmo com a presença de institutos como a proporcionalidade, é inconsistente a possibilidade de eficácia da proteção as mulheres, uma vez que o mesmo princípio que teria a função de protege-las, acaba por vir na contramão ao impedir a criação de normas realmente eficazes e que poderiam sanar definitivamente os vícios relativos a violência doméstica no país, como a possibilidade de impor sanções mais rígidas aos agressores.

3 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA: ANÁLISE DA LUTA PELOS DIREITOS DAS MULHERES

Devido a cultura patriarcal e machista sustentada pela sociedade, a força passou a representar a figura do homem como protetor e provedor do lar. Em contrapartida, a figura da mulher sempre esteve associada a fragilidade e delicadeza, impondo a ela submissão às vontades do homem.

De acordo com Lima et al. (2017), ao longo da história, as mulheres sempre foram consideradas como o “sexo frágil”, vistas como vulneráveis, indefesas e dependentes, motivo pelo qual passaram séculos sendo vítimas de todo tipo de opressão, humilhação, negação, privação de liberdade e violência.

Tal patriarcado é evidenciado desde o início da colonização do Brasil, cujas Ordenações Filipinas estabelecia claramente que a mulher deveria ser submissa ao homem.

No século XIX, as Ordenações Filipinas vigoravam no Brasil. Essa legislação, importada de Portugal e inspirada no poder patriarcal da idade média, estabelecia a relação de propriedade e submissão da mulher ao homem, reforçando a condição de desigualdade de gênero. Era permitido, por exemplo, que o marido aplicasse castigos corporais na mulher e a matasse, quando flagrada em adultério. Dispunha ainda que o pátrio poder era exclusivo do marido e que a mulher dependia de sua autorização para a prática de todos os atos da vida civil. Essa legislação vigorou no Brasil até o Código Civil de 1916. (DIAS, 2013, s.p.)

No ano de 1948 ocorreu o primeiro projeto de igualdade formal dos direitos realizado através da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Contudo, só no ano de 1979 houve a aprovação do CEDAW (Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher), também denominado por Convenção da Mulher), com o objetivo de estabelecer a igualdade entre homens e a mulheres e combater a discriminação (NASCIMENTO, 2019).

Durante muito tempo, poucas foram as modificações para o reconhecimento dos direitos das mulheres, cuja luta só ganhou força na década de 80 através dos movimentos feministas denominados SOS Mulher. Cumpre esclarecer que este foi um movimento que nasceu com o objetivo de protestar contra os homicídios sofridos pelas mulheres em razão do seu gênero, e, também, com o intuito de ajudar e socorrer mulheres vítimas destes assassinatos.

Foi o movimento feminista que trouxe para a esfera pública a revolta das mulheres contra as relações sociais de dominação e exploração às quais estiveram historicamente submetidas. Por meio do pensamento feminista, que a consciência de ser cidadã implica em uma atitude diante do mundo e funciona como uma lente para olhar os/as outros/as e percebê-los/las como iguais. O movimento feminista trouxe para o campo da política uma série de problemas que não eram considerados políticos. A violência doméstica contra as mulheres é um deles. A política preocupa-se com os problemas da comunidade, mas a violência não era considerada um problema político. Aliás, era quase parte da rotina. Viver uma vida sem violência é crucial para as mulheres viverem todas as dimensões da vida. (AMARAL, 2016, p. 118-119)

Com isso, a pauta da violência doméstica ganhou repercussão na esfera pública, tanto que, no ano de 1985, foi criada a primeira Delegacia de Combate e Prevenção à Violência contra a Mulher, constituída apenas por policiais do sexo feminino, a fim de investigar e apurar especificamente os casos de violência praticadas contra as mulheres e, assim, poder fazer justiça por elas.

Com passar do tempo, as conquistas pelos direitos foram acontecendo, cuja promulgação da Constituição Federal de 1988 trouxe constitucionalidade da igualdade de direitos e deveres para homens e mulheres, especialmente estabelecida no art. 5º, inciso I.

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988)

Por conseguinte, conforme Nascimento (2019), inúmeras tentativas infraconstitucionais foram promovidas para a promoção da igualdade de gênero e ao combate da violência contra a mulher, tais como a revogação da exigência de autorização do marido para que a mulher casada apresentasse queixa criminal e o reconhecimento da violência psicológica como crime de tortura, em 1997; a promulgação da Lei nº 10.778/2003 estabelecendo a notificação compulsória dos casos de violência contra a mulher pelos serviços de saúde; e da Lei nº 10.886/2004 tipificando como crime a violência doméstica. No entanto, somente com o advento da Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) que se instaurou um novo tempo na luta contra a violência doméstica à mulher.

3.1 VIOLÊNCIA CONTRA O GÊNERO FEMININO

O termo violência possui inúmeros significados, cuja palavra origina-se do latim *violentia* que significa vigor ou força, podendo ser entendida, também, como brutalidade ou ação que gere ferimentos físicos em alguém ou em alguma coisa, seja por meio de agressão física, psicológica ou sexual.

A violência é, pois, um comportamento inerente ao ser humano advindo desde os primórdios da humanidade. Contudo, em virtude do processo civilizatório para convivência em sociedade, o ser humano passou a reprimir tal comportamento, punindo-se todos aqueles que o expressam.

Para Dahlberg e Krug (2007, p. 1172),

Não há um fator único que explique por que alguns indivíduos se comportam violentamente com outros ou por que a violência é mais comum em algumas comunidades do que em outras. A violência é o resultado da complexa interação dos fatores individuais, relacionais, sociais, culturais e ambientais.

Por sua vez, o termo gênero surgiu em movimentos feministas em razão das desigualdades históricas com o intuito de abranger o sexo feminino e o masculino, visto que a referida palavra possui apenas um significado. Atualmente, pois, o seu uso tem sido ampliado para não haver distinções entre homossexuais, lésbicas, transexuais, travestis e outros.

O conceito de gênero existe em razão das desigualdades históricas, econômicas e sociais entre homens e mulheres e do modo como eles se relacionam, naturalizando um padrão desigual, que importa em submissão da mulher ao homem. (FERNANDES, 2015, p. 50)

Assim, violência de gênero refere-se a qualquer ato de força física ou psicológica contra homem, mulher e demais gêneros. Contudo, sabe-se que o sexo feminino ainda é considerado a parte mais vulnerável de uma relação afetiva e marital, o que, na maioria dos casos de violência, a causa seja o domínio autoritário do homem sobre a mulher, isto é, aquele achar-se dono desta.

De acordo com Soares et al. (2019, p. 3-4),

Em se tratando de violência de gênero, possível afirmar que o patriarcado é um dos principais responsáveis pelo uso da violência como forma de exercer domínio e poder sobre o outro. Através das condutas enraizadas na sociedade e dos padrões pré-estabelecidos para homens e mulheres que perpassam de geração a geração, está à superioridade de um gênero sobre o outro.

Devido a isto, os casos de violência contra o gênero feminino ainda são alarmantes, apesar das inúmeras normatizações punindo tal conduta, o que leva a refletir sobre a efetividade do papel do Estado no combate a este tipo específico de violência.

Conforme registrado pelo Atlas da Violência 2019, criado pelo instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), o número de homicídios femininos tem crescido no Brasil. Em 2017 foram registradas cerca de 4.936 mulheres mortas, isto é, 13 mulheres por dia, sendo o maior número registrado desde o ano de 2007, aumento equivalente a 30,7% em relação a 10 anos (CERQUEIRA et al. 2019 p. 35).

Outrossim, também registrado pelo infográfico do Fórum Brasileiro de Segurança Pública no ano de 2019, houve um aumento de 1.206 novas vítimas de feminicídio totalizando um crescimento de 11,3% no ano. No mesmo ano foi registrado o total de 263.067 casos de violência doméstica, o que resulta em aproximadamente 720 casos por dia ou um caso a cada dois minutos, dados extremamente preocupantes (OSF, 2019)

Em 2020, devido a pandemia do Covid-19, várias restrições foram impostas pelo Ministério da Saúde a fim de evitar a propagação do vírus, sendo uma delas a restrição da circulação de pessoas nas ruas, mantendo-as preferencialmente em suas casas.

Ocorre que tal restrição fez com que o índice de violência doméstica aumentasse. Embora o número de denúncias de forma presencial nas delegacias tenha diminuído, aumentou-se os registros de chamadas por ajuda via 190. De acordo com o Infográfico do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, no primeiro semestre do ano de 2020, foi registrado um aumento de 3,8% dos acionamentos da polícia por telefone em relação ao ano anterior, correspondendo ao total de 147.379 chamados de ocorrências de violência doméstica (OSF, 2019).

Há de se consignar, ainda, que embora os dados apresentados sejam alarmantes, estão subnotificados. Isso porque, em inúmeros casos, a vítima prefere silenciar-se por motivos tais como: recusa em reconhecer o ato, medo do agressor e de uma possível retaliação, sentimento de desamparo e insegurança por haver poucos espaços para o acolhimento das vítimas, dentre outros (FERREIRA e MORAES, 2020).

Diante disso, é notório a necessidade de se obter uma maior efetividade no combate a violência doméstica, pois, os dados demonstram que o Estado não tem sido efetivo, fazendo com que as mulheres se sintam inseguras em denunciar seus agressores.

4 LEI MARIA DA PENHA: ASPECTOS GERAIS

A Lei n. 11.340/2006 surgiu sob pressão da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no contexto do caso da biofarmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes que, após seis anos sendo vítima de agressões diárias de seu marido, o professor universitário Marco Antonio Herredia, e diante das inúmeras tentativas de homicídio que sofrera e do descaso da justiça brasileira, levou seu caso à Organização dos Estados Americanos.

No ano de 1983, o professor universitário Marco Antonio Herredia tentou por duas vezes matar a sua então companheira

Maria da Penha Maia Fernandes, que exercia a profissão de Biofarmacêutica. Na primeira vez, deu-lhe um tiro nas costas enquanto dormia, o que a deixou paraplégica. Na segunda vez, houve uma tentativa de eletrocutá-la, o que de fato aconteceu meses depois, quando Marco Antonio a empurrou da cadeira de rodas para ser eletrocutada no chuveiro. Neste período, ambos tinham 3 filhas, entre 6 e 2 anos de idade. Ocorrido esses fatos, a vítima lutou por mais de 20 anos pela punição de seu agressor. Tanto tempo se justificou pela demora da justiça brasileira em solucionar o caso. Com o auxílio de ONGs, Maria da Penha conseguiu levar o seu caso para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA). Em 2001, a OEA condenou o Brasil a definir uma legislação específica que tratasse desse tipo de violência. Surgiu daí a Lei nº 11.340 publicada no Diário Oficial de 08 de agosto de 2006 com a alcunha de "Lei Maria da Penha". (LIMA et al., 2017, p. 198-199)

O batismo da Lei com o nome da biofarmacêutica Maria da Penha foi uma forma de homenagear a luta incessante desta mulher que ainda serve como exemplo do que acontece no âmbito familiar ou de afeto entre o agressor e a vítima, reconhecendo os direitos das mulheres como um direito humano a ser respeitado (LEMES, 2020).

O artigo 6º da referida Lei dispõe que "a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos", cujo §1º do art. 3º, incumbe ao poder público a obrigação de desenvolver políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito doméstico e familiar (BRASIL, 2006).

Ainda, cumpre salientar que o texto legal, além de ter refletido ideias feministas e inserido diversas conquistas dos direitos das mulheres, buscou não só combater e proteger a mulher dos seus agressores, mas também, criou medidas de prevenção a este tipo de violência. Para tanto, a Lei Maria da Penha trouxe mudanças no tratamento penal e processual penal nas infrações nela contempladas.

A Lei Maria da Penha contempla todos os eixos no enfrentamento à violência doméstica, seja no combate, na prevenção ou prestação de serviços às mulheres vítimas (LEMES, 2020, p. 4).

Além disso, Lei Maria da Penha ampliou o conceito de família, consagrando que esta é constituída por vontade dos próprios membros e não por mera imposição da lei. Também trouxe a proteção policial à vítima mediante adoções de algumas medidas protetivas, bem como criou os centros de atendimento integral e multidisciplinar às mulheres e dependentes, as casas-abrigos, as delegacias, os núcleos

de defensoria pública específicos à mulher, serviços de saúde e centros de perícia médico-legal especializados, e programa e campanhas de enfrentamento a violência doméstica e familiar (AMARAL et al., 2016).

Didaticamente, a Lei Maria da Penha pode ser dividida em três eixos de intervenção, a saber, o primeiro caracterizado pelas medidas criminais, o segundo pelas medidas de proteção e assistenciais, e o terceiro contemplado pelas medidas de prevenção e de educação.

O primeiro eixo trata das **medidas criminais** para a punição da violência. Nele estão procedimentos como a retomada do inquérito policial, a prisão em flagrante, preventiva ou decorrente de pena condenatória; a restrição da representação criminal para determinados crimes e o veto para a aplicação da lei 9099/95 a qualquer crime que se configure como violência doméstica e familiar contra a mulher. **No segundo eixo** encontram-se as **medidas de proteção** da integridade física e dos direitos da mulher que se executam através de um conjunto de medidas protetivas com caráter de urgência para a mulher aliado a um conjunto de medidas que se voltam ao seu agressor. Integram também esse eixo **as medidas de assistência**, o que faz com que a atenção à mulher em situação de violência se dê de forma integral, contemplando o atendimento psicológico, jurídico e social. Finalmente, **no terceiro eixo**, estão as **medidas de prevenção e de educação**, compreendidas como estratégias possíveis e necessárias para coibir a reprodução social da violência e da discriminação baseadas no gênero. (PASINATO, 2010, p. 220) [**grifo nosso**].

As medidas de proteção podem ser encontradas nos artigos 18 ao 24 da Lei Maria da Penha, por sua vez, as medidas assistenciais estão elucidadas no art. 9º e as medidas de prevenção e de educação podem ser encontradas no art. 8º.

4.1 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

As medidas protetivas de urgência são, de forma geral, instrumentos que tem por objetivo efetivar a proteção estatal às mulheres vítimas de violência doméstica e/ou familiar. Tais medidas estendem-se a várias hipóteses e, a grande maioria, são deferidas antes mesmo de se iniciar o processo ou a investigação criminal, bastando a denúncia da vítima com evidências da violência sofrida.

A vítima, ao registrar a ocorrência da prática de violência doméstica, pode requerer separação de corpos, alimentos, vedação de o (a) agressor (a) aproximar-se da vítima e de seus familiares ou que seja ele (a) proibido (a) de frequentar determinados lugares. Essas providências podem ser requeridas pela parte pessoalmente na polícia. (AMARAL et al., 2016, p. 121)

As medidas protetivas poderão ser concedidas de imediato, a pedido da própria vítima, ou seja, da ofendida, de ofício pelo juiz ou mediante provocação do Ministério Público. Ademais, elas poderão ser alteradas ou ampliadas sempre que o necessário de forma isolada ou cumulativa, concedidas com ou sem prévia oitiva do Ministério Público (GUIMARÃES, 2020, p. 21).

Importante consignar que as medidas protetivas de urgência podem ser aplicadas isoladamente ou cumulativamente, bem como serem revistas, substituídas, alteradas ou ampliadas a qualquer tempo, conforme mudanças fáticas, pois o interesse maior é sempre a proteção do bem jurídico tutelado.

Dispostas no capítulo II da Lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência dividem-se em três seções. Na primeira (art. 18 ao 21), o legislador trata das disposições gerais, consignando os prazos e outros aspectos procedimentais para a concessão das medidas. Na segunda seção (art. 22), são trazidas medidas que sujeitam o agressor a algumas regras enquanto tramitar as investigações ou o processo criminal. Já na terceira seção (art. 23 e 24), são contempladas formas de proteção à integridade física, psicológica e patrimonial da ofendida e de seus dependentes (BRASIL, 2006).

Procedimentalmente, a aplicação da Lei inicia-se com lavratura do Boletim de Ocorrência e colheita das provas na delegacia de polícia, ocasião em que a autoridade policial informará a ofendida seus direitos garantidos pela legislação. Uma vez, sendo as medidas protetivas requeridas pela vítima, a autoridade policial remeterá o expediente apartado ao juiz para que, no prazo de 48 horas, este decida sobre a concessão e aplicação das referidas medidas e outras diligências.

Por conseguinte, dá-se o prosseguimento das investigações criminais e, havendo provas de autoria e materialidade, instaura-se o processo criminal. Insta dizer que a lei confere a possibilidade de prisão preventiva do agressor em qualquer fase do inquérito policial ou instrução criminal por ato de ofício do juiz, a requerimento do Ministério Público ou, ainda, por meio de representação da autoridade policial (BRASIL, 2006).

Diante da iminência, ou da prática de violência doméstica, cabe a autoridade policial adotar de imediato as providências legais

cabíveis (art. 10) e quando do registro da ocorrência, a vítima deverá ser informada de seus direitos e dos serviços disponíveis existentes (art. 11, V). Também deve ser esclarecida a respeito das medidas protetivas que pode pleitear. Devolvida à autoridade policial a prerrogativa investigatória, cabe-lhe instalar o inquérito. A vítima estará sempre acompanhada de advogado (art. 27), tanto na fase policial como na judicial, sendo-lhe garantido o acesso aos serviços da Defensoria Pública e da Assistência Judiciária Gratuita (art. 28). E o mais importante: não pode ser ela a portadora da notificação ou da intimação ao agressor (a) (art. 21, parágrafo único da Lei 11.340/06). [...] a vítima deve ser pessoalmente cientificada, quando o (a) agressor (a) for preso (a) ou liberado (a) da prisão, sem prejuízo da intimação de seu procurador constituído ou do defensor público (art. 21). O último dispositivo da Lei é dos mais salutares, ao permitir que o juiz determine o comparecimento obrigatório do (a) agressor (a) a programas de recuperação e reeducação (art. 45). (AMARAL et al., 2016, p. 121)

Quanto a natureza do tipo de ação, conforme a Súmula n. 542 do STJ, “a ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada”. Sendo assim, qualquer delito de lesão corporal praticado contra a mulher no âmbito doméstico e familiar de extensão leve, grave ou gravíssima, dolosa ou culposa, a ação será pública e incondicionada, não dependendo de representação da vítima.

Por conseguinte, os demais crimes dispostos na Lei Maria da Penha, tal como o crime de ameaça, dependerão da manifestação da vítima na persecução penal do acusado, uma vez que se trata de ação de natureza pública e condicionada a representação, podendo a ofendida, inclusive, desistir de prosseguir com a ação em audiência designada antes do recebimento da denúncia e após ouvir o Ministério Público, conforme preceitua o art. 16 da referida Lei (BRASIL, 2006).

Apesar de todo avanço legislativo e insatisfação social aos casos de violência doméstica e familiar, milhões de mulheres brasileiras ainda sofrem com agressões de ordem física, sexual, psicológica e econômica. É o que se vê diariamente noticiado nos meios de comunicação:

Condenado em março do ano passado a mais de nove anos de prisão – em regime fechado – por sequestro, cárcere privado, tortura e violência contra a mulher, o sargento da PM Daniel Deglmann, de 44 anos, segue nas fileiras da corporação e

continua recebendo seus rendimentos em dia. Mesmo sem pisar no 16º BPM (Olaria), onde é lotado, ele já embolsou mais de R\$ 107 mil dos cofres do estado em salários. (SOUZA, 2021)

Um homem de 38 anos acabou preso na noite desta segunda-feira depois de espancar uma mulher de 58 anos em Campo Grande. A vítima alugava uma casa para ele e também era esposa do autor. A polícia foi acionada por volta das 22h30 desta segunda (19), quando o homem espancou a vítima com socos e chutes no rosto a deixando desfigurada. Quando os militares chegaram fizeram uma varredura e encontraram o autor escondido no quintal. (MELO, 2021)

No último plantão policial foi registrada uma ocorrência de descumprimento da Medida Protetiva de Urgência (MPU), em Camaquã. A vítima informou que o seu ex-companheiro, descumpriu pela segunda vez a MPU. Ele atacou a vítima na rua durante o sábado (27) e neste domingo (28), lhe ameaçou. A vítima registrou a ocorrência da Delegacia de Polícia de Pronto Atendimento (DPPA) de Camaquã. (ULGUIM, 2021)

Vê-se, pois, que a proteção garantida pela lei às vítimas de violência doméstica não possui um mecanismo automático de assegurar a defesa da integridade dos seus direitos.

De acordo com Mizusaki (2019), fatores como a resistência cultural, econômica, afetiva, étnica, racial, de grau de instrução, entre outros, inviabilizam regras legislativas de igualdade entre homens e mulheres. E, em se tratando da Lei Maria da Penha, obstáculos de ordem material (falta ou ineficácia dos serviços) e pessoal (desde o desconhecimento pela população à diversidade de entendimento entre os aplicadores do direito) tornam sua aplicação inefetiva.

4.2 DA (IN)EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

O art. 22 da Lei Maria da Penha traz algumas medidas a serem aplicadas contra o agressor da mulher, por sua vez, o art. 23 contemplou medidas voltadas à ofendida e o art. 24 relacionadas à proteção do patrimônio da vítima.

A primeira medida do art. 22 é a suspensão da posse ou restrição do porte de armas por ato formal do juiz. Segundo Guimarães (2020), muitos assassinatos contra mulheres em situação de violência doméstica são cometidos com o uso de arma de fogo, por isso, o legislador tratou de desarmar o agressor.

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003 (BRASIL, 2006).

No entanto, a suspensão ou restrição só conseguem ser efetivadas nos casos em que o agressor possui arma de uso legal ou regular, isto é, registrada e autorizada. Cumpre salientar que a suspensão refere a proibição temporária do uso da arma e a restrição trata da permissão limitada de usar a arma apenas em serviço.

Neste ponto, o juiz comunicará o respectivo órgão, corporação ou instituição em que o agressor trabalha para que seu superior hierárquico fique responsável pelo cumprimento da decisão judicial, sob pena de responder por prevaricação ou crime de desobediência (GUIMARÃES, 2020). Percebe-se que a referida medida protetiva pode surtir efeitos, inclusive, a terceiros não envolvidos no ato de violência.

Assim, em razão da suspensão, o agressor não poderá adquirir legalmente nova arma de fogo, ou, nos casos em que o agressor tenha porte funcional, a restrição não permitirá que a arma seja levada para sua residência, devendo deixá-la no local de seu trabalho (KELLER, 2016).

Entretanto, sabe-se que, na maioria dos casos de violência, as armas utilizadas para ferir ou intimidar as vítimas são ilegais, e mais, a obtenção de armas ilegais nunca foi um obstáculo aos agressores que objetivam consumir a violência, ceifando a vida da vítima, o que demonstra a inefetividade da medida protetiva de urgência em comento.

Outras medidas do art. 22 da Lei Maria Penha bastante concedidas pelo poder judiciário são: o afastamento do agressor do lar, do domicílio e do convívio com a ofendida e, ainda, a restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores. Complementares a essas, no art. 23, da mesma Lei, tem-se a possibilidade de o juiz determinar a recondução da ofendida e seus dependentes ao domicílio após o afastamento do agressor, bem como a separação de corpos.

Art. 22. [...]

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

[...]

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar.

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

[...]

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

[...]

IV - determinar a separação de corpos.

(BRASIL, 2006)

A medida de afastar o agressor do local de convivência com a vítima objetiva preservar a integridade física e moral dos cônjuges, evitando que novos atos de violência ocorram. E, havendo ameaça a segurança da mulher, pode o juiz restringir ou suspender visitas aos dependentes menores, ainda mais quando estes também foram vítimas de algum tipo de violência.

Além disso, o magistrado pode determinar a separação de corpos entre o casal, devendo a vítima interessada promover, em até 30 dias desta decisão, ação de separação judicial, dissolução de união estável ou anulação do casamento. Segundo David (2018, p. 88), "trata-se de medida protetiva lógica, pois após a agressão procura-se evitar o contato com a vítima. Assim, não há como os dois morarem sob o mesmo teto, dividindo os mesmos cômodos e a mesma cama".

Contudo, a determinação de tais medidas nem sempre surtem o efeito esperado, em muitos casos, por fatos alheios ao controle do poder judiciário e das autoridades policiais. Isso ocorre, por exemplo, quando a mulher resolve retratar-se com o parceiro agressor, isto é, retornar ao convívio e relacionamento com o agressor, fazendo com que as medidas protetivas sejam revogadas.

Muitos são os fatores que levam as mulheres a permanecerem no relacionamento abusivo. Entretanto, dois deles se destacam: o desequilíbrio de poder e a intermitência do abuso. Em razão do desequilíbrio de poder, ao longo da relação, a mulher dominada

se torna cada vez menos capaz de viver e de ser independente sem o amparo do dominador. Essa dominação pode ser física, financeira e psicológica. A intermitência do abuso, por sua vez, gera a expectativa na mulher de que o homem pode mudar seu comportamento abusivo. A alternância entre as fases calmas e amorosas e as de abuso, contaminadas por violência, criam o paradigma da teoria do reforço intermitente, que já se revelou ser um dos modelos mais eficazes de aprendizado, produzindo padrões de comportamento persistentes (MARQUES et al., 2019, p. 142).

Conforme descrito por Marques et al. (2019), embora vítimas da violência, muitas mulheres acabam se submetendo ao relacionamento abusivo por diversos motivos, tais como, dependência física, financeira e psicológica perante seus agressores ou, ainda, em decorrência da falsa esperança de que seu companheiro mude de comportamento.

Ainda no que tange às medidas voltadas ao afastamento do agressor, o art. 22 da Lei Maria da Penha possibilita ao juiz determinar algumas condutas, como a proibição do indiciado/acusado em se aproximar da ofendida a partir de um limite mínimo de distância, bem como a vedação do agressor de se comunicar com familiares e testemunhas da vítima por qualquer meio (pessoalmente, cartas, e-mail, redes sociais) ou de frequentar os mesmos lugares que a ofendida.

Art. 22 [...]

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

- a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;
- b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;
- c) frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida. (BRASIL, 2006)

As referidas medidas proibitivas têm o condão de preservar a integridade física da ofendida, não cabendo ao agressor alegar violação do seu direito de liberdade ou constrangimento ilegal, haja vista que a ponderação entre a vida e a liberdade faz com que este direito seja restringido em detrimento ao direito à vida (GUIMARÃES, 2020).

Segundo David (2018), o agressor que desrespeitar qualquer medida que proíba a sua aproximação com a ofendida, familiares desta e/ou testemunhas do fato criminoso pode ensejar a incidência do crime de coação no curso do processo, previsto no art. 344 do Código Penal.

Para Keller (2016), a efetividade das medidas elencadas no inciso III do art. 22 da Lei Maria da Penha fica inteiramente a cargo do próprio agressor e de sua consciência, cuja eficácia só tende a surtir efeito quando o agressor é pessoa que normalmente é cumpridora das leis e teme as consequências do seu descumprimento. Inclusive, não é raro ver casos em que o agressor, sentindo-se intimidado e/ou revoltado com tais medidas, decide matar a vítima, o que não é difícil, haja vista que o Estado não consegue manter vigilância protetiva contínua à vítima.

Ainda, o artigo 23 da Lei Maria da Penha traz outras hipóteses de medidas preventivas elencadas nos incisos I, III e V, vejamos:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

[...]

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

[...]

V - determinar a matrícula dos dependentes da ofendida em instituição de educação básica mais próxima do seu domicílio, ou a transferência deles para essa instituição, independentemente da existência de vaga. (BRASIL, 2006)

Percebe-se que o inciso III dispõe sobre a possibilidade de o juiz determinar que a ofendida se afaste do seu lar, sem que haja qualquer prejuízo relativo a bens, guarda de filho e alimentos, sendo considerada uma medida razoável e lógica. No entanto, muitas vítimas não tem para onde ir. É neste ponto que os programas assistenciais, contemplados no inciso II, guarnecem de mais importância.

Por estes programas entende-se tanto o apoio social, quanto o suporte psicológico à ofendida e seus dependentes, bem como estruturas físicas capazes de abrigar as vítimas. Porém, na prática, a realidade é que existem pouquíssimos abrigos

especializados em amparar as mulheres e demais vítimas das agressões domésticas e familiares.

De acordo com Sena e Martins (2020), a maioria das vítimas desconhecem a função dos órgãos de proteção a mulher, ou pior, poucos são os estados e municípios que possuem programas oficiais ou comunitários de proteção ou de atendimento às mulheres.

O que se vê, na prática, é que não há casas de abrigo suficientes e disponíveis a todas as vítimas ou medidas de apoio financeiro a elas, mas apenas um pedaço de papel na mão determinando que o agressor se afaste da ofendida, sem garantias alguma de que ela, seus dependentes e demais familiares estão seguros (SENA e MARTINS, 2020).

Por conseguinte, a medida do inciso V, do art. 23, da Lei Maria da Penha, que se refere a determinação de matrícula escolar ou transferência dos dependentes da ofendida à instituição próxima de seu domicílio se coaduna com o que dispõe o art. 9º, § 2º, incisos I e II, da Lei Maria da Penha.

Nesses dispositivos, a lei assegura acesso prioritário à remoção para a ofendida que é servidora pública e, para aquela que trabalha na iniciativa privada, a possibilidade de manter o vínculo trabalhista por até seis meses enquanto ela necessitar ser afastada do seu local de trabalho em virtude de aplicação de medida protetiva (BRASIL, 2006).

Ocorre que nem sempre há possibilidade do servidor público ser removido para outro órgão ou unidade da administração pública e, muitas vezes, a trabalhadora celetista afastada de seu trabalho é demitida quando do retorno às suas atividades.

Além disso, cumpre salientar que apesar do direito ao vínculo empregatício ser mantido por seis meses, durante esse período, geralmente, a ofendida não recebe salário, nem benefícios previdenciários, pois percebe-se que o legislador foi omissos neste ponto do dispositivo legal.

Há corrente doutrinária que defende que esse afastamento da obreira do emprego, pelo período máximo de seis meses, tem natureza jurídica de suspensão do contrato de trabalho, pois, a despeito de atender ao fim social de proteção da empregada vítima de violência doméstica e familiar e o Princípio da Continuidade da Relação de Emprego, a lei não determinou o pagamento de salários, assim, o magistrado também não poderá fazê-lo, sob pena de usurpar a função do legislador, tratando-se, pois, de mera licença sem remuneração. Outro argumento no

sentido de haver suspensão contratual é que se trata de um afastamento sem qualquer culpa do empregador, visto que as circunstâncias são totalmente alheias ao contrato de trabalho, nesses termos, não poderia ser responsabilizado apenas por mero esforço do intérprete da lei, não sendo razoável que a empresa seja obrigada a custear tal período. (CHARPINEL, 2018, s.p.)

Neste diapasão, considerando que a ofendida não receba remuneração durante o período em que fique afastada do seu trabalho, nem subsídios do governo suficientes para garantir a sua subsistência e de seus dependentes, ela estará entregue a própria sorte, demonstrando que a fragilidade da referida medida.

Noutro giro, o artigo 22 da Lei Maria da Penha traz o dever alimentar do agressor à vítima e seus dependentes, embora o dispositivo não mencione expressamente o destinatário dos alimentos.

Art. 22. [...]:

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios. (BRASIL, 2006)

A prestação de alimentos, neste caso, é concedida por tempo determinado, isto é, pelo tempo necessário para que a mulher retome suas atividades que ficaram prejudicadas em decorrência das agressões ou, ainda, para que ela consiga garantir uma forma de subsistência nos casos em que era totalmente dependente financeiramente do agressor.

A Lei Maria da Penha trouxe, em seu bojo, as expressões “provisórios” e “provisionais”. Com isso, procurou evitar a ineficácia do dispositivo e, que a concessão da medida protetiva ficasse ao alvedrio de interpretações doutrinárias e de discussões insignificantes em relação ao sentido das expressões; discussões essas que poderiam surgir, principalmente, para a não concessão dos alimentos à vítima de violência. [...]. Basta, portanto, a alegação da vítima de que possui um relacionamento com o agressor e de que dele depende economicamente e não tem condições de sobreviver. [...]. Trata-se de questão não doutrinária, mas cotidiana (DAVID, 2018, p. 94).

Segundo Keller (2016), a crítica a esta medida se dá no fato de que a imposição dos alimentos considera uma situação ideal, aquela em que o agressor possui emprego

formal. Inclusive, são raros os casos em que o juiz defere alimentos a ofendida, geralmente, o deferimento ocorre em favor dos dependentes do agressor.

Por sua vez Guimarães (2020, p. 16) diz que ainda na vida cotidiana em comum, “songando o marido aos meios de assegurar a subsistência da esposa ou da companheira, que não tem meios de prover a própria subsistência, além de violência doméstica, o homem incorre no crime de abandono material”.

Por fim, o artigo 24 da Lei n. 11.340/2006, determina algumas medidas de caráter patrimoniais relativas à restituição de bens em favor da ofendida, proibição por tempo determinado de celebrar alguns atos e contratos, suspensão de procurações e prestação de caução provisória.

Art. 24. Para a proteção patrimonial dos bens da sociedade conjugal ou daqueles de propriedade particular da mulher, o juiz poderá determinar, liminarmente, as seguintes medidas, entre outras:

I - restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor à ofendida;

II - proibição temporária para a celebração de atos e contratos de compra, venda e locação de propriedade em comum, salvo expressa autorização judicial;

III - suspensão das procurações conferidas pela ofendida ao agressor;

IV - prestação de caução provisória, mediante depósito judicial, por perdas e danos materiais decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a ofendida.

Parágrafo único. Deverá o juiz oficiar ao cartório competente para os fins previstos nos incisos II e III deste artigo. (BRASIL, 2006)

As medidas de natureza patrimonial visam proteger os bens da sociedade conjugal e aqueles específicos de propriedade da ofendida. Perceba-se que o inciso I trata da restituição dos bens que o agressor subtraiu indevidamente da ofendida, isso porque, os objetos do lar não podem ser subtraídos ou destruídos.

Conforme Sena e Martins (2020), é bastante comum que o agressor destrua os pertences da mulher, inclusive seus documentos pessoais, pois é a forma que ele

encontra de obstar a sua liberdade e diminuir sua confiança e determinação. Nesse mesmo sentido, reflete Keller (2016, p. 23):

Os crimes contra o patrimônio, modo geral, já estão bem delimitados no ordenamento jurídico pátrio. Acredito que a inclusão desse tipo de crime na Lei Maria da Penha tenha a motivação de inibir as depredações por vingança. É que, vide sabedoria popular, é muito comum parceiros ou ex-parceiros descontarem suas frustrações nos bens de sua parceira ou ex-parceira. Na esfera cível, em ações de divórcio e afins, foi concebida a figura do sequestro de bens, com o intuito de salvaguardar da fúria do depositário os bens que futuramente seriam partilhados. Muitas vezes, os bens da vítima são usados pelo agressor como moeda de troca, tentando com isso que a vítima dele se reaproxime. Muito embora o patrimônio por si só não possa ser vítima de violência, pois inanimado, deve-se visar às consequências da depredação desse patrimônio na vítima, já que entre a vítima e seu patrimônio pode haver diversas relações, tais como necessidade profissional e até mesmo apego emocional a objetos seus.

Contudo, a restituição dos bens só tende a ser eficaz quando esses ainda existirem ou estiverem no exato local indicado pela ofendida.

Por conseguinte, a proibição de celebração de certos atos e contratos só funcionará “na medida em que os bens a serem protegidos forem bens cuja propriedade seja confirmada por meio de registros públicos idôneos” (KELLER, 2016, p. 69), entretanto, na maior parte dos casos, a vítima e o agressor não são formalmente casados, residem em vilas populares, em casas que adquiriram através de contratos informais, ficando a eficácia da medida adstrita a obediência do agressor.

Já a suspensão das procurações concedidas pela ofendida ao agressor exime a vítima de quaisquer responsabilidades supervenientes, surtindo eficácia somente após a comunicação dessa suspensão ao cartório de registro competente. Porém, muitas vítimas sequer se lembram de que assinaram procuração dando poderes ao agressor, sendo necessário que os agentes públicos e sua defesa as instruem sobre essa possibilidade.

Por fim, a prestação de caução provisória visa garantir futura execução movida pela vítima contra o agressor por danos materiais decorrentes da violência por este praticada. A fragilidade dessa medida encontra-se no fato da lei ser omissa quanto a possibilidade de o juiz determinar o arresto de bens do agressor, caso este não realize o depósito no tempo determinado. De outro lado, mesmo que houvesse esta previsão

expressa em lei, atualmente, a constrição de bens tem sido cada vez mais ineficiente em decorrência das novas e variadas técnicas de ocultação de bens.

5 DISPOSIÇÕES FINAIS

Há tempos se buscam soluções mais eficientes para que o número de casos de violência doméstica e familiar venha a ser diminuído, no entanto, ao que parece, esta é uma realidade distante de acontecer, tendo em vista os números expressivos de violência que são divulgados pelos institutos responsáveis pela contabilidade das violências domésticas e de homicídios contra as mulheres.

Contudo, este trabalho se propôs a suscitar algumas ideias, a partir de outros autores, que possam contribuir para a obtenção da eficácia das medidas protetivas de urgência.

O projeto de Lei nº 632/2019, por exemplo, que se encontra tramitando na Câmara dos Deputados, tem como escopo permitir a posse e o porte de spray de pimenta e armas de incapacitação neuromuscular (armas de eletrochoque) para uso exclusivo às mulheres maiores de dezoito anos de idade, em todo o território nacional, como arma não letal destinada à proteção pessoal (BRASIL, 2019).

O referido projeto dispõe que compete ao Poder executivo Federal a emissão de autorização para controle e comercialização dos instrumentos de defesa supramencionados. Assim, percebe-se que é devidamente possível que seja concedido a mulher meios não letais de defesa contra seu agressor.

Sugere-se, também, que haja incentivos do Estado no tocante ao fornecimento de cursos de autodefesa às mulheres que são vítimas de violência doméstica e familiar, a fim de que aprendam técnicas para conter o agressor. Alguns municípios já adotam essa medida.

Como exemplo, na cidade de Novo Hamburgo no Rio Grande do Sul, em que a Delegacia Especializada no Atendimento À Mulher (Deam) ofertará aulas de defesa pessoal para mulheres que são vítimas de violência a partir de 2021 (SCHAUMLOEFFEL, 2021). Contudo, tais iniciativas ainda são isoladas, sendo adotadas em pouquíssimos municípios do país.

Também, outra alternativa que ganhou repercussão em alguns tribunais brasileiros foi o conhecido “Botão do Pânico”. Criado pelo Instituto Nacional de Tecnologia Preventiva (INTP), juntamente com o Tribunal de Justiça do Espírito Santo (TJES) e a Prefeitura de Vitória (PMV), o referido botão tem sido aplicado em alguns municípios do Estado do Espírito Santo, São Paulo, Paraíba, Maranhão e Pernambuco (TAVARES e CAMPOS, 2018).

O intuito do botão é de auxiliar as mulheres em situação de violência doméstica e que possuem medidas protetivas vigentes, pois, em caso de perigo eminente, a mulher pode “apertar” o botão que emitirá um alerta para a polícia local com a localização exata de onde a vítima se encontra, a fim de que ela seja socorrida a tempo, antes que o ato violento ocorra ou a tragédia se consuma (CNJ, 2016).

Em Rondônia, por exemplo, a polícia militar lançou o aplicativo “PMRO CIDADÃO”, no qual está inserido as funções do “botão do pânico”, permitindo e facilitando o trâmite de denúncias, o envio de fotos ou vídeos que registrem e provem a agressão, a coordenada geográfica da vítima etc. (VICENTE, 2021). Insta consignar que a ferramenta ainda se encontra em desenvolvimento, mas já está disponível para uso pelas vítimas.

Ainda, há o Projeto de Lei n. 5.214/2020 em tramitação na Câmara dos Deputados que visa proibir condenados por violência contra a mulher de assumir cargos e empregos públicos em quaisquer empresas públicas e órgãos da administração direta e indireta (GAMMARO, 2020). Observe que a uma mobilização legislativa na tentativa de inibir tais atos de violência.

Porém, apesar de ser interessantes iniciativas de projetos de lei que visem desestimular a prática de violência, não se sabe o alcance efetivo de tais medidas. Isso porque em 2019, o Projeto de Lei n. 2.438 foi convertido na Lei n. 13.871, inserindo três parágrafos no art. 9º da Lei Maria Penha, que dispõe sobre a obrigação de o agressor ressarcir os custos dos serviços de saúde prestados pelo SUS (Sistema Único de Saúde) às vítimas de violência doméstica.

Ocorre que, conforme explana Santos (2019), o Código Civil (art. 187) e o Código Penal (art. 92) já obrigam qualquer pessoa que cometa um crime e que produza um dano indenize o SUS. Além disso, acredita que o caminho para coibir ou solucionar a violência contra a mulher seja a efetivação de políticas públicas e educação voltadas a mudar o machismo estrutural.

É sabido que a violência contra a mulher é algo que acontece por séculos, mas, conforme já abordado, ainda no século XXI é recorrente casos de violência doméstica e familiar, muito por causa da cultura predominantemente machista perpetuada por gerações.

Por este motivo, também se acredita que a alternativa mais eficaz para romper com esse ciclo vicioso, é a mudança de pensamento, especialmente, das crianças e adolescentes, pois serão os futuros indivíduos que estabelecerão relacionamentos afetivos e conjugais

É necessário que a temática “violência doméstica e familiar” seja abordada com

mais frequência nas escolas, de forma interdisciplinar, desde os primeiros anos de ensino, a fim de que esses jovens entendam que o respeito ao outro não é uma faculdade em si, mas uma obrigação diária.

6 CONCLUSÃO

Em síntese, a todo ser humano é garantido o direito a ser tratado com dignidade e igualdade, no entanto, este trabalho demonstrou que tais direitos têm sido violados em virtude da perpetuação da cultura patriarcal e machista que considera ser admissível a violência doméstica e familiar.

Após inúmeras lutas, a Lei Maria da Penha trouxe o maior avanço legislativo brasileiro ao combate da violência contra mulher, contudo, foi visto que as medidas protetivas de urgência criadas pela normativa é dotada de ineficácias, dentre as quais foi mencionado que:

A medida de suspensão ou restrição de arma de fogo ao agressor só consegue ser efetivada nos casos em que o acusado possui arma de uso legal ou regular. A retratação da mulher com o parceiro agressor prejudica as medidas de afastamento e da persecução penal nos crimes em que haja necessidade da representação da mulher. O Estado, na maioria dos casos, não é capaz de garantir que o agressor não se aproxime da vítima e seus familiares e de ampará-las através do fornecimento de abrigos e assistência psicossocial e financeira. Ainda, os bens patrimoniais são difíceis de serem resguardados, principalmente, quando não possuem registro público e a prestação alimentícia resta dificultada quando o agressor trabalha na informalidade.

Diante disso, foi sugerido a aplicação de algumas medidas a permissão para a posse e o porte de spray de pimenta e armas de incapacitação neuromuscular às mulheres maiores de dezoito anos de idade vítimas de violência doméstica e familiar, oferta de cursos de autodefesa às vítimas pelo Estado, a implantação em todos os municípios do botão do pânico, a proibição de condenados por estes tipos de delitos de assumirem cargos e empregos públicos, e o ressarcimento pelo agressor dos custos dos serviços de saúde prestados pelo SUS às vítimas.

Entretanto, acredita-se que a medida mais importante a ser implementada é a mudança de pensamento da sociedade a ser efetivada a partir da inclusão da temática violência doméstica e familiar em todos os graus de ensino, a fim de que crianças e adolescentes, futuros adultos que manterão relacionamentos afetivos e conjugais e constituirão família, aprendam que o respeito ao outro é uma obrigação.

REFERÊNCIAS

AMARAL, E. C.; SANTOS, M. L.; SOUZA, V. M. C. Lei Maria da Penha: caminhos para a efetivação das medidas protetivas. **Ciências humanas e sociais**, Recife, v. 2, n. 3, p. 115-130, nov. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 03 abr. 2021.

BRASIL. **Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 10 mar. 2021.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 632/2019**. Dispõe sobre o porte, a comercialização, a fabricação e a importação de spray de pimenta (gás *Oleoresina capsicum*) em todo o território nacional; altera a Lei n. 10.826, de 22 de dezembro de 2003 - Estatuto do Desarmamento, para dispor sobre armas de incapacitação neuromuscular (armas de eletrochoque). Brasília: Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2191674>. Acesso em: 03 mai. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Seção). **Súmula n. 542**. A ação penal relativa ao crime de lesão corporal resultante de violência doméstica contra a mulher é pública incondicionada. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 26 de agosto de 2015. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=%28sumula%20adj1%20%27542%27%29.sub>. Acesso em: 20 abr. 2021.

CERQUEIRA, Daniel; LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; NEME, Cristina; FERREIRA, Helder; ALVES, Paloma Palmieri; MARQUES, David; REIS, Milena; CYPRIANO, Otávio; SOBRAL, Isabela; PACHECO, Dennis; LINS, Gabriel; ARMSTRONG, Karolina. **Atlas da violência 2019**. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2019.

CHARPINEL, Manuela Valim. Os direitos garantidos à trabalhadora vítima de violência doméstica. **Revista Conjur**, jun. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jun-16/manuela-charpinel-direitos-trabalhistas->

[vitima-violencia-domestica](#). Acesso em: 15 abr. 2021.

CNJ. Conselho Nacional de Justiça. Botão do pânico é tecnologia aliada de mulheres vítimas de violência. **JusBrasil**, 2016. Disponível em: <https://cnj.jusbrasil.com.br/noticias/398345291/botao-do-panico-e-tecnologia-aliada-de-mulheres-vitimas-de-violencia>. Acesso em: 03 mai. 2021.

DAHLBERG, Linda L.; KRUG, Etienne G. Violência: um problema global de saúde pública. **Revista Ciência e Saúde Coletiva**, v. 11 (supl.), p. 1.163-1.178, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v11s0/a07v11s0>. Acesso em: 23 fev. 2021.

DAVID, Erton Evandro de Sousa. **Os alimentos e as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha**. 2018. 116f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Franca, 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Sandra Pereira Aparecida. Um breve histórico da violência contra a mulher. **Araretamaumamulher**, jan. 2010. Disponível em: <https://araretamaumamulher.blogs.sapo.pt/16871.html>. Acesso em: 27 fev. 2021.

DIAS, Valéria de Oliveira. O princípio da igualdade e o androcentrismo na ciência jurídica brasileira: a luta da mulher por igualdade e justiça social. **Âmbito Jurídico**, nov. 2013. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/o-principio-da-igualdade-e-o-androcentrismo-na-ciencia-juridica-brasileira-a-luta-da-mulher-por-igualdade-e-justica-social/>. Acesso em: 27 fev. 2021.

FERNANDES, Valéria Diez Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade: abordagem jurídica e multidisciplinar (inclui Lei de Feminicídio)**. São Paulo: Atlas, 2015.

FERREIRA, Ícaro Argolo; MORAES, Sara Santos. Subnotificação e Lei Maria da Penha: o registro como instrumento para o enfrentamento dos casos de violência doméstica contra mulher considerando o anuário brasileiro de segurança pública (2019). **O Público e o Privado**, v. 18, n. 37, p. 259-280, set./dez. 2020.

GAMMARO, Victor. Condenado por violência contra a mulher pode ser proibido de assumir cargo público. **Direção Concursos**, nov. 2020. Disponível em:

<https://www.direcaoconcursos.com.br/noticias/violencia-mulher-concurso-publico/>.
Acesso em: 06 mai. 2021.

GUIMARÃES, Helingto Rodrigues. **Efetividade da Lei Maria da Penha no combate à violência contra a mulher**. 2020. 49f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Centro Universitário do Planalto Central Aparecido dos Santos, Gama, 2020.

KELLER, Daniel Lacerda. **A lei Maria da Penha: das medidas protetivas e sua eficácia**. 2016. 91f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Ciências Penais, Porto Alegre, 2016.

LEMES, André Felipe Murta. As principais evoluções da Lei Maria da Penha em seus 13 anos de vigência. **Revista Jurídica do Nordeste Mineiro**, v. 01, mai. 2020.

LIMA, Milka Oliveira; SOUZA, Ellem Dayanne Rodrigues Vinhal; SILVA, Fábio Araújo. Violência doméstica: evolução do tipo penal. **Revista Cereus**, Gurupi, v. 9, n. especial, p. 189-205, ago./dez. 2017.

MARQUES, Beatriz de Oliveira Monteiro; ERTHAL, Regina Maria de Carvalho; GIRIANELLI, Vânia Reis. Lei Maria da Penha: uma análise crítica à luz da criminologia feminista. **Saúde Debate**, Rio de Janeiro, v. 43, n. especial 4, p. 140-153, dez. 2019.

MELO, Tatiana. Marido espanca mulher e a deixa com rosto desfigurado em Campo Grande. **Midiamax**, abr. 2021. Disponível em:
<https://www.midiamax.com.br/policia/2021/marido-espanca-mulher-que-fica-com-rosto-desfigurado-em-campo-grande>. Acesso em: 20 abr. 2021.

MIZUSAKI, Haruo. **A população carcerária feminina de Ji-Paraná e o (re)verso da Lei Maria da Penha**. 2019. 157f. Dissertação (Mestrado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça) – Fundação Universidade Federal de Rondônia, Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Profissional Interdisciplinar em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça, Porto Velho, 2019.

NASCIMENTO, I. I. D. **Ela não apanha porque gosta: uma análise do ciclo de violência doméstica contra a mulher através da Síndrome de Estocolmo, tendo por último ato o cometimento do Femicídio**. 2019. 41 f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais, Centro Universitário de Brasília, Brasília, 2019.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002.

OSF. Open Society Foundations. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. **Fórum Brasileiro de Segurança Pública**, ano 13, 2019. Disponível em:

https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em: 15 mar. 2021.

PASINATO, Wânia. Lei Maria da Penha: novas abordagens sobre velhas propostas. Onde avançamos? **Revista de Ciências Sociais**, Porto Alegre, v. 10, n. 2, p. 216-232, mai./ago. 2010.

PORTO, P. R. F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**: análise crítica e sistêmica. 3. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

SANTOS, Rafa. Obrigar agressor a ressarcir o SUS não vai diminuir a violência, dizem especialistas. **Consultor Jurídico**, set. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-21/obrigar-agressor-ressarcir-sus-nao-diminuir-violencia>. Acesso em: 06 mai. 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988**. 7 ed. rev. atual., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SCHAUMLOEFFEL, Suélen. Delegacia terá aula de defesa pessoal para mulheres vítimas de violência. **Jornal NH**, mar. 2021. Disponível em: https://www.jornalnh.com.br/noticias/novo_hamburgo/2021/03/17/delegacia-tera-aula-de-defesa-pessoal-para-mulheres-vitimas-de-violencia.html. Acesso em: 03 mai. 2021.

SENA, Luzirene Paiva de; MARTINS, Francisca Maria da Penha Pereira. A (in) eficácia das medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha. **Revista Humanidades e Inovação**, v. 7, n. 17, p. 186-197, 2020.

SOARES, Danúbia Zanotelli; CHARLES, Charlot JN; CERQUEIRA, Claudia Cleomar Araújo Ximenes. Femicídio no Brasil: gênero de quem mata e de quem morre. *In*: ENANPEGE, 13, set. 2019, São Paulo. **Anais** [...]. Disponível em: http://www.enanpege.ggf.br/2019/resources/anais/8/1562631571_ARQUIVO_ENANPEGE-FEMINICIDIONOBRASIL-GENERODEQUEMMATAEQUEMMORRE.pdf. Acesso em: 23 fev. 2021.

SOUZA, Rafael Nascimento de. Condenado por tortura e violência contra a mulher, sargento da PM continua recebendo salário da corporação. **Extra Globo**, abr. 2021. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/condenado-por-tortura-violencia-contra-mulher-sargento-da-pm-continua-recebendo-salario-da-corporacao-24977587.html>. Acesso em: 20 abr. 2021.

TAVARES, Ludmila Aparecida; CAMPOS, Carmen Hein de. Botão do pânico e Lei Maria da Penha. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, Brasília, v. 8, n. 1, p. 396-420, abr. 2018.

UIGUIM, Renata. Ex-companheiro descumpre medida protetiva pela segunda vez e ataca vítima na rua em Camaquã. **ClicCamaquã**, mar. 2021. Disponível em: <https://www.cliccamaqua.com.br/noticia/64033/ex-companheiro-descumpre-medida-protetiva-pela-segunda-vez-e-ataca-vitima-na-rua-em-camaqua.html>. Acesso em: 20 abr. 2021.

VASCONCELOS, Claudivina Campos; RESENDE, Gisele Silva Lira de. Violência doméstica: a aplicabilidade e eficácia das medidas protetivas como instrumento de prevenção e combate à reincidência na Comarca de Barra do Garças – MT. **Revista do departamento de ciências jurídicas e sociais da unijuí**, ano XXVII, n. 49, p. 117-137, jan./jun. 2018.

VICENTE, Jackson. Botão de pânico: PM de Rondônia lança aplicativo para mulheres vítimas de violência doméstica. **Correio Central**, mar. 2021. Disponível em: <https://correiocentral.com.br/noticias/policia/botao-de-panico-pm-de-rondonia-lanca-aplicativo-para-mulheres-vitimas-de-violencia-domestica/12997>. Acesso em: 03 mai. 2021.

A DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR E A ADOÇÃO: EFEITOS PATRIMONIAIS E A POSSIBILIDADE DE MULTIPARENTALIDADE

ADRIANA NUNOI SOBREIRA DE OLIVEIRA:

Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário São Lucas.

RESUMO: O presente artigo foi desenvolvido por meio de pesquisas bibliográficas e jurisprudenciais sobre o tema a destituição do poder familiar e a adoção: efeitos patrimoniais e a possibilidade de multiparentalidade. tendo em vista que o assunto é muito discutido entre os tribunais e doutrinadores com posicionamentos diferentes. É um assunto muito polêmico, uma vez que levanta grandes questionamentos na área social, econômica, familiar e principalmente na área jurídica. Nota-se neste trabalho que o poder familiar antes pertencia apenas ao homem e atualmente é uma tarefa dividida entre homem e mulher, devendo a destituição desse poder só ser usada em último caso, por ser uma medida muito grave, a qual pode provocar sérios danos emocionais a criança. Percebe-se, no decorrer deste estudo, que muitos tribunais e doutrinadores entendem caber a multiparentabilidade por ser o melhor para criança poder ter o convívio com os pais adotivos e biológicos, tendo conhecimento de sua história e podendo fazer parte dela. Assim, procura-se demonstrar que os efeitos patrimoniais da destituição do poder familiar seguido pela adoção caso ocorra o reconhecimento da multiparentalidade será a divisão para ambas as famílias, pois, os filhos terão direito a ambos os patrimônios, tanto da família biológica como da adotada.

Palavras Chave: Adoção. Filiação. Multiparentabilidade.

ABSTRACT: The present work was developed through bibliographic searches and jurisprudences about the theme the dismissal of family power and adoption: balance sheet effects and the possibility of multiparentalidade. given that the subject is much discussed between the courts and legal scholars with different positions. It is a very controversial issue, since raises major questions in social, economic, family and especially in the legal field. It is noted in this paper that the family power previously belonged only to man and is currently a divided task between man and woman, with the removal of this power be used only as a last resort, to be a very serious measure, which can cause serious damage emotional child. It is clear, in the course of this study that many courts and legal scholars understand multiparentabilidade fit to be the best for child be able to have contact with the adoptive and biological parents, and knowledge of its history and can be part of it. Thus, we seek to demonstrate that the economic effects of the removal of the family power followed by the adoption if there is recognition of multiparentalidade is the division for both families as the children are entitled to both the heritage of both the biological family as the adopted .

Keywords: Adoption. Membership. Multiparentalidade.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DA FAMÍLIA, DA PRINCIPOLOGIA CONSTITUCIONAL INERENTE A FAMÍLIA E DO PODER FAMILIAR. 2 EFEITOS DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. 3 A ADOÇÃO E OS DESDOBRAMENTOS PATRIMONIAIS EM RELAÇÃO AOS PAIS BIOLÓGICOS. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O presente artigo aborda o tema da destituição do poder familiar e a adoção: efeitos patrimoniais e a possibilidade de multiparentalidade, tema este muito discutido entre a doutrina e jurisprudência.

Este tema acabou tornando-se muito polêmico devido ao impacto que a multiparentalidade causa na sociedade e às divergências nos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários, bem como a relevância que possui nas diversas áreas como a social, econômica, social, familiar e jurídica.

Ver-se-á como começou o poder familiar, estudando um pouco sobre a sua história sobre os deveres que incube a quem detém esses poderes.

Assim, analisar-se-á, que além de todos os deveres acima expostos o detentor do poder familiar também tem direito, tais como, o direito de exigir obediência, respeito e colaboração.

Observar-se-á ainda que as principais consequências do descumprimento das funções do poder familiar são: Extinção, suspensão e destituição do poder familiar.

Serão analisados os efeitos da destituição do poder familiar se ocorre ou não a permanência do vínculo de filiação entre filhos e pais destituídos.

Ver-se-á se vai haver a manutenção das obrigações patrimoniais decorrentes do vínculo de filiação entre filhos e pais destituídos do poder familiar e como vai ficar essa obrigação.

Será analisada a adoção e os desdobramentos patrimoniais em relação aos pais biológicos, abordando as principais espécies de filiação que são as biológicas e socioafetivas.

Serão mostrados o direito à origem genética e o direito ao estado de filiação, bem como, quais são as consequências da adoção em relação à família biológica, sendo estudado a multiparentabilidade e a adoção como um todo.

Por fim, com base em tudo isso visto no decorrer no trabalho será feita uma conclusão, onde será analisado os efeitos patrimoniais da destituição do poder familiar seguido pela adoção caso ocorra o reconhecimento da multiparentalidade.

1- DA FAMÍLIA, DA PRINCIPOLÓGIA CONSTITUCIONAL INERENTE A FAMÍLIA E DO PODER FAMILIAR

A família é a base de tudo, para que uma criança cresça e se desenvolva de forma saudável tem que ter uma família estruturada.

Não tem importância se os pais continuam juntos ou estão separados o que importa é que eles construam para criança e para o adolescente um ambiente familiar no qual os mesmos possam crescer da melhor forma possível.

1.1 Conceito, Origem e Evolução Histórica da Família

Muitos se questionam sobre qual é o verdadeiro conceito de família, o que significa realmente esta palavra Família, assim, existem inúmeras definições sobre o assunto e diversas opiniões.

Para muitos família é um grupo de pessoas que tem qualquer grau de parentesco, independentemente de viverem sob o mesmo teto ou não.

Já para outros família é um grupo de pessoas que tem qualquer grau de parentesco, mas que vivem sob o mesmo teto, que é considerado o ambiente familiar.

Segundo André-Jean Arnaud (Apud. NADER.2016.p.40) "*não se consegue dar uma definição de família...*"

Já o Autor Paulo Nader (2016.p.40) tem o seguinte conceito de família:

Família é uma instituição social, composta por mais de uma pessoa física, que se irmanam no propósito de desenvolver, entre si, a solidariedade nos planos assistencial e da convivência ou simplesmente descendem uma da outra ou de um tronco comum

Observa-se que família é um tema muito complexo, portanto, alguns autores chegam a pensar que é impossível chegar a um conceito da palavra família e para aqueles que possuem um conceito, os mesmos são bem variados, pois, cada um vê a família de maneira diferente.

O Autor Carlos Roberto Gonçalves (2014.p.261), por exemplo, conceitua família da seguinte forma:

O vocábulo **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**. As leis em geral referem-se à família como um núcleo mais restrito, constituído pelos **pais e sua prole**, embora esta não seja essencial à sua configuração. É a denominada *pequena família*, porque o grupo é reduzido ao seu núcleo essencial: **pai, mãe e filhos**.

De acordo com Nader (2016.p.41), o Código Civil define como família:

O Código Civil de 2002 não confere à família um conceito unitário. Os arts. 1.829 e 1.839, por exemplo, que dispõem sobre a linha sucessória, atribuem à família um sentido amplo, que abrange os parentes em linha reta (pais, filhos, netos) e os em linha colateral até o quarto grau (irmãos, tios e sobrinhos, primos). Em sentido estrito, tem-se a chamada *família nuclear*, constituída por pais e filhos, considerada na disposição do art. 1.568.

A família é a base pela qual a criança e o adolescente começa a ver o mundo, a forma como a criança vai saber lidar com as diferentes situações, vai enfrentar as dificuldades e lidar com os sentimentos vai depender de como sua família vai expor tudo isso, como a família vai lhe transmitir certas informações que vão ser essenciais a sua formação e desenvolvimento.

A família é a responsável pela formação do cidadão é ela que ajuda no desenvolvimento e formação do seu caráter, influencia os seus pensamentos e a sua maneira de agir e de reagir.

Silvio de Salvo Venosa (2011.p.15) tem o seguinte conceito de família:

Desse modo, importa considerar a família em *conceito amplo*, como parentesco, ou seja, o conjunto de pessoas unidas por vínculo jurídico de natureza familiar. Nesse sentido, compreende os ascendentes, descendentes e colaterais de uma linhagem, incluindo-se os ascendentes, descendentes e colaterais do cônjuge, que se denominam parentes por afinidade ou afins. Nessa compreensão, inclui-se o cônjuge, que não é considerado parente. Em *conceito restrito*, família compreende somente o núcleo formado por pais e filhos que vivem sob o pátrio poder ou poder familiar.

O conceito de família não é essencial, pois, importante se torna saber como essas pessoas que são denominadas de família da criança e do adolescente vão estruturar o ambiente familiar e de que forma vão proferir os ensinamentos básicos para o mesmo.

A origem e evolução histórica da família é outro tema que gera muitas discussões, pois, todo ser humano em tese já nasce no âmbito de uma família, tendo pelo menos uma mãe.

Antigamente no regime primitivo existiu o chamado "matriarcado" onde quem controlava tudo, exercendo todo poder familiar era a mulher, pois, era a mesma que cuidava dos filhos dando aos mesmos educação, amor e carinho e lutava pela sobrevivência dos mesmos.

NADER (2016,p.45) Ressalta:

Em tal regime, o governo familiar teria sido exercido pela mulher. Por ela se registrava a descendência e a sucessão. A ideia prevalente entre os antropólogos e sociólogos, ao final do segundo milênio, era que o matriarcado como fenômeno social generalizado não chegou a se institucionalizar. Dentro do matriarcado teria havido tanto *apoliandria*(vários homens para uma mulher) como *amonogamia*, fase em que a mulher se unia apenas a um homem. O fato de o homem ser guerreiro, caçador, deslocando-se no espaço como nômade, enquanto a mulher cuidava da sobrevivência dos filhos, cultivando a terra, muito contribuiu para a caracterização do pretendido tipo familiar.

Na história greco-romana a família era basicamente formada pela religião e pelos cultos que eram realizados em suas residências, assim, o que ligava os integrantes de uma residência não era o grau de parentesco, nem sanguíneo, mas sim a religião que eles praticavam.

NADER (2016, p.45) Afirma:

Na antiga organização greco-romana, a união entre o homem e a mulher se fazia pelo casamento, e a família formava-se pelos descendentes de um mesmo ancestral, que praticavam no lar o culto aos antepassados. Ao se casar, a mulher deixava a casa e os seus deuses e passava ao lar do marido, seguindo a sua religião, formada por deuses, hinos e orações. Desligava-se de sua família original, para integrar a do marido, e os antepassados

dele eram seus antepassados. O filho adotivo, incorporando-se ao novo lar, era recebido como um de seus membros. Os fundamentos da família não estavam na geração de filhos, nem no afeto; repousavam na religião do lar e no culto que se praticava. Também desta fonte advinham os poderes paterno e marital

Outrossim, após o chamado "matriarcado" veio o denominado "patriarcado", na qual o homem era o detentor do poder familiar, ele controlava a instituição da família, pois, era considerado em tese "mais forte".

NADER (2016,p.45) Alega:

O patriarcado se caracteriza pela concentração exclusiva de poderes nas mãos do marido, tanto em relação à esposa quanto aos filhos. A pequena sociedade se apresenta, assim, hierarquizada e pode estar associada à poligamia ou à monogamia. Não só os costumes antigos revelavam a prática da poligamia (várias mulheres para um homem).

Antigamente, principalmente na época das revoluções a família era formada com único objetivo, qual seja, formar um extenso patrimônio, ou seja, o amor e o sangue não importava era só os bens patrimoniais que importavam e que servia para unir cada vez mais a "família".

Dessa forma, seus membros já eram escolhidos com a finalidade de multiplicar o patrimônio de maneira a perpetuar o mesmo por diversas gerações.

Com o passar do tempo e o avanço da tecnologia o conceito de família foi tomando outro rumo, foi se modernizando, deixando de ser tão patrimonial e sexual, tendo a concepção artificial tomado uma grande proporção.

Os autores FARIAS;ROSENVALD (2015,P.5) afirmam:

Os novos valores que inspiram a sociedade contemporânea sobrepujam e rompem, definitivamente, com a concepção tradicional de família. A arquitetura da sociedade moderna impõe um modelo familiar descentralizado, democrático, igualitário e desmatrimonializado. O escopo precípua da família passa a ser a solidariedade social e demais condições necessárias ao aperfeiçoamento e progresso humano, regido o núcleo familiar pelo afeto, como mola propulsora.

Atualmente a composição da família teve uma grande mudança em relação ao que era antigamente, pois, agora a família se inicia não por convenções, obrigações e interesses mas sim por amor.

Assim, surgiu o modelo mais moderno e atual de família, deixando para trás os modelos antigos, visando a vontade e o sentimento de cada um.

FARIAS;ROSENVOLD (2015,P.5) dizem:

A transição da família como unidade econômica para uma compreensão igualitária, tendente a promover o desenvolvimento da personalidade de seus membros, reafirma uma nova feição, agora fundada no afeto. Seu novo balizamento evidencia um espaço privilegiado para que os seres humanos se complementem e se completem. Abandona-se, assim, uma visão institucionalizada, pela qual a família era, apenas, uma célula social fundamental, para que seja compreendida como núcleo privilegiado para o desenvolvimento da personalidade humana.

Atualmente a família deixou de ser uma responsabilidade apenas dos integrantes da mesma e passou a ser responsabilidade também do Estado, pois, os pais tem trabalhado cada vez mais e deixado seus filhos em escolas públicas e particulares, creches e os professores são os responsáveis por proporcionar não só a educação como também o lazer e religião.

Dessa forma, percebe-se que a família passou por um longo período de descobertas e adaptações até chegar no modelo em que se encontra hoje, tendo sido modificado por diversas vezes, buscando sempre se expandir e agregar todos os interessados.

1.2 Princípios constitucionais da família

Os princípios constitucionais da família servem para nortear todas as funções do direito de família, sendo baseado na função social e no que a Constituição Federal preceitua como sendo fundamental para esse direito.

1.4.1 Da dignidade da pessoa humana

O Princípio da dignidade da pessoa humana é um dos princípios mais importantes da Constituição Federal, pois a pessoa humana é o valor máximo assegurado pelo Estado.

Este princípio é sempre mencionado, tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência, sendo abordado em todas as áreas das ciências jurídicas.

Nesse sentido, este princípio é um dos fundamentos do Estado democrático de direito, assim, o Estado tem a obrigação de assegurar a dignidade à todos os cidadãos e no caso da família a todos os seu membros, sendo essa a sua função.

SARLET (Apud. NOVAIS. 2011 p.80):

O nosso constituinte de 1988 – a exemplo do que ocorreu, entre outros países, na Alemanha -, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu categoricamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui a finalidade precípua e não meio da atividade estatal.

Ademais, esse princípio busca a valorização da pessoa, ou seja, visa assegurar que a família tem direito a proteção, ao respeito e às condições básicas para a sua existência.

Desta forma, todos os cidadãos tem o direito de viver e de maneira digna e as vezes para que esse direito seja assegurado é necessário a intervenção do judiciário, como é o caso da família.

SARLET (2011 p.84) discorre:

Assim, quando se fala – no nosso sentir equivocadamente – em direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito a reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, podendo inclusive falar-se de um direito a uma existência digna, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

O princípio da dignidade da pessoa humana está expressamente previsto no artigo 1º da Constituição Federal:

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;

O Estado Democrático de Direito tem a obrigação de proporcionar meios para a família terem uma vida digna. Assim, quando o Estado não proporciona esse meio, ele está ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana.

Dessa forma, este princípio procura demonstrar o quanto que o ser humano é valioso e por isso o bem maior que deve ser protegido é a vida, o ser humano tem o direito de viver e ter uma vida com dignidade.

Por fim, a maioria dos direitos mesmo que de maneira indireta visa proteger o ser humano e principalmente a família e assegurar as necessidades básicas dos mesmos, então, querendo ou não todos os direitos decorrem ainda que indiretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, eles estão interligados, pois tem mais ou menos o mesmo objetivo a ser alcançado.

1.4.2 Da solidariedade familiar

Esse princípio traduz o afeto, pois, através do afeto entre os membros da família é que surge a solidariedade entre eles e a vontade de colaborar uns com os outros, ajudando-os no que for preciso.

Segundo STOLZE (2014,P.108):

A solidariedade, portanto, culmina por determinar o amparo, a assistência material e moral recíproca, entre todos os familiares, em respeito ao princípio maior da dignidade da pessoa humana. É ela, por exemplo, que justifica a obrigação alimentar entre parentes, cônjuges ou companheiros, ou, na mesma linha, que serve de base ao poder familiar exercido em face dos filhos menores.

A solidariedade na família pode ser aplicada tanto no aspecto moral como no patrimonial, e um grande exemplo disso é a prestação de alimentos tanto para os filhos como para os cônjuges.

1.4.3 Do pluralismo das entidades familiares

O referido princípio afirma que o direito começou a regulamentar e reconhecer muitos tipos de família e não só as famílias tradicionais compostas pelo pai, mãe e irmão.

FARIAS;RONSENVALD.(2015,p.61) ressaltam:

De fato, o legislador constituinte apenas normatizou o que já representava a realidade de milhares de famílias brasileiras, reconhecendo que a família é um fato natural e o casamento, uma solenidade, uma convenção social, adaptando, assim, o Direito aos anseios e às necessidades da sociedade. Assim, passou a receber proteção estatal, como reza o art. 226 da Constituição Federal, não somente a família originada através do casamento, bem como qualquer outra manifestação afetiva, como a união estável e a família monoparental – formada pela comunidade de qualquer dos pais e seus descendentes, no eloquente exemplo da mãe solteira.

Atualmente é aceita e reconhecida todos os tipos de família, tanto a composta pelos pais e filhos, como a só por um dos pais e seus filhos, as pessoas que convivem juntos como marido e mulher não sendo casado no papel, ou seja, todos independente de qualquer coisa tem o direito de ter uma família.

1.4.6 Da proteção integral a criança, adolescente, jovem e idoso

O princípio em tela é de suma importância, pois, o estado assegura proteção integral aos idosos, adolescentes e jovens, devendo todos os cidadãos trata-los com respeito e dignidade e zelar por eles.

STOLZE (2014,P113) explica:

Isso significa que, em respeito à própria função social desempenhada pela família, todos os integrantes do núcleo familiar, especialmente os pais e mães, devem propiciar o acesso aos adequados meios de promoção moral, material e espiritual das crianças e dos adolescentes viventes em seu meio.

Atualmente, infelizmente existem muitas pessoas que maltratam os idosos e as crianças, por isso o Estado tem agido cada vez mais com mais rigidez quando se trata desse assunto, pois, tem ocorrido muitos casos de maus tratos até mesmo pelas babás e acompanhantes as quais deveriam proteger os mesmos e acabam maltratando.

1.4.7 Da afetividade

O princípio em tela é princípio básico da família, pois, é através dele que a família é formada, é o afeto, o sentimento, o amor que une todos os integrantes da família, é isso que faz com que eles decidam se unir e constituir uma família e com um ambiente propício para tal.

STOLZE (2014,P.107) afirma:

De fato, interpretar o Direito de Família, nesse panorama de observância do princípio da afetividade, significa, em especial — mais do que aplicar ao caso concreto uma interpretação simplesmente racional-discursiva compreender as partes envolvidas no cenário posto sob o crivo judicial, respeitando as diferenças e valorizando, acima de tudo, os laços de afeto que unem os seus membros.

Assim, para se constituir e manter uma família além do respeito e compreensão mútua é necessário que se tenha afeto entre todas as partes, pois, com afeto tudo se supera, inclusive as dificuldades e obstáculos.

1.5- Do poder familiar

O poder familiar é o poder que detém todos os membros da família, sendo que uns mais e outros menos, tais como, os pais e os avós possuem muito mais poder, por serem mais velhos e mais experientes tendo muito a ensinar aos jovens os quais lhes deve respeito e obediência.

1.5.1 Breve Esboço Histórico e a definição de poder familiar

Antigamente, nos séculos passados o poder familiar significava apenas o poder dos pais de ditar regras e impor condições aos filhos independentemente de ser melhor para eles ou não, não havia diálogo, os filhos não tinham nenhum direito de dar opinião ou de fazer uma escolha.

CARBONNIER (APUD.VENOSA.2011,p.310) dispõe

Jean Carbonnier recorda os termos do art. 371 do Código francês: o menor, de qualquer idade, deve honrar e respeitar seu pai e sua mãe. A mesma ideia está presente em nosso Código (art. 1.634, VII), quando se refere à possibilidade de os pais exigirem obediência e respeito dos filhos. O autor aponta que se trata de dispositivo do qual todos nós não gostamos muito enquanto jovens (1999:167). Visto sob o prisma do menor, o pátrio poder ou poder familiar encerra, sem dúvida, um conteúdo de honra e respeito, sem traduzir modernamente simples ou franca subordinação. Do ponto de vista dos pais, o poder familiar contém muito mais do que a simples regra moral trazida ao Direito: o poder paternal, termo que também se adapta a ambos os pais,

enfeixa um conjunto de deveres com relação aos filhos que muito se acentuam quando a doutrina conceitua o instituto como um pátrio dever. A denominação poder familiar do vigente Código também não se coaduna perfeitamente com sua extensão e compreensão.

Atualmente o poder familiar continua com os mesmos objetivos, contudo, o que mudou é a forma como ele é aplicado sem tanta ditadura e baseada em um diálogo entre pais e filhos, hoje em dia a opinião do jovem e adolescente também é levada em consideração desde que com limites.

Agora o que se visa é o bem estar da criança e do adolescente e não mais apenas as regras e os costumes, pois, os pais estão mais focados em fazer o que for melhor para os filhos.

1.5.2 Os sujeitos do poder familiar

Antigamente quem era considerado o principal sujeito detentor do poder familiar era o pai, ou seja, o homem a mulher só podia fazer e ensinar o que autorizado pelo pai.

Contudo, nos tempos de hoje tudo mudou, o poder familiar é exercido por ambos os pais, sendo os dois os principais sujeitos, podendo educar e criar os filhos em comum acordo da forma que for melhor para os filhos, tomando todas as decisões importantes em relação a criação dos mesmos.

VENOSA (2011,P.314) afirma:

A referência aos princípios da legislação civil é superfetação. Ambos os pais devem exercer o pátrio poder, em ambiente de compreensão e entendimento. O Poder Familiar conflito poderá ser, em última análise, definido pelo tribunal: imaginemos, por exemplo, a hipótese de os pais divergirem irremediavelmente acerca da modalidade de educação a ser dada ao menor, bem como da instituição escolhida para fazê-lo; sobre tratamento médico ou psicológico a ser seguido em caso de necessidade; sobre autorização de viagem ao exterior etc. Ademais, na conduta do patrimônio do menor podem surgir divergências acerca da melhor forma de administração dos bens.

Assim, ambos os pais detêm o poder familiar, independentemente de serem casados ou separados, pois, isso não muda em nada o poder familiar, não importando

quem esteja com guarda, pois, o que importa é que sempre serão um pai e uma mãe a quem os filhos deve obediência e respeito.

5.3 Dos deveres, da extinção e suspensão

Os pais tem o dever de educar os filhos, matriculando-os nas escolas e acompanhando o seu desenvolvimento educacional, tem também o dever de alimentá-los e ensinar aos mesmos o valor das pequenas coisas, ajudando a formar o caráter dos mesmos.

Os pais devem zelar também pela saúde dos filhos, cuidando deles e protegendo da forma que for possível.

Se os pais cometerem uma falta leve não perderá o poder familiar, pois, não seria justo tomar o poder familiar dos mesmos sem um motivo muito justo, contudo, se os mesmos cometerem uma falta leve poderá sofrer a suspensão do poder familiar ou outras medidas de acordo com a decisão de cada juiz.

Nader (2016,p.578) cita algumas hipóteses de suspensão do poder familiar.

As faltas de natureza leve praticadas pelos pais não induzem à perda do poder familiar, podendo provocar a suspensão de seu exercício ou a aplicação de medidas especiais pelo juiz. A destituição por qualquer motivo não seria racional ou justa, nem atenderia ao princípio da maior proteção. A Lei Civil não é precisa ao definir as hipóteses de suspensão; apenas indica genericamente as suas causas: abuso de autoridade, falta aos deveres e ato de arruinar os bens dos filhos. Tais faltas, como se disse, não levam necessariamente à suspensão do poder familiar, pois o juiz pode optar por práticas que se revelem eficazes à eliminação do mal ou que ponham um freio no prejuízo dos filhos.

Dessa forma, se os pais perderem o poder familiar será concedida através de decisão judicial a guarda provisória a alguém, se os filhos ficarem sem representantes até que se cesse essa suspensão, ocasião em que os pais voltaram a deter o poder familiar.

A extinção do poder familiar como é uma medida muito séria e pode provocar sérios danos, só deve ser usada como último recurso, ou seja, caso os pais cometam uma falta muito grave e prejudicial aos filhos.

Maria Berenice (2016,p.884) afirma o seguinte sobre a extinção do poder familiar:

A perda do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco .Porém destituído o genitor do poder familiar não dá para admitir que conserve o direito sucessório com relação ao filho. No entanto, o filho permanece com direito à herança do pai. Ainda que está distinção não esteja na lei, atende a elementar regra de conteúdo ético.

Assim, mesmo que a perda do poder familiar não gere a quebrado vínculo sanguíneo, provoca quebras irremediáveis como todo o tipo de influência que os pais possam ter sobre os filhos, principalmente a convivência.

2- . EFEITOS DA DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

Conforme o artigo 155 do estatuto da criança e do adolescente assim que for detectada alguma das hipóteses de destituição do poder familiar o Ministério Público ou quem tiver interesse legítimo deverá ajuizar o devido procedimento para a destituição do poder familiar.

2.1. Os efeitos da sentença que destitui o poder familiar e a permanência do vínculo de filiação entre filhos e pais destituídos

O assunto da destituição do poder familiar é um assunto muito sério e tem prioridade no procedimento, devendo ser concluído em até 120 dias após a instauração do referido procedimento.

Segundo o artigo 148 do ECAa competência para julgar esse procedimento se ocorrer alguma ameaça ou risco de ameaça aos direitos dos filhos é da vara da Infância e da Juventude e se não ocorrer esse risco a competência será da vara comum de família.

Antes de qualquer parecer ou decisão deverá ser feito um estudo social conforme ressalta o doutrinador Fonseca (2000,p.275):

A realização de estudo social por equipe interprofissional tem fundamental importância nas ações de destituição do poder familiar, pois possibilita que a decisão judicial seja baseada em estudo técnico, realizado com a oitiva dos pais e da criança, que como sujeito de direito, deve ter sua opinião considerada¹⁵⁶, respeitado sempre seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão

A ação de destituição do poder familiar deve passar por um rigoroso processo, com todas as garantias previstas na lei maior, ou sejana Constituição Federal, devendo ser analisado todos os requisitos, concedendo o direito aos pais ao contraditório e ampla defesa.

Após observado o devido procedimento específico para essa ação ser julgada procedente e os pais serem destituídos do poder familiar só deverá ocorrer se realmente for o melhor para o bem estar da criança, pois, isso só acontecerá com a única finalidade de proteger a criança e será através de decisão judicial.

Fonseca (2000,p.275) afirma:

A sentença de destituição do poder familiar tem cunho declaratório, constitutivo e condenatório. Isso porque declara a existência da hipótese legal de perda do poder familiar, constitui uma nova situação de vivência para a criança ou adolescente, conforme determinação judicial de acolhimento institucional ou, preferencialmente, em família substituta, e, ainda, condena os pais à perda do direito de ter seus filhos sob seu poder.

Assim, a sentença de destituição do poder familiar condena os pais da criança a perder o poder sobre a mesma e perder qualquer direito sobre ela cessando assim qualquer reponsabilidade deles pela criança.

Com a destituição do poder familiar por seus pais a criança deverá ir para uma instituição adequada para proporcionar a mesma tudo que ela irá precisar ou até mesmo pode ir para uma nova família que tenha a estrutura familiar necessária para a criação e desenvolvimento da criança.

O juiz que julgar a referida ação não é obrigado a decidir de acordo estritamente com o pedido da ação, podendo, decidir da maneira que for mais benéfica e vantajosa para a criança, sempre visando o seu bem estar, podendo, assim, decidir de maneira diversa do pedido.

A decisão de destituição do poder familiar é averbada na certidão de nascimento do filho para que surtam todos os efeitos e venha a ser de conhecimento de todos.

Essa averbação tem o objetivo de evitar que os pais destituídos tentem empregar de meios escusos e ilícitos se aproveitando da falta de divulgação para agir como se ainda detivesse esse poder perante terceiros que não tem acesso a essa informação devido ao sigilo concedido a referida ação.

Os Autores Viera Júnior e Melloto (2011,p.34)ressaltam:

Resta claro que a sentença que destitui o poder familiar não tem o condão de cancelar o registro de nascimento da criança ou do adolescente, mas apenas averbá-lo. Cancelar o registro de nascimento é torná-lo sem efeito jurídico. A única sentença que determina o cancelamento do registro original, bem como a confecção de um novo registro, estabelecendo novos vínculos de parentesco, é a de adoção, por disposição expressa do artigo 47, §2º do Estatuto da Criança e do Adolescente

Dessa forma percebe-se que a única sentença que pode provocar o cancelamento da primeira certidão de nascimento é a sentença que concede a adoção, assim, nem mesmo com a morte de quem adotou o vínculo com a família biológica será restaurado.

Importante se faz consignar que essa sentença de destituição jamais acabará com vínculo de parentesco, pois, os pais e mães serão sempre o pai e a mãe, eles perderão o poder familiar mais o título de pais permanecerá, uma vez que o registro de nascimento não será modificado, permanecendo ainda os deveres decorrentes do título de pais.

Vale ressaltar que existe outra hipótese em que os pais são destituídos do poder familiar, porém, o vínculo de parentesco permanece que é quando o filho completo 18 anos.

Contudo, não há nenhum dispositivo na legislação vigente que disponha que a sentença de destituição do poder familiar seja definitiva e que não possa ser revogada, dessa forma, entende-se que se não há nada que proíba é possível sim que terminado o motivo que ocasionou a destituição os pais retomaram novamente o poder por meio de ação específica denominada de ação revisional.

O autor Comel (2003,p.298) faz essa ressalva:

Em princípio a destituição do poder familiar tem caráter de definitividade. Contudo, este não pode ser interpretado de modo absoluto, pois a base do instituto do poder familiar é a proteção da criança e do adolescente¹⁶⁹ e, para alcançar esse fim, admite-se a relativização da coisa julgada da sentença que determina a perda do poder familiar.

Ademais, a única coisa que pode acarretar a extinção do poder familiar e acabar de vez com a possibilidade de restabelecer o poder familiar é com a morte ou dos pais ou dos filhos.

Outrossim, se os filhos ainda não tiverem uma nova família o melhor para eles vai ser voltar ao convívio dos pais biológicos que se comprovarem que estão em condições de criar os filhos de forma a promover o bem estar deles poderão retomar tudo de onde parou.

Algumas vezes os filhos ficam revoltados quando os pais perdem o poder familiar e empreendem fuga das instituições responsáveis pela sua custódia e ainda começam a se encontrar com os pais biológicos e fazerem de tudo para não irem morar com outra família.

O doutrinador Costa (2012,p.45):

Por outro lado, o artigo 472 do Código de Processo Civil dispõe que a sentença faz coisa julgada entre as partes, não prejudicando terceiros. Assim, a criança ou adolescente não pode ser prejudicada, mas apenas beneficiada pela coisa julgada material, sobretudo em se tratando de colocação em família substituta, que será medida excepcional e deferida apenas quando apresentar reais vantagens para o adotando, conforme previsão dos artigos 19 e 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Para restabelecer o poder familiar os pais não necessitam ajuizar uma nova ação, basta que eles comprovem nos mesmos autos em que foram destituídos que já sanaram os problemas que prejudicavam a boa criação e proteção dos filhos e que estão aptos para voltarem ao convívio dos filhos e criá-los da melhor forma possível.

Ressalta-se que o restabelecimento do poder familiar pelos pais não é comum e não é fácil de se conseguir, tendo em vista que os pais só são destituídos quando cometem uma falta muito grave e para voltar a deter esse poder tem que cumprir todos os requisitos da lei, devendo ainda passar pela fiscalização rigorosa do Ministério Público, o qual deverá dar um parecer favorável ou não, cabendo a decisão e julgamento final ao Juiz proferir.

2.2. A manutenção das obrigações patrimoniais decorrentes do vínculo de filiação entre filhos e pais destituídos do poder familiar

O fundamental resultado da destituição do poder familiar é o impedimento do genitor destituído de todos os seus poderes sobre o filho decorrente do poder familiar em favor do bem estar dos filhos, os quais foram expostos à alguma situação de risco.

Conforme o acima exposto a perda do poder familiar não acarreta na perda do vínculo de parentesco entre pais e filhos. A decisão que determina a destituição do

poder familiar não decide pelo cancelamento do registro dos filhos, dessa forma, será mantido o vínculo de parentesco entre os pais e os filhos, mesmo após a destituição.

Esse liame decorrente da filiação provoca obrigações dos pais de prestar alimentos aos filhos, vinculando também o direito sucessório, conforme será abordado a seguir.

2.2.1. Obrigação de prestar alimentos

O direito de se alimentar é um direito prioritário, decorrentes dos princípios fundamentais previstos na Constituição Federal para todos os seres humanos, possuem esse direito inclusive aquelas pessoas que por algum motivo não possam garantir e nem ir atrás do seu sustento, seja por sua idade, por motivo de doença ou pela falta de oportunidade no mercado de trabalho.

O direito de receber alimentos foi uma saída encontrada para diminuir a pobreza e o número de pessoas na rua pedindo esmola, foi uma maneira de suprir a carência das pessoas e tentar amenizar a fome, colaborando e lutando pela sobrevivência das pessoas hipossuficientes que estão em situação de miséria.

O doutrinador Yussef Said Cahali (2013,p.450) ressalta que:

a obrigação de prestar alimentos fundada no *jus sanguinis* repousa sobre o vínculo da solidariedade humana que une os membros do agrupamento familiar e sobre a comunidade de interesses, impondo aos que pertencem ao mesmo grupo o dever recíproco de socorro.

A prestação de alimentos, no ponto de vista jurídico, significa uma obrigação a ser cumprida por alguém e ordenada por um magistrado em decorrência de uma legislação, essa obrigação consiste em prover tudo o que for necessário, mediante ajuda com toda a frequência exigida, para suprir as necessidades básicas e essenciais de quem não tem capacidade de providenciar o seu próprio sustento.

A prestação de alimentos é uma maneira de prestar assistência a qualquer um que precise, sendo uma medida criada e imposta pela lei, para que a pessoa que receber essa assistência possa comprar e lhe proporcionar o mínimo para a garantia de sua subsistência, abrangendo o necessário para viver, não só alimentação, como vestuário, moradia, educação e remédio, se precisar.

Nesse diapasão, Vieira Júnior e Melotto (2011,p.44)ressaltam que:

O que se objetiva com a manutenção da obrigação de prestar alimentos é assegurar à criança ou adolescente o direito de ser

alimentado e de ver suas necessidades atendidas. Seria ilógico imputar tal responsabilidade a pais zelosos e permitir que genitores negligentes fossem isentados de tal dever. O que se busca, sobretudo, é a proteção dos direitos da criança ou adolescente, entendido como sujeito de direitos e deveres, mesmo que ainda em desenvolvimento, e por isso, merecedor de integral proteção.

A grande base para fundamentar o direito aos alimentos é na preocupação do estado de proteger a família e de conscientizar a sociedade de que a família é a sua base e exige uma certa dedicação e solidariedade, sendo por que por isso a lei reconheceu o direito recíproco de alimentos entre os companheiros, cônjuges, enfim entre os parentes, buscando essa proteção familiar.

Como já foi estudado no capítulo anterior um dos deveres que incube a quem detém o poder familiar é a obrigação de sustentar os filhos que tenham menos de dezoito anos, obrigação esta que surge em decorrência da condição de parte hipossuficiente da relação e perdura até que o filho complete a maioridade e possa lutar para conseguir seu próprio sustento, sem depender do pai ou da mãe.

Essa obrigação dos pais de alimentar os filhos até que os mesmos completem dezoito anos ocorre independentemente da situação econômica em que se encontre o filho, mesmo que o mesmo tenha recebido alguma herança ou outro tipo de dinheiro, não importa os pais são obrigados a prestar alimentos aos filhos até que eles completem a maioridade, mesmo que os filhos não necessitem do dinheiro, pois, é um direito pertencente a eles.

O autor Rolf Madaleno (2013,p.94) afirma:

Em se tratando de crianças e adolescentes, esse dever de solidariedade, que pode ser traduzido como um dever de socorro espiritual e de assistência material, é atribuído pelo artigo 227 da Constituição Federal, por primeiro à família, depois à sociedade e finalmente ao Estado, e assim sucede por ser a família o núcleo primeiro de proteção, não devendo a sociedade se esquivar dessa obrigação e tampouco o Estado.

Pouco importa as condições financeiras dos pais eles tem que buscar o sustento dos filhos e todo dinheiro que receberem mesmo que for pouco devem ser usados na criação e desenvolvimento dos filhos e em último caso se a situação financeira estiver muito difícil devem procurar as bolsas e auxílios fornecidos pelo Governo.

Se extinguir o poder familiar também será extinto a obrigação de sustento, contudo, o mesmo não ocorre com a suspensão e destituição do poder familiar.

A falta de cumprimento da obrigação de alimentar os filhos pelos pais são causas de suspensão ou perda do poder familiar, contudo, mesmo que os pais estejam suspensos ou tenham perdido esse poder continuaram a ter o dever de prestar alimentos aos filhos, pois, sempre serão os pais da criança, não sendo o vínculo de parentesco rompido.

No caso de destituição do poder familiar a única hipótese em que ocorre a extinção dessa obrigação de alimentar é quando o filho é adotado por uma outra família, ocasião em que ficará a cargo da nova família esse dever proporcionar os alimentos e tudo o que for necessário para a criação e desenvolvimento da criança.

O artigo 1.694 do Código Civil prevê essa obrigação para os pais destituídos: "Podem os parentes, oscônjuges 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.2002).

Essa obrigação de prestar alimentos não está restrita a quem detém o poder familiar, mas sim a todos aqueles que possuem algum vínculo de parentesco, podendo inclusive ser recíproco entre pais e filhos e outros ascendentes, como os avós.

Outrossim, o dever de sustento acaba quando o filho completa a maioridade, contudo, não há um tempo prefixado para requerer alimentos em decorrência do vínculo familiar, devendo segundo o código civil serem prestados com proporcionalidade, devendo ser levado em consideração a situação econômica da pessoa que vem prestar os alimentos e a necessidade da pessoa que vai receber.

Nessa obrigação de alimentos decorrente do vínculo familiar, diferente da obrigação de sustento deve ser levado em consideração a situação financeira de quem vai proporcionar os referidos alimentos sem deixar de lado as necessidades e a de sua família.

A necessidade de quem está requerendo a prestação de alimentos é considerado pela falta de condições da pessoa prover suas necessidades básicas, por não ter trabalho ou por ganhar insuficiente para poder suprir as mesmas.

No código de menores estava previsto taxativamente que a destituição do poder familiar não eximiria os pais da obrigação de alimentar e mesmo no atual Estatuto da Criança e do Adolescente isso não venha expressamente previsto para a doutrina e jurisprudência essa obrigação continua mantida, devido ao vínculo familiar que persistirá.

A autora Maria Paula Gouvêa Galhardo (2002,p.44) afirma:

A obrigação genérica do dever de reparar (artigo 927 do Código Civil) reforça a subsistência da obrigação alimentar do genitor destituído, uma vez que a destituição do poder familiar decorre da prática de um ato ilícito, sendo, analogicamente, a prestação alimentícia uma forma de reparar o dano causado

Se o vínculo familiar persiste é ilógico que o dever de prestar alimentos cesse, principalmente pela natureza da prestação de alimentos e pela teoria de proteção integral da criança e do adolescente, pois, assim não é justo que além dos pais não cumprirem suas funções do poder familiar ainda levem vantagem sendo poupados de prestar alimentos.

A obrigação de prestar alimentos após a destituição do poder familiar não pode ser confundida com uma punição, pois, a punição é a destituição, essa obrigação é só uma maneira dos pais contribuírem de alguma forma para a criança tenha uma vida digna, com uma boa educação saúde e tudo o que for necessário para o seu desenvolvimento físico e mental.

Todavia, a manutenção dessa obrigação dos pais não exime o Estado que passará a ser responsável pela manutenção das crianças de forma integral, devendo proporcionar a elas tudo para eles crescerem e se desenvolverem de forma saudável, a permanência dessa obrigação decorre do princípio da responsabilidade parental.

Os autores Vieira Júnior e Melloto (2011,p.43) explicam o princípio da responsabilidade parental:

Para o princípio da responsabilidade parental, previsto também nos artigos 227 da Constituição Federal e 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente, o papel da família é insubstituível, não podendo ser delegado ao Estado, ao qual incumbe assegurar aos pais a orientação e o apoio para que estes assumam suas responsabilidades perante seus filhos. O Estado e a família têm funções distintas na proteção das crianças e dos adolescentes, não excluindo a responsabilidade parental a do poder público, sendo ambas complementares para a efetiva proteção da criança e do adolescente. No entanto, segundo estabelecido nos artigos 2º e 3º da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, da Assembleia Geral da ONU, em 1989, a responsabilidade de assegurar o desenvolvimento da criança cabe prioritariamente aos pais.

Vale ressaltar que conforme o artigo 4º do ECA se a criança for para uma outra família por guarda ou tutela a obrigação de prestar alimentos será dividida entre os pais destituídos e os que detêm a guarda ou tutela, sendo muito mais vantajoso para a criança que após a destituição do poder dos pais as mesmas possam ser criadas por uma outra família do que ficar em um abrigo ou outro tipo de instituição controlada pelo estado e sob sua manutenção, sem poder desfrutar o amparo de uma família.

A competência para julgar a ação de alimentos é do juiz da comarca onde resida quem está pleiteando os alimentos, contudo, pode o mesmo optar por ajuizar a ação no lugar onde resida quem vai prestar os alimentos, devendo a referida ação ser ajuizada na vara de família se for caso comum ou na vara da infância e juventude se for o caso em que a criança ou adolescente estejam em situação de eminente risco.

2.2.2. Direito sucessório

A sucessão significa o aumento do ser humano, uma espécie de legado, pois, todas as pessoas um dia morrem, ninguém vive para sempre.

Essa sucessão provoca uma espécie de continuação da pessoa, incluindo de qualquer relação jurídica que tenha se finalizado pela morte da pessoa.

O direito sucessório significa um acessório natural à continuação e procriação do ser humano, e conseqüentemente da família. A continuidade e prolongamento da prole e da vida, através dos parentes que continuam vivos, implica na perpetuação da utilização dos benefícios imprescindíveis à essência e acréscimo dos agentes fazem parte da família.

A transferência do domínio através da descendência, é a forma de assegurar a permanência da família. O mesmo liame continuado que acopla as gêneses, compõe a conexão civil para explicar a transferência.

A genética é adequada da índole. Os descendentes vêm trazer o que aprenderam dos genitores, tais como, características físicas, psicológicas e biológicas, bem como o caráter, os princípios e o conceito de certo ou errado. Dessa forma, o direito sucessório adota pela expedição hereditária o que já havia chegado pela natureza.

O doutrinador Arnaldo Rizzardo (2011,p.11) afirma:

Neste ponto está o móvel fulcral determinante da transmissão sucessória,apesar das múltiplas teorias a respeito: a proteção aos membros familiares dos parentes do falecido, numa espiral que se inicia, em seu centro, no parente de sangue mais próximo. O sentimento encarnado, senão o instinto de preservar os parentes

próximos, de dar segurança futura, de garantir a vida material e, também, a própria perenidade, no recôndito das consciências, que se materializa na conquista ou aquisição de bens valiosos, sabendo que passarão a um grupo de pessoas ligadas por laços sanguíneos.

Outrossim, ao conceber os bens de família como maneira de avalizar a essência da família, com a transferência de aquisições particulares, especialmente aos filhos, nasce o condicionamento de contrair e causar propriedades, de sustentar o ritual da vida.

Outrora, asseverar o direito de transferir os patrimônios aos parentes mais chegados, onde se preza pela proteção da família e perpetuação dos descendentes, provoca uma incitação para trabalhar e pelo refinamento para que não acabe mesmo com o envelhecimento e morte.

Mesmo após a morte o direito assevera o acolhimento dos indivíduos para as pessoas que o de cujus tinha obrigações de assistir tanto financeiramente como fisicamente, através da organização de sucessores considerados necessários.

É bem grande a obrigação provocada pelo encargo familiar que enseja tanto em vida quanto após a morte pelos seus herdeiros, sendo o patrimônio da família bem irrenunciável, tendo em vista a proteção do futuro dos descendentes.

De outra forma, a sucessão também é fundamentada pela garantida jurídica de não admitir que o falecimento transfira os bens do de cujus em patrimônio sem proprietário. A legislação da sucessão conserva os bens de família hereditário dentro da instituição da família, concedendo propriedade ao patrimônio e da mesma forma, assegurando espécies para perpetuação da instituição da família.

Conclui-se, dessa maneira, que o objetivo de assegurar a abonação e a continuidade da família faz com que o direito sucessório cresça de uma maneira surpreendente, provocando o princípio da dignidade da pessoa humana, que está expressamente previsto na Constituição Federal.

O motivo da transferência de bens é o falecimento de uma pessoa. A morte acaba com a personalidade de qualquer um, deixando de lhe pertencer deveres e direitos e a propriedade de todos bens que o mesmo era titular. É com o falecimento da pessoa que se dá início a sucessão, transferindo aos verdadeiros herdeiros legais toda a herança que o mesmo tem direito.

O caráter jurídico da sucessão, induz que a transmissão dos bens ocorra automaticamente por causa da legislação expressa, sem precisar de uma amostra de qualquer tipo de vontade de uma das partes.

O sucessor recebe o patrimônio na hora que for aberta a sucessão, ou seja, com o falecimento do titular da herança, tendo o herdeiro o direito de renunciar a herança após a abertura da sucessão se essa for sua vontade.

De acordo com o artigo 1.786 do Código Civil a sucessão ocorrerá por lei ou pela previsão da última vontade do de cujus, por meio de sucessores autênticos ou sucessores através de testamento. Assim, a lei prevê as regras da sucessão baseada em duas características que são a familiar e o particular. Dessa forma, a característica familiar é determinado pelo nível de consanguinidade com o falecido e o expresso em lei, o particular é caracterizado pela vontade do falecido em deixar para quem tem tiver vontade de deixar.

Na sucessão autêntica, ressaltam-se os herdeiros considerados imperiosos por causa do grau de consanguinidade com o falecido titular da herança, esses parentes podem ser por afinidade ou por sangue e são assegurados a eles 50% de todos os bens que pertencia ao de cujus, conforme está expressamente previsto na lei.

O artigo 1.845 do Código Civil preceitua que são considerados herdeiros necessários para todos os efeitos os descendentes, cônjuge e ascendentes, tendo todos direito a 50% da herança, independente da vontade do falecido.

Vale ressaltar que como a destituição do poder familiar não provoca a quebra do vínculo de parentesco, o filho não perde o direito a herança do genitor destituído, sendo ainda considerado herdeiro necessário para todos os efeitos e tendo direito a 50% da herança do falecido.

Dessa feita, a criança de certa forma é compensada com a herança quando passa pelo trauma de ver o seu genitor ser destituído do poder familiar e ser obrigado a se afastar dele.

Importante se faz consignar que com fundamento no princípio da solidariedade familiar a sucessão é recíproca entre todos os parentes, assim como ocorre na pretensão de alimentos. Todavia, na ocorrência da destituição do poder familiar segundo o direito sucessório que está previsto em lei, apenas o filho terá direito a herança do genitor, porém, os genitores não terão o mesmo direito.

Maria Berenice Dias Ressalta (2013,p.41):

A extinção do poder familiar não rompe o vínculo de parentesco. Porém, destituído o genitor do poder familiar, não dá para

admitir que conserve o direito sucessório com relação ao filho. No entanto, o filho permanece com direito à herança do pai. Ainda que esta distinção não esteja na lei, atende a elementar regra de conteúdo ético. Somente quando a perda do poder familiar decorre da adoção rompe-se a cadeia sucessória. É que se constituiu novo vínculo de filiação entre adotante e adotado, apagando o parentesco anterior.

Todavia o texto do código civil é claro ao citar taxativamente as hipóteses de extinção da sucessão, sendo elas a indignação e deserdação. Assim, o direito sucessório expõe todos os herdeiros e os que devem ficar de fora dessa sucessão.

3. A ADOÇÃO E OS DESDOBRAMENTOS PATRIMONIAIS EM RELAÇÃO AOS PAIS BIOLÓGICOS

Quando ocorre a destituição do poder familiar a criança é obrigada a se retirar do seio da família e pode ser criada por algum parente próximo como o tio ou tia, avô ou avó, ou por alguma outra família que pode criar a criança por meio de adoção ou tutela, tendo o acompanhamento de uma assistente social que vai avaliar as condições financeiras e psicológicas da família e assim emitir um parecer para ver se a criança tem condições de criar a criança.

A medida de amparo da criança ou adolescente por uma organização do governo deve ser utilizada apenas em último caso, só se todas as outras não derem certo e deve ser por um período determinado, em virtude da importância do crescimento da criança no âmbito de uma família.

3.1. As espécies de filiação: Biológica e Socioafetiva

A filiação emana de ensejos biológicos, por meio da representação das pessoas, contudo, atualmente a definição de filiação vai muito além do vínculo sanguíneo, ultrapassando todos os métodos de antigamente, pois, agora se leva muito em consideração o vínculo afetivo.

O autor Paulo Lôbo(2004,p.48)entende:

A filiação é um conceito relacional estabelecido entre duas pessoas, uma considerada filha da outra, em decorrência de uma relação de parentesco. Assim, o estado de filiação é a qualificação jurídica atribuída a alguém, compreendendo direitos e deveres recíprocos entre o filho, titular do estado de filiação, e o pai e a mãe, titulares dos estados de paternidade e maternidade.

No passado, antes da promulgação da atual constituição federal de 1988, os filhos havidos fora do casamento em relacionamentos extraconjugais eram considerados bastardos, não podendo jamais serem reconhecidos como filho legítimo pelo genitor, assim, era como se esses filhos só tivessem mãe, não tendo nenhum direito ao afeto e nem a herança do pai.

Já com a promulgação da Constituição Federal de 1988 esse problema em tese chegou ao fim, pois, ela trouxe em seu artigo 227 § 6º igualdade de direitos para todos os filhos, independente de serem filhos havidos dentro ou fora do casamento, sendo proibido discriminar qualquer pessoa por sua origem ou filiação.

A atual Constituição Federal deixou de reconhecer apenas a família tradicional como instituição de família e passou a reconhecer como tal a união estável e a monoparental, sendo que a referida constituição passou também a admitir o divórcio e a inseminação artificial como um meio de ter um filho.

O artigo 227, § 6º, da Constituição Federal afirma: "Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".(BRASIL.1988.Online).

O autor Gustavo Tepedino (2014,p.392) ressalta:

A igualdade entre os filhos, muito mais do que simplesmente proclamar a isonomia no reconhecimento de direitos patrimoniais e sucessórios, "traduz nova tábua axiológica, com eficácia imediata para todo o ordenamento, cuja compreensão faz-se indispensável para a correta exegese da normativa aplicável às relações familiares.

Essa nova Constituição procura demonstrar que não é porque uma criança seja fruto de um caso extraconjugual não possa ser igual aos outros filhos, muito pelo contrário atualmente esse filho terá direito de ser tratado da mesma forma que os outros, tendo direito também aos bens materiais na mesma proporção que os outros filhos.

Essa igualdade entre todos efeitos provocou uma expansão no conceito de filiação, pois, atualmente filho não é somente os biológicos mas também os de consideração pelo vínculo do afeto, dessa feita, filiação torna-se o gênero e as espécies são filiação pelo meio biológico e pelo meio não biológico, se enquadrando nesse último caso a adoção e a inseminação artificial.

O doutrinador Cristiano Chaves (2016,p.543) explica:

É que a filiação pode decorrer da carga genética transmitida, mas, por igual, pode defluir, ainda, da relação convivencial (do carinho, dos conselhos, dos ensinamentos...estabelecida entre as pessoas. E, efetivamente, não é possível determinar qual desses vínculos se mostra mais forte, sempre dependendo das circunstâncias concretas.

A biológica está explícita no artigo 1.593 do código civil e entende-se como tal, a filiação decorrente do vínculo sanguíneo, podendo ser de ambos os pais no casamento tradicional ou só de um pai ou mãe na denominada família monoparental, devendo todas serem respeitadas do mesmo jeito.

A não biológica é a filiação por escolha, ou seja, a pessoa escolhe de quem vai ser pai ou mãe, por um grande carinho e afeto que tenha pela criança ou adolescente, essa filiação também tem a possibilidade de ter um ampara da legislação vigente.

O Autor Cristiano Chaves (2016,p.550) entende:

Estabelecida a filiação pela *posse do estado de filho* (e, por conseguinte, caracterizada a paternidade ou maternidade socioafetiva), não é possível a revogação ou retratação pela vontade de uma (ou mesmo de ambas) as partes. Ou seja, estabelecido o vínculo filiatório, todos os efeitos jurídicos decorrem automaticamente (herança, alimentos etc.), não sendo possível, posteriormente, pretender o restabelecimento do vínculo biológico.

Vale salientar de filiação não biológica é a adoção, pois, ela é regulada pelo código civil e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo a adoção considerada um vínculo de parentesco, desde que o pai ou mãe preencha os requisitos previstos em lei a adoção será concedida a um individualmente ou a ambos, só sendo isso possível se os pais provarem que tem uma estrutura para criar a criança e que vai ser melhor para ela ser adotada.

Outro exemplo de filiação não biológica é a inseminação artificial que para ser considerado fruto do relacionamento do casal é necessário ter o consentimento de ambas as partes, do marido e da mulher.

A filiação por afeto e carinho também é não biológica, sendo constituída pela própria vontade das partes de se tornarem pais e filhos e ocorre independentemente de haver convivência caseira e de ter algum vínculo de sangue.

Essa filiação por afeto deve ter os mesmos direitos de fato e de direito que os filhos decorrentes da filiação biológica.

Cristiano Chaves (2016,p.550) explica como deve ser provada a filiação:

Demais de tudo isso, é preciso conjugar a regra de que a filiação é provada pela certidão do cartório de Registro Civil (CC, art. 1.603) com o comando do art. 1.609, autorizando, também, o reconhecimento da filiação através de escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório (inciso II), por intermédio de testamento, ainda que incidentalmente manifestado (inciso III) e, finalmente, por meio de manifestação direta e expressa perante o juiz, ainda que o reconhecimento não haja sido o objeto único e principal do ato que o contém (inciso IV).

A filiação por afeto é configurada por três características básicas, qual seja, o tempo de relação de afeto sólido, a convivência e a cumplicidade, será tudo levado em consideração inclusive o modo como se tratam, se a criança recebe todas as regalias dos biológicos e se a sociedade como um todo veem a criança como filho daquela família e em tratamento igual com os demais.

A filiação afetiva não pode ser acabada, ou seja, uma vez existente ela deve perdurar até o falecimento dos envolvidos, prevalecendo o direito de herança do filho por afeto, na mesma proporção dos outros filhos.

O autor, Lôbo (2006,p.16) ressalta que: “Toda paternidade é necessariamente socioafetiva, podendo ter origem biológica ou não; ou seja, a paternidade socioafetiva é gênero do qual são espécies a paternidade biológica e a não-biológica”.

Tratam-se por retenção do condição de filiação os filhos de criação e a chamada adoção sem autorização. No caso citado no início existe a alternativa de criar uma criança somente pelo afeto e carinho sentido pela mesma, fazendo-a passar como filha perante a sociedade.

Já a adoção sem autorização se caracteriza quando uma pessoa registra como seu filho uma criança sabendo que a mesma não é, sabendo que a mesma é filho de outra pessoa, sendo isso considerado crime previsto no artigo 242 do Código Penal. Todavia no caso em tela existe uma exceção, que é quando esse registro é o melhor para a criança, pois, ela está bem protegida e cuidada e existe uma convivência familiar estruturada e estabilizada.

O Autor Nader (2016,p.415) afirma:

A doutrina distingue três critérios de aferição de paternidade: a *biológica*, a *jurídica* e a *socioafetiva*. Pelo primeiro critério, pai e mãe são os que fecundaram, com seus gametas, o embrião. Por ele, a paternidade decorre de consanguinidade; pelo segundo, define-se por presunções legais, como a *pater is est*, e, como observa Heloísa Helena Barbosa, correspondendo ou não à realidade. O critério socioafetivo dimana de uma situação fática, que nasce da educação, amparo, proteção, afetividade, aplicados na criação de uma pessoa e por quem não é pai ou mãe biológica.

Se a família por afeto está cuidando bem da criança e lhe proporcionando tudo que ela precisa para ser feliz e ter um futuro com dignidade não seria justo com a família e muito menos com a criança proibir que ela possa ser reconhecida como filho por essa família.

O avanço da genética e da tecnologia trouxe uma grande evolução para a filiação, ampliando as espécies de conceitos, trazendo diversos tipos de filiação aceitáveis pela doutrina e pela jurisprudência, visando sempre prioritariamente o bem estar da criança, deixando totalmente para trás o modelo de reconhecimento de filho apenas pelo casamento e aceitando as filiações biológicas e não biológicas, desde que respeitando o que preceitua a legislação.

Ressalta-se que os filhos biológicos também devem ser tratados com todo amor e carinho e não só os filhos considerados de afeto, os pais devem cuidar e proteger todos os seus filhos, nunca se esquecendo do mais importante que é o afeto.

O doutrinador Venosa (2011,p.235) ressalta:

A origem biológica presume o estado de filiação ainda não constituído, independentemente de comprovação da convivência familiar. Nesse sentido, a investigação da origem biológica exerce papel fundamental para atribuição da paternidade ou da maternidade e, a fortiori, do estado de filiação, quando ainda não constituído. Todavia, na hipótese de estado de filiação não-biológica já constituído na convivência familiar duradoura, comprovado no caso concreto, a origem biológica não prevalecerá. Ou seja, a origem biológica não se poderá contrapor ao estado de filiação já constituído por outras causas e consolidado na convivência familiar (Constituição, art. 227).

Quando os pais são pais biológicos essa filiação é presumida e não precisa de comprovação de convivência familiar e para se comprovar isso basta um exame conhecido como teste de DNA. Todavia entre a origem biológica e a por afeto que tiver convivência e estrutura familiar sólida em tese deve prevalecer a por afeto, ou seja, não é porque o pai é biológico que ele pode tirar o filho do pai por afeto.

Não se pode esquecer da filiação decorrente da família monoparental que é a formada por apenas um genitor e seus genitores, seja por circunstâncias da vida ou por vontade das partes.

Werner (2008,p.39) explica a família monoparental:

Portanto, considera-se família monoparental a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes. Essa comunidade pode ser formada tanto pela vontade de assumir a família individualmente, quanto por algumas circunstâncias que são alheias a vontade humana.

Desta feita, existem vários tipos de famílias e em decorrência destas vários tipos de filiações, tendo cada um a sua característica específica.

3.2. O direito à origem genética e o direito ao estado de filiação

Atualmente o novo modelo de família adotado juridicamente deixou para trás o modelo antigo de filiação biológica e começou a considerar o modelo da filiação por afeto, pois, o afeto é um elemento principal para se ter uma família basilar e estruturada, proporcionando assim uma criação descecente para a criança.

O afeto é o requisito fundamental para se configurar a filiação independente de ser biológica ou não.

As pessoas precisam ter conhecimento de sua origem, saber de onde veio e como foi seu passado é de suma importância para planejar o futuro e antigamente para alguém saber de onde veio, ou seja, sua filiação era necessário que ele fizesse exames, nas quais os resultados eram só probabilidades e tudo decorria de meras presunções sem ter um método banal para comprovar e atualmente com o avanço da genética e da tecnologia existe o exame de DNA o qual comprova 99% a filiação, ficando bem fácil para os filhos saberem sua origem.

Com aumento de processos onde os filhos que foram adotados almejam encontrar seus pais verdadeira Lei n. 12.010/2009 mudou a composição do artigo 48 do ECA, constituindo taxativamente o benefício à saber a identidade de seus genitores.

O Autor Venosa (2011,p.227) ressalta:

O Código Civil de 1916 não permitia, como regra, que se investigasse a paternidade contra homem casado. O critério foi progressivamente sendo atenuado em benefício da verdade biológica. A investigação de paternidade perante o pai casado com outra mulher torna-se possível, como também o reconhecimento de paternidade pelo pai biológico, nessas condições.

O Estatuto da Criança e do adolescente começou a prever o direito da criança de obter a sua origem para poder dar continuidade na sua história, bem como prevê vários tratados internacionais e a convenção de defesa dos direitos das crianças e adolescentes da ONU.

O autor Auler (2010,p.25) afirma:

O direito de conhecer a própria origem não deriva apenas de motivos de ordem eugênica, de diagnóstico e combate de doenças e anomalias genéticas, tampouco somente por motivos morais de prevenir relações incestuosas, mas, principalmente, por amor à própria verdade, pelo direito de saber de onde veio, quem foram seus genitores e em que contexto natural e histórico foram concebidos

O direito de saber a sua ascendência é a forma de assegurar a criança e ao adolescente todos os seus direitos, inclusive o de ter um passado, um presente e um futuro, sendo esse direito de fundamental importância e reconhecido nacional e internacionalmente, visando ainda proteger assegurar o direito a dignidade da pessoa humana que todos tem assegurados pela Constituição Federal.

O artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente prevê:

O adotado tem direito de conhecer sua origem biológica, bem como de obter acesso irrestrito ao processo no qual a medida foi aplicada e seus eventuais incidentes, após completar 18 (dezoito) anos.

Parágrafo único. O acesso ao processo de adoção poderá ser também deferido ao adotado menor de 18 (dezoito) anos, a seu pedido, assegurada orientação e assistência jurídica e psicológica (BRASIL.1990).

O direito de saber sobre sua ascendência além de ser para proteger a criança também é para asseverar a evolução do direito da personalidade, tudo isso visa principalmente a criança se autoconhecer e se aceitar.

Fica claro conforme o ECA que a pessoa que foi adotada só terá direito de saber quem são seus pais biológicos após completarem dezoito anos, bem como podem ter acesso ao processo de adoção.

No entanto se o filho for menor de dezoito anos é possível saber da sua origem através dos próprios pais adotivos e se o filho entrar com um processo judicial o juiz pode conceder esse direito mesmo que os pais adotivos não concordem, desde que a criança ou adolescente prove que tem capacidade para entender essa origem, devendo ser acompanhada de um psicólogo durante todo esse processo de conhecimento, o qual deverá atestar as condições psicológicas do mesmo.

O Autor Lobo (2004,p.521) ressalta:

A verdade biológica nem sempre é a verdade real da filiação. O direito deu um salto à frente do dado da natureza, construindo a filiação jurídica com outros elementos. A verdade real da filiação surge na dimensão cultural, social e afetiva, donde emerge o estado de filiação efetivamente constituído. Como vimos, tanto o estado de filiação ope legis quanto a posse de estado de filiação podem ter origem biológica ou não.

Ressalta-se que não é necessário que o filho comprove o motivo pelo qual quer saber sobre sua origem, pois, isso já é um direito assegurado pela legislação, o que ele tem que comprovar e que tem condições psicológicas para encarar essa realidade seja ela qual for.

Sabe-se que a adoção não pode ser revogada e por isso quando o filho conhecer seus pais biológicos não será possível os mesmos voltarem a ter vínculos de parentesco com os pais, pois, o que sempre vai existir independente de qualquer coisa é o vínculo de sangue e não o de parentesco.

Esse direito de conhecer sua origem é só a título de informação e conhecimento do filho não tendo nenhuma influência sobre a filiação

O doutrinador Lôbo(2004,p.54) entende:

O estado de filiação decorre da estabilidade e continuidade de laços afetivos construídos na convivência familiar da relação entre pais e filhos, podendo ou não fundar-se em vínculos biológicos. Constatada a posse de estado de filho, o vínculo de

parentalidade é estabelecido originando os direitos e deveres próprios do direito de família. Por sua vez, o direito à origem genética é garantido com fundamento no direito à personalidade.

A origem da ascendência basicamente só é importante quando a relação de filiação não tenha sido criada por meio do afeto, isso quer dizer, por meio de adoção ou de inseminação artificial.

A família não biológica que foi criada na afetividade não pode ser violada e nem revertida em favor dos pais biológicos, pois, o direito a origem nesse caso só tem a finalidade de conceder o direito da personalidade que todo ser humano merece ter, não podendo os filhos terem mais parentesco com os pais biológicos, nem o direito aos alimentos e o de sucessão, tendo os filhos acesso a esses direitos apenas em relação aos pais por afetividade.

O autor Lôbo (2004,p.54) ressalta:

o vínculo biológico é inadmissível que sirva de base para vindicar novo estado de filiação, contrariando o já existente. Como já afirmamos alhures, a evolução do Direito conduz à distinção, que já se impõe, entre pai e genitor ou procriador. Pai é o que cria. Genitor é o que gera. Esses conceitos estiveram reunidos enquanto houve primazia da função biológica da família. Ao ser humano concebido fora da comunhão familiar dos pais socioafetivos, e que já desfruta do estado de filiação, deve ser assegurado o conhecimento de sua origem genética, ou da própria ascendência, como direito geral da personalidade

Assim, conforme afirma a legislação vigente todos que tenham interesse tem direito de saber de onde veio e saber de seu passado, afinal, é sua história, mas isso não muda nada em relação aos direitos adquiridos pela filiação da família construída pela afetividade.

3.3. Consequências da adoção em relação à família biológica

A criança ou adolescente que os genitores tiverem perdido o poder familiar pode ser abrigada por uma nova família por meio de adoção, levando em consideração o que está tipificado no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Contudo, a adoção por uma família substituta só deve ser usada como última opção e quando não tiver outra solução para o bem estar da criança, devendo sempre buscar o que for melhor para a criança.

A adoção é uma maneira de filiação não biológica, decorrente do vínculo de parentesco no civil, sendo também uma espécie de filiação socioafetiva. Essa filiação, de liame lícito, é de modo eminente amparada nas conexões da afeição na opção livre e consciente de desempenhar a paternidade.

O Artigo 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe: *"A adoção atribui a condição de filho ao adotado, com os mesmos direitos e deveres, inclusive sucessórios, desligando-o de qualquer vínculo com pais e parentes, salvo os impedimentos matrimoniais."*

Essa filiação provoca além da relação de pai e filho entre adotante e adotado consequências particulares e patrimoniais que são causas dessa nova relação de consanguinidade, provocando direitos e ônus adequados da categoria de parentes, de pai e filho.

Importante se faz consignar que os filhos adotados tem os mesmos direitos e deveres dos filhos biológicos, uma vez que é terminantemente proibida qualquer tipo de discriminação entre os filhos.

O liame de filiação da adoção é estabelecido por decisão transitada em julgado, que decidirá pela mudança do registro de nascimento, fazendo constar como pais dos adotados, os adotantes e como avós os seus pais, cancelando assim o registro anterior.

Não é permitido que se faça qualquer menção da adoção na certidão, tendo em vista que com a adoção desaparece qualquer tipo de vínculo com os genitores biológicos e que não se pode fazer distinção entre os filhos adotados e os biológicos.

Gama (2003,p.593) afirma que "o rompimento dos vínculos permite a total integração da criança ou do adolescente à família adotiva, sem sofrer qualquer discriminação ou diminuição em seus direitos fundamentais, diante da proibição à referência da origem adotiva no registro de nascimento."

Rolf Madaleno (2013,p.670) entende:

O rompimento do vínculo jurídico resultante da adoção atinge os ascendentes do adotado e seus irmãos biológicos, mantendo-se o vínculo com eventuais descendentes que o adolescente adotado possa ter. Em substituição a esse vínculo, surgem os novos vínculos de parentesco que o adotado estabelece com o adotante, seus ascendentes e seus colaterais, os quais constituem a nova família da criança ou adolescente adotado

O fim do liame entre os pais biológicos e os filhos após os mesmos serem adotados possuem exceções, que são: os impedimentos matrimoniais que continuam

a existir em relação a família biológica e passa a existir em relação a família adotada. E quando o cônjuge adotado o filho do outro este se mantém com o vínculo de parentesco entre a mãe ou pai biológica.

A adoção estabelece a condição de filiação entre o adotado e o adotante para todos os ônus e direitos, ressalvam-se as mudanças nas implicações pessoais e materiais da inclusão de filiação.

Os genitores adotantes passaram a ser detentores do poder familiar até que os filhos completem a maioridade. O nome da família biológica deixará de fazer parte do adotado o qual passará a adotar somente o nome do adotante, contudo, para mudar o sobrenome do adotado se ele for maior de 12 anos de idade precisa de seu consentimento.

Em relação as causas materiais o liame de consanguinidade provocado pela adoção também provoca a garantia de receber verbas alimentares, sendo uma obrigação até a mesma completar a maioridade e devendo ser essa obrigação recíproca após a maioridade, devendo ser aplicado de com proporcionalidade de acordo com as condições financeiras de quem vai precisar e da necessidade de quem vai receber.

O direito sucessório que antes era previsto para as famílias biológicas passa a ser previsto para a nova família do adotado.

A filiação constituída pela adoção não pode ser revogada e o término do liame com a família biológica é definitivo não se restabelecendo nem com a morte do adotante, por esse motivo a morte do adotivo finaliza o direito sucessório dos genitores biológicos, sendo a família por afeto e pela adoção convocada pela resolução de vocação hereditária.

3.4. A possibilidade de manutenção do direito patrimonial dos filhos adotados em relação aos seus pais biológicos: crítica sob a óptica da multiparentalidade

Até o presente momento verifica-se o posicionamento jurídico das doutrinas sobre as divergências polêmicas entre a parentalidade biológica e socioafetiva. A família socioafetiva deve se sobrepôr sobre a família biológica, quando ambas não apresentarem iguais relações de vínculo sanguíneo

No caso do filho socioafetivo por adoção, a legislação protege o direito de conhecer sua origem biológica e de conhecer sua história. Todavia a relação de parentesco não voltará e nem os direitos e deveres dessa relação, pois, com a adoção acabou todos os vínculos entre o adotante e a família biológica.

Agora será abordado essa polêmica entre a filiação biológica e socioafetiva principalmente na adoção, tudo isso sob o prisma da multiparentalidade, recente construção doutrinária na área do direito de família.

De acordo com Flávio Tartuce (2013,p.56):

Há uma tríade básica de princípios do chamado direito civil constitucional, a qual deve basear a interpretação de todas as normas. O primeiro princípio é o da proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil (artigo 1º, III, da Constituição Federal), que procura a valorização da pessoa em detrimento do patrimônio. O segundo princípio visa à solidariedade social (artigos 3º, I, e 170 da Constituição Federal), para que a ordem econômica assegure a todos uma existência digna. Por fim, o terceiro princípio é o da igualdade substancial, previsto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal

O artigo 226 da Constituição Federal prevê: “A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.”

Percebe-se que a área de família é de extrema importância e por isso o rol de princípios que envolvem a família é apenas exemplificativo e não taxativo. Sua apreciação deve começar de uma ótica pluralista, buscando alcançar todos os modos de família existentes. Nesse diapasão, alguns doutrinadores começaram a se contrapor a prioridade da família socioafetiva sobre a biológica, protegendo a probabilidade de multiparentalidade.

Cassettari entende sobre multiparentalidade (2015,p.169):

Essa hipótese é viável em várias oportunidades, tais como nos casos em que for possível somar a parentalidade biológica e a socioafetiva, sem que uma exclua a outra. Por esse motivo acreditamos que a máxima ‘a parentalidade afetiva deve prevalecer sobre a biológica’, consagrada pela jurisprudência em casos de negatória de paternidade, deve ter aplicação ponderada, pois acreditamos que ambas as espécies podem coexistir, formando, assim, a multiparentalidade.

A multiparentalidade incide em adotar juridicamente alguma pessoa cuja filiação pertença a mais de um genitor ou genitora, ou dos dois, respectivamente. Esse caso não é raro pode ocorrer com frequência, pois, mesmo que os filhos tenham a filiação construída com os pais biológicos, também dividem essa filiação com os genitores socioafetivos.

Maurício Cavallazzi Póvoas (2012,p.79) entende:

o reconhecimento jurídico da coexistência de vínculos parentais afetivos e biológicos, além de um direito é uma obrigação constitucional, porquanto preserva os direitos fundamentais do filho, dos genitores biológicos e dos genitores socioafetivos, em especial o da dignidade da pessoa humana e da afetividade

O ser humano é diversificado ele admite tanto as filiações biológicas como as não biológicas e afetivas e desfrutam de todo modo de relacionamento inclusive os sanguíneos e consigo mesmo.

Deve ser cumprida a tridimensionalidade humana e não apenas a biológica ou afetiva, mas sim todos os tipos de famílias e relacionamentos, tudo isso deve ser levado em consideração como um todo, pois, tudo isso define o ser humano.

Welter (2012,p.15) entende que:

Deve ser desmistificada a ideia de que na família é conjugado somente o verbo amar, porque ela encobre o mundo do desafeto, da desunião, da guerra familiar, da desumanidade, do preconceito, da ofensa física e verbal, da ausência de solidariedade. [...] Quando o intérprete compreender que na família está automaticamente inserida a linguagem desafetiva, a partir daí estará em condições de compreender a linguagem familiar, do amor, do afeto, da harmonia, do diálogo, da hermenêutica, da igualdade, da paz entre os seus membros.

A briga e intriga familiar não provoca o rompimento do liame genético e biológico. Pelo oposto, leva a deparada da conversa constante e da concordância das divergências, não se eliminando a probabilidade de remissão e reaproximação nas afinidades humanas.

Fica claro que os parentes biológicos e socioafetivos se distinguem por duas características, sendo a biológica a origem e a socioafetiva o liame sanguíneo, existindo a possibilidade haver relação de parentes sem existir afeto.

Diversos Juízes, tendo plena consciência de que o direito não pode desconhecer as modificações ocorridas na sociedade começaram a permitir a multiparentalidade em ocorrências de adoção no Brasil e de família socioafetiva, que diversas vezes são formadas através das famílias reconstruída.

Nesse sentido é decisão pronunciada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Apelação Cível. Ação de investigação de paternidade. Presença da relação de socioafetividade. Determinação do pai biológico através do exame de DNA. Manutenção do registro com a declaração da paternidade biológica. Possibilidade. Teoria tridimensional. Mesmo havendo pai registral, o filho tem o direito constitucional de buscar sua filiação biológica (CF, §6º do art. 227), pelo princípio da dignidade da pessoa humana. O estado de filiação é a qualificação jurídica da relação de parentesco entre pai e filho que estabelece um complexo de direitos e deveres reciprocamente considerados. Constitui-se em decorrência da lei (artigos .593, 1.596 e 1.597 do Código Civil, e 227 da Constituição Federal), ou em razão da posse do estado de filho advinda da convivência familiar. Nem a paternidade socioafetiva e nem a paternidade biológica podemse sobrepôr uma à outra. Ambas as paternidades são iguais, não havendo prevalência de nenhuma delas porque fazem parte da condição humana tridimensional, que é genética, afetiva e ontológica. Apelo provido. (TJRS; Apelação Cível 70029363918; 8ª Câmara; Rel. Des. Claudir Fidélis Faccenda; j. 7.5.2009).

Nesse mesmo sentido tem a decisão do Superior Tribunal de Justiça:

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. 1. A tese segundo a qual a paternidade socioafetiva sempre prevalece sobre a biológica deve ser analisada com bastante ponderação, e depende sempre do exame do caso concreto. É que, em diversos precedentes desta Corte, a prevalência da paternidadesocioafetiva sobre a biológica foi proclamada em um contexto de ação negatória de paternidade ajuizada pelo pai registral (ou por terceiros), situação bem diversas da que ocorre quando o filho registral é quem busca sua paternidade biológica, sobretudo no cenário da chamada "adoção à brasileira". 2. De fato, é de prevalecer a paternidade socioafetiva sobre a biológica para garantir direitos aos filhos, na esteira do princípio do melhor interesse da prole, sem que, necessariamente, a assertiva seja verdadeira quando é

o filho que busca a paternidade biológica em detrimento da socioafetiva. No caso de ser o filho – o maior interessado na manutenção do vínculo civil resultante do liame socioafetivo – quem vindica estado contrário ao que consta no registro civil, socorre-lhe a existência de “erro ou falsidade” (art. 1.604 do CC/02) para os quais não contribuiu. Afastar a possibilidade de o filho pleitear o reconhecimento da paternidade biológica, no caso de “adoção à brasileira”, significa impor-lhe que se conforme com essa situação criada à sua revelia e à margem da lei. 3. A paternidade biológica gera, necessariamente, uma responsabilidade não evanescente e que não se desfaz com a prática ilícita da chamada “adoção à brasileira”, independentemente da nobreza dos desígnios que a motivaram. E, do mesmo modo, a filiação socioafetiva desenvolvida com os pais registrais não afasta os direitos da filha resultantes da filiação biológica, não podendo, no caso, haver equiparação entre a adoção regular e a chamada “adoção à brasileira”. (Resp 1167993/RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão; 4ª Turma do STJ, j. 18.12.2012 e DJe 15.3.2013).

Ponderando as deliberações que admitiram a multiparentalidade, percebe-se que essas se ajustaram, principalmente, em assegurar a dignidade à pessoa humana, princípio garantido pela Constituição Federal que deve se sobressair a incoerências criadas pelo direito.

Quando se trata de criança e de adolescente os juízes se importam prioritariamente pela garantia proteção de seus direitos, Nesse seguimento, em várias decisões foi isolada a prerrogativa de uma criança ou adolescente de se crescer com a ajuda de dois genitores presentes, carinhosos e que podem cuidar bem dos filhos em circunstância igual.

Não sendo permitida de forma alguma que a legislação se abstenha de tratar a realidade como ela realmente é, sendo reconhecida pela própria criança dessa forma, correndo risco de afetar de forma irreversível o psicológico das crianças.

No entanto não só de afeto precisa a criança, pois, a mesma também precisa de patrimônio de uma condição financeira estável.

A criança não pode ser prejudicada nem moralmente e nem patrimonialmente por ser fruto de um relacionamento extraconjugal, não podendo sofrer preconceito pelos outros filhos.

O fato de haver um genitor socioafetivo não pode prejudicar o direito econômico dos genitores biológicos, por ser de acordo com o princípio da igualdade e da dignidade da pessoa humana e principalmente do melhor interesse das crianças.

Diante dos resultados econômicos enfatizados pela decisão, vale ressaltar que a multiparentalidade provoca todos os resultados jurídicos provocados pela família.

Dias (2013,p.395).entende que:

Identificada a pluriparentalidade ou multiparentalidade, é necessário reconhecer a existência de múltiplos vínculos de filiação. Todos os pais devem assumir os encargos decorrentes do poder familiar, sendo que o filho desfruta de direitos com relação a todos.

De acordo Póvoas(2012,p.92) "o primeiro efeito do reconhecimento da multiparentalidade é o estabelecimento do vínculo de parentesco entre o filho e todos os parentes dos pais ou mães."

A possibilidade de assegurar todos os direitos das crianças em relação a todos os pais é com o múltiplo registro na certidão de nascimento, o direito de ter o nome dos genitores é fundamental para a criança, assim, nada proíbe que o nome dos filhos o nome de toda família e de todos os pais, bem como a prole pode escolher usar somente um dos nomes.

A garantia de convívio e guarda deve ser formada buscando sempre o melhor para a criança o seu bem estar, não podendo impedir que ela conviva com nenhum dos genitores. Agora com o instituto da guarda compartilhada os magistrados tem optado pela mesma assim de resguardar os direitos das crianças, sendo de responsabilidade de ambos os pais os direitos e deveres do poder familiar.

As garantias econômicas, de sucessão e de pensão alimentícia serão garantias asseguradas a todos os genitores do liame de parentesco, tendo cada pai e mãe um liame sucessório.

Importante se faz consignar que na súmula 149 do STF consta ser imprescritível o direito de lutar por ter a sua paternidade reconhecida. Nesse sentido sob a ótica da multiparentalidade também é imprescritível.

É permitido e admitido a consideração da filiação biológica e socioafetiva, conjuntamente, com todos os resultados jurídicos provocados pelo liame de parentesco, sem que uma tenha que se sobressair sobre a outra, utilizando-se a multiparentalidade.

3.5.. A multiparentalidade e a adoção

Observa-se que a adoção traz como consequência o fim para os meios legais dos laços com a família biológica, tudo isso visando a proteção da criança e do adolescente.

Auler (2010,p.27) afirma “muitos juristas a partir do final do século XX passaram a defender uma modalidade de adoção conhecida como “adoção aberta”, que não reconstruiria a identidade do adotado”.

Em contraponto, asseveraria para a família biológica a permissão para ela acompanhar a criação da criança e adolescente em conjunto com a família adotiva. Todavia a legislação não permite que isso aconteça e os tribunais só permitem o filho saiba sua origem e não essa convivência.

Percebe-se que esse vínculo com a família biológica permanece para os casos de matrimônios. Alguns tribunais tem mantido os laços socioafetivos das crianças com a família biológica ao invés de retirar os laços com as mesmas.

Nesse sentido entende o Superior Tribunal de Justiça:

Direito civil. Família. Investigação de paternidade. Pedido de alimentos. Assento de nascimento apenas com o nome da mãe biológica. Adoção efetivada unicamente por uma mulher. - O art. 27 do ECA qualifica o reconhecimento do estado de filiação como direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, o qual pode ser exercitado por qualquer pessoa, em face dos pais ou seus herdeiros, sem restrição. - Nesses termos, não se deve impedir uma pessoa, qualquer que seja sua história de vida, tenha sido adotada ou não, de ter reconhecido o seu estado de filiação, porque subjaz a necessidade psicológica do conhecimento da verdade biológica, que deve ser respeitada. - Na hipótese, ressalte-se que não há vínculo anterior, com o pai biológico, para ser rompido, simplesmente porque jamais existiu tal ligação, notadamente, em momento anterior à adoção, porquanto a investigante teve anotado no assento de nascimento apenas o nome da mãe biológica e foi, posteriormente, adotada unicamente por uma mulher, razão pela qual não constou do seu registro de nascimento o nome do pai. Recurso especial conhecido pela alínea "a" e provido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 813.604/ SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Diário da Justiça. Brasília.

Julgado em: 16.ago.2007. Disponível em:
<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=TA&sequencial=661759&num_registro=200600111787&data=20070917&formato=PDF>

No referido acórdão a ministra ressalta que se a adoção continua imutável, tendo em vista que a ação de reconhecimento de paternidade nunca almejou acabar com o liame da adoção.

Alguns tribunais ainda condenam os pais a prestação de alimentos e reconhecem a paternidade biológica mesmo a criança já estando adotada, conservando a história do adotante e respeitando tanto a família biológica como a adotada

Assim pode-se perceber que é possível reconhecer a multiparentalidade como um fator constante em cada caso concreto de adoção.

Assegurar a multiparentalidade à adoção, enquanto os tribunais começam a utilizá-la nos casos filiação por afeto fere o princípio da igualdade. Assim, relevar a incoerência de aproveitamento da multiparentalidade à adoção na presciência infraconstitucional de acabamentos de liames biológicos, constituem abreviar direitos por meio da procedência da filiação, ferindo o princípio da igualdade.

Nada impede que criança se entenda com a família biológica e queira seguir o convívio com ambas as famílias biológica e adotada, sendo plenamente possível que isso aconteça e importante para a sua história.

Welter(2009,p.24) afirma "a) na ação de adoção, será mais possível o rompimento dos vínculos genéticos?; b) é possível afastar-se a ação de destituição do poder familiar, mantendo-se apenas a ação de suspensão, enquanto perdurar a desafetividade dos pais contra o filho?"

Para o referido doutrinador, a inclusão das pessoas de modo tridimensional determina o prestígio em conjunto da família por adoção e biológica, com os direitos por elas ocasionados.

Welter(2009,p.22) entende:

O ser humano é um todo tridimensional e, ao mesmo tempo, uma parte genética, afetiva e ontológica, tendo à sua disposição todos os direitos e desejos desses três mundos, uma vez que a existência é uma formação contínua de eventos, pelo que, nas ações de investigações de paternidade/maternidade genética e afetiva, devem ser acrescidos todos os direitos daí decorrentes,

como alimentos, herança, poder/dever familiar, parentesco, guarda compartilhada, nome, visitas, paternidade/maternidade genética e afetiva e demais direitos existenciais. No decorrer da trajetória da vida, o ser humano vai adquirindo direitos, que vão moldando os seus modos de ser-no-mundo, encontrando-se em formação contínua da vida, motivo pelo qual nenhum desses episódios poderá ser renunciado, sob pena de renunciar à carga, à história, à experiência de vida, à evolução da civilização, à linguagem humana e à toda temporalidade, que não pode ser negada como se ela não tivesse ocorrido e nem conduzido o modo de ser-em-família, de ser-em-sociedade e de ser-no-mundo-tridimensional.

Contudo, enquanto a legislação não dispor da reestruturação da adoção para ter ligação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a tridimensionalidade, imperativo se torna o acréscimo da filiação biológica com todos os direitos que ela ocasiona, permitindo assim que sua origem fique intacta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o exposto, conclui-se que os efeitos patrimoniais da destituição do poder familiar seguido pela adoção caso ocorra o reconhecimento da multiparentalidade é a preservação de todos os direitos para os filhos, ou seja, o filho terá direito ao patrimônio do genitor biológico e do socioafetivo.

Estudou-se no primeiro capítulo que a destituição do poder familiar como é uma medida muito grave e pode provocar danos irreversíveis, apenas deve ser usado como último recurso, quando já se esgotou todas as outras vias passíveis e a única que sobrou é essa, ou seja, caso os pais cometam uma falta muito grave e muito prejudicial aos filhos.

O segundo capítulo demonstrou que a perda do poder familiar não acarreta na perda do vínculo de parentesco entre pais e filhos. A decisão que determina a destituição do poder familiar não decide pelo cancelamento do registro dos filhos, dessa forma, será mantido o vínculo de parentesco entre os pais e os filhos, mesmo após a destituição.

O terceiro capítulo possibilitou concluir que em relação as verbas alimentares essa permanecerá entre a família biológica e o filho e também com a família por adoção devendo ser essa obrigação recíproca após a maioridade, devendo ser aplicado de com proporcionalidade de acordo com as condições financeiras de quem vai precisar e da necessidade de quem vai receber.

Percebe-se que será assegurado o direito de herança dos filhos tanto dos pais biológicos como dos pais adotados, com o reconhecimento da multiparentabilidade todos os tipos de pais e famílias serão admitidos, tendo o filho direito a ambas heranças.

REFERÊNCIAS

AULER, Juliana de Alencar. **Adoção e direito à verdade sobre a própria origem. Jurisprudência Mineira**, Belo Horizonte, v.61. 2010.

BRASIL. Dispõe sobre a alienação parental e altera o art. 236 da Lei no 8.069, de 13 de julho de 1990. **Lei nº 12.318, de 26 de Agosto de 2010**. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 22 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** de 1988. Brasília, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2015.

CASSETTARI, Christiano. **Multiparentalidade e parentalidade socioafetiva: efeitos jurídicos**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

CAHALI, Yussef Said. **Dos alimentos**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

COMEL, Denise Damo. **Do poder familiar**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Epaminondas da. **Destituição/perda do poder familiar frustrada: restabelecimento jurídico do vínculo deontico da filiação biológica**. In: XXIV Congresso da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância e da Juventude, 2012, Natal. **Tese**. Disponível em: <<http://www.ammp.org.br/inst/artigo/Artigo-79.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2016.

DIAS. Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 4ª edição. Editora Revista dos Tribunais. Rio Grande do Sul. 2016.

FARIAS. Cristiano Chaves; RONSEVALD. Nelson. **Curso de Direito Civil 6**. Sétima edição. Editora. Atlas. São Paulo. 2015.

FONSECA, Antonio Cezar Lima da. A ação de destituição do pátrio poder. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 37, n. 146, abr/jun, 2000, p. 261-279, p. 265. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/597/r146-20.pdf?sequence=4>. Acesso em 13 de setembro de 2016.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais**: O Estabelecimento da Parentalidade-Filiação e os Efeitos jurídicos da Reprodução Assistida Heteróloga. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

GAGLIANO. Pablo Stolze; PLANPLONA FILHO. Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil 6**. 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo.2014.

GALHARDO, Maria Paula Gouvêa. **Da destituição do pátrio poder e dever alimentar**.**Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro, Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro v.52, jul. 2002

GONÇALVES.Carlos Roberto. **Direito Civil 3 Esquematizado**. Editora Saraiva. São Paulo.2014.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. **Direito ao Estado de Filiação e Direito à Origem Genética: uma distinção necessária**.**Revista Conselho da Justiça Federal**. Brasília, n. 27, p. 47-56, out/dez. 2004. Disponível em:

<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/633/813> Acesso em 15 de setembro de 2016.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito de Família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

NADER. Paulo. **Curso de Direito Civil.Direito de Família**. Volume 05. Sétima Edição. Editora GenForense. Rio de Janeiro.2016

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das Sucessões**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**: volume único. 3. ed. São Paulo: Método, 2013.

VENOSA. Silvio de Salvo.15ª edição. Editora Atlas. São Paulo.2012.

VIEIRA JÚNIOR, Enio Gentil; MELOTTO, Amanda Oliari. **Os pais destituídos do poder familiar e a obrigação de prestar alimentos: a manutenção da obrigação de prestar alimentos pelos pais destituídos do poder familiar**.**Revista da ESMESC**, Florianópolis: Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, v. 18, n. 24, 2011.

WERNER. Rafaela.Aspectos **Destacados na Família Monoparental no Direito Brasileiro**. Monografia apresentada para a Universidade do Vale do Itajaí- Univali. Itajaí.2008.

A GUARDA COMPARTILHADA DO ANIMAL DE ESTIMAÇÃO NA DISSOLUÇÃO DA SOCIEDADE CONJUGAL

BRUNA ARAUJO BETTI: Graduada em Marketing e estudante de Direito pelo Centro Universitário UNA.

ANA CLARA GONÇALVES HORDONES

(coautora)

MARCO ANTÔNIO DELMONDES KUMAIRA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho retrata a atual situação jurídica dos animais não humanos e a falta de legislação para nortear as disputas judiciais. Trabalharemos especificamente da guarda compartilhada dos animais de estimação em caso de dissolução conjugal dos tutores. As decisões judiciais vêm sendo tomadas a partir de construções doutrinárias e jurisprudenciais, já que o legislativo ainda não aprovou o projeto de lei que regulariza a guarda compartilhada do animal não humano. Vivemos em uma sociedade diversificada, onde existem famílias que optam por ter animais de estimação no lugar de filhos ou até mesmo animais de estimação como filhos. A troca de sentimentos e carinho é recíproca, já que são seres capazes de sentir dor, prazer e emoção, sendo portanto, considerados pela justiça brasileira, seres sencientes, o que é um grande avanço pois durante anos foram tidos como seres semoventes, ou seja, bens/coisas que se movem. Os animais também devem ter seus direitos tutelados, e o ser humano, dotado da fala e da capacidade de raciocínio deve respeitar e proteger aqueles que não têm voz. Dentro dessa lógica, eles também possuem o direito de ter a melhor opção considerando o seu bem-estar durante a dissolução conjugal dos seus tutores. Sobre essa nova realidade que o instituto da guarda compartilhada será analisado pelo presente trabalho.

Palavras-Chave: animais, dissolução conjugal, direitos dos animais, guarda compartilhada, animais não humanos.

ABSTRACT: The present work portrays the current legal situation of no human animals and the lack of legislation to guide judicial disputes. We will work specifically on the shared custody of pets in case of marital dissolution of the guardians. Judicial decisions have been made based on doctrinal and jurisprudential constructions, since the legislature has not yet approved the bill that regulates the shared custody of the non-human animal. We live in a diverse society, where there are families that choose to have pets instead of children or even pets as children. The exchange of feelings and affection is reciprocal, since they are beings capable of feeling pain, pleasure and emotion, being,

therefore, considered by the Brazilian justice, sentient beings, which is a great advance because for years they were considered as moving beings, that is, goods / things that move. Animals must also have their rights protected, and the human being, endowed with speech and reasoning ability, must respect and protect those who have no voice. Within this logic, they also have the right to have the best option considering their well-being during the marital dissolution of their guardians. On this new reality, the shared custody institute will be analyzed by the present work.

Keywords: animals, marital dissolution, animal rights, shared custody, non-human animals.

1 - Introdução

A guarda de animais de estimação em razão da dissolução da sociedade conjugal dos tutores é um assunto atual nos debates acadêmicos e jurisprudenciais no Brasil. Contudo, a sociedade brasileira ainda é relutante aos posicionamentos favoráveis à regularização da guarda compartilhada de animais não humanos.

Sabe-se que a relação entre humanos e animais é histórica, seja como ajudantes no processo laboral ou como animais de estimação, mas é importante ressaltar que o tratamento da sociedade contemporânea aos animais não humanos vem sofrendo alterações.

Entretanto, nota-se a obsolência do ordenamento jurídico pátrio nas questões relacionadas aos animais, o que leva a questão a ser debatida a partir de discussões doutrinárias e decisões por equidade.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 225 (BRASIL, 1988), trata do direito e dever de preservação do meio ambiente levando em consideração a importância da fauna e da flora para a sociedade, pontuando a sua defesa e preservação, como dever social e não somente do Poder Público. É importante salientar que o texto constitucional citado se refere à amplitude do meio ambiente, não tratando especificamente dos direitos dos animais não humanos.

Em avanço nessa longa caminhada de se reconhecer no âmbito legal a sentiência dos animais não humanos, marco importante há no Senado Federal, por meio do Projeto de Lei nº 27, de 2018, que acrescenta a sentiência do animal não humano quando trata de sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, tratada na lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998.

Se os animais são passíveis de sentimentos, prazeres, dor e emoção, assim como a espécie humana, por que não seriam dignos de direitos? pelo simples fato de não

possuírem a fala verbal? Ou por não, como o posicionamento contrário alega, raciocinar como os humanos?

No Brasil, apenas em 2018, os animais não humanos são reconhecidos como sencientes, como já mencionado. Anterior a isso, eram tidos como seres semoventes, ou seja, seres que se movem, encaixando no Código Civil brasileiro como coisa, bens móveis e propriedades passíveis de serem objetos de transação.

Assim, devido a esta antiga classificação, diante de uma separação litigiosa o animal não humano, era considerado junto à partilha de bens, quando na verdade, levando em consideração o seu reconhecimento de senciência, deveria ser analisado na esfera da guarda compartilhada.

Em uma dissolução de sociedade conjugal que envolve uma criança, o judiciário tem como foco o bem-estar da mesma, buscando minimizar os impactos decorrentes da mudança, com vistas a manter ao máximo a rotina e os cuidados. Por isso, a prioridade da escolha pelo instituto da guarda compartilhada, para que ambos os tutores tenham responsabilidade e convivência com o menor e este com os seus pais.

A ideia da guarda compartilhada de um menor deveria ser também utilizada para a dissolução de sociedade conjugal litigiosa em que se tenha um animal não-humano envolvido na disputa.

Tendo em vista que, atualmente, esses seres são tratados como membros da família, pode-se dizer que, em alguns casos, são considerados filhos. Logo, deveriam ter o direito de vivenciar este momento de separação dos donos, de forma menos impactante, com vista a manutenção de sua rotina e cuidados.

O Direito precisa acompanhar a sociedade, precisa se atualizar constantemente, acompanhando o crescimento e o desenvolvimento da sociedade para assim conseguir exercer o seu papel fundamental, a busca da justiça.

A temática escolhida para este trabalho, foi o resultado de um percurso acadêmico, e a falta de um amparo judicial a este tema, podendo mencionar também o gosto pessoal por parte das autoras. Como descreve Nobre 1999, se considera o envolvimento do pesquisador/analista como substancial na pesquisa, visto que este envolvimento refletirá em seu fazer. Assim, o entusiasmo do escritor é crucial para o trabalho desenvolvido (NOBRE, 1999).

Por meio de doutrinas, jurisprudências e trabalhos científicos já realizados, busca-se neste trabalho, apresentar a falta de um amparo jurídico aos animais não humanos e a importância do mesmo para a sociedade, que assim como já mencionado, vem se modificando constantemente.

Para tanto, num primeiro momento será analisada a família no ordenamento jurídico pátrio, bem como a sua dissolução. Adiante, será estudado o direito dos animais, para, ao final, tratar do ponto central do trabalho, que é a guarda dos animais não humanos em razão da dissolução da sociedade conjugal.

Vale ressaltar, que apesar do grande avanço do STF ao considerar os animais não humanos em seres sencientes, o assunto tratado ainda é um grande tabu, possuindo grandes demandas no Poder Judiciário, e sendo elas tomadas de forma discricionária, através de jurisprudências e doutrina. Falta à legislação acompanhar essa necessidade, preenchendo a lacuna que a mudança nas relações contemporânea entre animal não humano e homem criou, para que os litígios envolvendo animais sejam resolvidos de forma justa e segura para todas as partes envolvidas.

2 - A família brasileira e suas formas de constituição e dissolução no ordenamento pátrio

O Direito é uma ciência social que tem o dever de acompanhar a evolução da sociedade, que se modifica constantemente, existindo a obrigação de acompanhar este desenvolvimento para que a justiça seja aplicada de forma justa e de acordo com o atual momento da humanidade.

A celeridade das execuções das atividades instrumentais de vida diária na atualidade tornou-se um dos motivos pelo qual o homem passou a optar por adquirir animais de estimação e postergar ou negar a maternidade e paternidade.

Antigamente, o índice de famílias com mais de três filhos era o comum, atualmente as famílias têm em média dois filhos. E verifica-se um aumento exponencial de famílias que adquiriram animais domésticos, mostrando que têm optado em ter um número menor de filhos se comparado com o tempo de nossos avôs, e estão vivendo na companhia de animais que, muitas vezes, preenchem o espaço de carinho filial.

Como mencionado por Bianchin (2019), “paternidade” é a palavra utilizada por ele ao mencionar a criação de animais como forma de substituição dos filhos, justificando que os “pais” e “mães” de pets, em maioria adultos, optam por escolher animais para cuidar e mimá-los ao invés de um bebê humano.

Como já exposto, o Direito precisa acompanhar o desenvolvimento e as necessidades da sociedade, e o conceito de família vem se alterando.

Atualmente o conceito de família é mais complexo e amplo, não sendo apenas a união entre homens e mulheres em uma cerimônia civil e religiosa de casamento.

Verifica-se o aumento exponencial de modelos de família, além da família tida por tradicional, entre homem e mulher, sendo aqueles reconhecidos tanto no âmbito legal, como jurisprudencial, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal.

Sob esse prisma, MELLO (2017), cita em seu livro de Direito de Família, os modelos de família adotados no nosso país, sendo um deles o reconhecimento da união homoafetiva que se dá quando a família que é constituída por duas pessoas do mesmo sexo, família monoparental, quando apenas uma pessoa assume a responsabilidade familiar e anaparental que é o modelo de família constituída por convivência e afetividade, como duas primas morando juntas.

Há outros inúmeros modelos que já obtiveram o seu devido reconhecimento pela doutrina, mas que ainda não foram reconhecidas judicialmente, como por exemplo, a família multiespécie, que é constituída homem e animal de estimação. (SOUZA, 2020)

Rolf Madaleno faz a seguinte observação quanto ao tema:

Embora seja verdade que a Constituição Federal foi revolucionária ao expandir o conceito oficial de família e permitir o reconhecimento de outros modelos de relação familiar que não fossem obrigatoriamente ligados ao casamento, e diante dessa realidade estender à união estável e à família monoparental o mesmo braço protetor destinado ao matrimônio (CF, art. 226), não é possível desconsiderar a pluralidade familiar e de cujo extenso leque o Estatuto da Criança e do Adolescente, com a incorporação dessa filosofia pluralista, reuniu em texto escrito o reconhecimento oficial de diferentes modelos de núcleos familiares. (MADALENO, 2018, p. 44)

No presente trabalho, o foco será nas famílias multiespécies, ou seja, no modelo familiar constituído pelo afeto existente entre o ser humano e o animal de estimação.

Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE (2018), o Brasil ocupa o segundo lugar no ranking com o maior número de animais domésticos, perdendo apenas para os Estados Unidos, havendo um animal de estimação para cada três pessoas no território brasileiro.

Os dados acima mencionados reforçam o crescimento exponencial das relações entre homem e animal e em como elas se fazem presente no cenário atual, sendo portanto mais complexas, necessitando, assim, de uma legislação que regulamente tais relações, não estando a mercê somente de jurisprudências e doutrinas.

2.1 Divórcio e a partilha de bens

Em um passado não tão longínquo, quem casava permanecia com um vínculo jurídico pelo resto da vida, o casamento era indissolúvel, seja sob os olhos de Deus, seja pela lei.

Posteriormente, na perspectiva legal, o Código Civil de 1916, em seus artigos 315 a 328, previa que em razão de adultério, tentativa de morte, sevícia, injúria grave e abandono voluntário do lar conjugal, pelo período de dois anos contínuos, poderia ser requerido o desquite. O desquite interrompia com os deveres conjugais, permitia a partilha dos bens, terminava a sociedade conjugal e, por conseguinte, não mais haveria a convivência sob o mesmo teto. Entretanto, nenhuma das partes poderia contrair novo casamento cercado de proteção jurídica.

A partir da Emenda Constitucional nº 9, de 28 de junho de 1977, foi aprovada a Lei nº 6.515, de 26 de Dezembro de 1977 - Lei do Divórcio, que passou a permitir que as pessoas se casassem por mais uma vez. O desquite passou a ser chamado de separação e se tornou um estágio intermediário até a obtenção do divórcio.

O marco de extrema importância, se deu com o código civil de 2002, onde o mesmo ratifica em seu artigo 1.571 as formas de dissolução conjugal, não havendo mais o desquite como uma forma de estágio, tal como determinado pela lei 6.515/77:

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. (Código Civil, 2002)

Devido às novas formas de constituição familiar, os incisos do artigo 1.571 não são mais os únicos meios para a dissolução conjugal. Isto porque não é toda constituição familiar que necessita de um casamento formal.

Cite-se, como exemplo, a união estável, que se constitui tacitamente pela observância de relação duradoura e sólida.

A separação na sociedade moderna não é mais um tabu ou um processo burocrático, na atualidade pode-se também considerar separação as partes que não se relacionam mais de forma conjugal, chamada de separação de corpos ou separação-falência, como esclarece Alexandre Cortez Fernandes: "Outro aspecto era a separação-

falência, quando um dos cônjuges comprovasse a ruptura da vida em comum, há mais de um ano, com a impossibilidade de sua reconstituição”. (CORTEZ, 2015 p. 206)

A separação falência ou ruptura é cabível quando um dos cônjuges provar ruptura da vida em comum há mais de um ano e a impossibilidade de sua reconstituição (art. 1.572, § 1º, CC). Ou seja, a ruptura de um vínculo conjugal, também gera a separação, produzindo, portanto, todos os efeitos na área cível que o divórcio judicial produziria, como por exemplo, a partilha de bens.

A partilha de bens é o momento da separação conjugal onde os bens adquiridos pelos cônjuges no decorrer do vínculo matrimonial são repartidos de forma igualitária, de acordo com o regime padrão utilizado no país, e é nesse momento que se observa a falha do Poder Judiciário em relação à situação do animal de estimação, sendo este atualmente tratado pela legislação como coisa, bens móveis e propriedades passíveis de serem objetos de transação, apesar do reconhecimento de sua sciência.

Apesar do recente reconhecimento do Superior Tribunal Federal da sciência do animal não humano, estes ainda, como já mencionado, não são considerados seres de direito pelo ordenamento jurídico, restando para tanto o título de coisa, motivo pelo qual no momento da partilha de bens surgem lacunas no litígio conjugal referente a situação do animal de estimação, dessa forma são vários os tipos de posicionamento dos magistrados no caso concreto.

Seguindo a lógica da sciência, o animal de estimação tem carinho e apego pelo seu tutor, e no momento delicado de uma separação ele também é capaz de sentir a ruptura, não havendo porque o diferenciar de uma criança, que priorizam o recebimento de todo cuidado e atenção no momento do divórcio de seus pais, suprindo todas as suas necessidades e dando apoio psicológico. Assim também, deveria ser com o animal não humano, ele é um ser dependente dos cuidados do seu tutor, seria antropocentrismo colocar uma diferenciação entre essas duas espécies, e é por isso que pontua-se a necessidade de renovação no ordenamento jurídico, incluindo os animais como seres de direitos e capaz de fazer parte de um processo de guarda compartilhada.

3 - Direito dos animais no Brasil

A proteção aos animais no Brasil precisa de reforços.

A população está cada vez mais ciente de que a causa animal precisa de segurança jurídica e anseia por leis que acompanhem a nova realidade da sociedade e que definitivamente protejam os animais e garantam a sua liberdade e bem estar.

Ao longo da última década variados movimentos contra maus-tratos surgiram, incentivados por Ongs e amantes da natureza, mas precisamos de mais, precisamos de leis positivadas inseridas no nosso ordenamento pátrio.

Com as novas possibilidades de divulgação, gravações, compartilhamentos de casos que a internet e as redes sociais trouxeram, a população se tornou mais consciente sobre situações de maus tratos, abusos, utilização de animais para testes, para recreação desumana, fazendo com que indagações sobre os direitos dos animais na sociedade ganhassem força.

Afinal, por quê os animais não merecem o mesmo respeito e dignidade de vida que os seres humanos? O que nos torna mais importantes ao ponto de dispormos dos animais da forma que fizemos durante tanto tempo?

O artigo 225, § 1º, inciso VII da Constituição Federal de 1988, diz:

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

§ 1o – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade. (Brasil, 1988)

Apesar da Constituição Federal não definir que os animais sejam possuidores de direitos fundamentais, ela garante a sua proteção, tendo assim, tutela jurídica e mostrando que cada vez mais busca-se preservar os seres que vivem em nosso planeta e o equilíbrio ambiental.

A doutrina, ao tratar da tutela ambiental, sempre costuma apresentá-la de forma ampla, de acordo com ANTUNE:

“Após a entrada em vigência da Carta de 1988, não se pode mais pensar em tutela ambiental restrita a um único bem. Assim é porque o bem jurídico ambiente é complexo. O meio ambiente é

uma totalidade e só assim pode ser compreendido e estudado".
(ANTUNE apud PORTELA, 2013, p. 60)

Quando falamos sobre Direito dos animais desejamos que os mesmos, assim como nós, ou até mais, por não serem auto tuteláveis, sejam considerados e amparados pelo Direito na qualidade de sujeitos. Eles não podem autonomamente perseguir a efetivação dos seus direitos. Conforme complementa AGUIAR:

É importante frisar, que, ao se falar na efetivação dos direitos dos animais não significa deixar de lado o direito dos homens, mas é também, e porque não, a maneira de exercermos um de nossos direitos mais basilares que é o de fazer justiça. (Aguiar, 2018, p.25)

Outro ponto importante da afirmação da tutela jurídica sobre os animais e o meio ambiente, foi o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal através do voto do Ministro Celso de Mello em que ele afirma que é dever do Estado e da coletividade preservá-lo. Tal pronunciamento aconteceu durante ADI nº 3540 sobre a alteração no Código Florestal. (STF, 2005)

Para corroborar a análise do tema, importante citar o estudo sobre a consciência animal que foi apresentado em 7 de julho de 2012, em Cambridge, Reino Unido, conhecido como Declaração de Cambridge, escrito por Philip Low e editado por Jaak Panksepp, Diana Reiss, David Edelman, Bruno Van Swinderen, Philip Low e Christof Koch, que diz:

A ausência de um neocórtex não parece impedir que um organismo experimente estados afetivos. Evidências convergentes indicam que os animais não humanos têm os substratos neuroanatômicos, neuroquímicos e neurofisiológicos de estados de consciência juntamente com a capacidade de exibir comportamentos intencionais. Consequentemente, o peso das evidências indica que os humanos não são os únicos a possuir os substratos neurológicos que geram a consciência. Animais não humanos, incluindo todos os mamíferos e as aves, e muitas outras criaturas, incluindo polvos, também possuem esses substratos neurológicos.(CAMBRIDGE, 2012)

Desta forma, foi apresentado ao cenário internacional um novo patamar que demonstrou cientificamente a consciência dos animais. Importante destacar que a consciência é a capacidade dos seres de sentir sensações e sentimentos de forma consciente. Em outras palavras: é a capacidade de ter percepções conscientes do que lhe acontece e do que o rodeia (FRANCIONE, G.L., 2000).

Muito didaticamente, Maria Clara Sotto-Mayor e Ana Teresa Ribeiro, em *Comentário ao Código Civil*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014:

No direito comparado, os movimentos de defesa dos animais tiveram repercussões no estatuto dos animais nos códigos civis, o que levou a que deixassem de integrar a noção de coisa e tivessem passado a ser vistos como criaturas com sensibilidade, como sucedeu em 1988, na Austria, em 1990, na Alemanha, e em 2002, na Suíça. (...) (Mayor, 2014, p. 454)

Desta forma, surgiu um grande avanço no olhar sobre a importância da ética no tratamento dos animais, que se respalda cientificamente e encontra-se positivado através das legislações de todo o mundo, sendo necessária uma análise séria da proteção e necessidade de um novo olhar para os direitos dos animais.

Posição clara sobre a proteção aos animais também foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal em relação à “farra do boi” que acontecia no Estado de Santa Catarina (RE 153.531/SC).

O STF, em ADI 4.983, entendeu que esta prática submetia os animais à crueldade e, por isso, proibiu a festa. Apesar de alegado que a “farra do boi” seria de natureza cultural, garantida pela Constituição Federal em seu artigo 215, os ministros do STF entenderam que mesmo sendo uma prática comum e considerada cultural em Santa Catarina, havia ofensa ao artigo 225, inciso VII. (STF, 2016)

No mesmo sentido, o STF já declarou a inconstitucionalidade de normas estaduais que regulamentavam a chamada “briga de galo”, entendendo que essa prática violaria o dever estatal previsto no artigo 225, da Constituição Federal.

Na ADI 1.856, que questionou a exposição e competições entre aves como prática de crueldade contra a fauna. A briga de galos foi considerada prática criminosa tipificada na legislação ambiental, configurando conduta atentatória à Constituição da República, que veda a submissão de animais a atos de crueldade, cuja natureza perversa, à semelhança da “farra do boi”, não permite sejam eles qualificados como inocente manifestação cultural, de caráter meramente folclórico. (STF, 2011)

Seguindo a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, que em seu artigo 2º destaca que cada animal tem direito ao respeito, complementa AGUIAR:

O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar outros animais ou explorá-los, violando este direito. Ele tem o dever de colocar sua consciência a serviço de outros animais. Cada animal tem o direito à consideração e à

proteção do homem; e principalmente, o artigo 14 dispõe que as associações de proteção e de salvaguarda dos animais devem ter uma representação junto ao governo. Os direitos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos humanos. (AGUIAR, 2018, p. 09)

Em 29 de setembro de 2020 foi sancionada pelo Presidente da República, Jair Messias Bolsonaro, a Lei 14.064, aumentando da lei anterior as punições para crimes de maus-tratos contra os animais, quando se tratar de cão ou gato. Um avanço considerável, um passo a mais na luta travada pela dignidade dos mesmos.

Os animais estão cada vez mais sendo considerados “membros da família”, em especial os cães e os gatos pela capacidade de demonstrar afeto e fazer companhia, se tornando fortemente presentes no cotidiano das pessoas. Pesquisa realizada em 2013 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), mostrou que o número de cães nos lares brasileiros superou o de bebês humanos: de cada 100 famílias no país, 44 criam cachorros, enquanto 36 possuem crianças. E a previsão é que esse número continue a crescer; pontua-se ainda que em países como os Estados Unidos e Japão a realidade se repete.

Em razão da relevância que essa convivência passou a ter, do ponto de vista social, comportamental e para a saúde emocional de um número cada vez maior de pessoas, o Direito já evoluiu para a reflexão sobre as chamadas famílias multiespécies, como já dito outrora, formadas pelo ser humano e seus animais de estimação, sendo estes considerados como membros da família ou até mesmo como filhos.

Importante mencionar também as três principais correntes do direito dos animais, afinal, quando falamos em direitos para os animais não humanos, muitos pensam que é o fim, mas assim como em outras matérias do direito, temos a corrente mais radical, a mediana e uma mais leve, ficando a critério do judiciário qual a mais benéfica e justa para cada caso concreto.

A primeira corrente seria a corrente abolicionista, a mais radical de todas, que é totalmente contra qualquer tipo de exploração animal, o nome mesmo sugere, abolir qualquer ato de exploração ou propriedade animal, não dando lacuna para a reforma bem-estarista.

A segunda corrente, chamada bem estarismo, propõe o bem estar do animal não humano, o animal poderá ser explorado desde que seja observado o seu devido tratamento e que sejam supridos seus direitos básicos, como alimentação e o repouso.

Para isso necessita-se de uma regularização para que a exploração realizada pelo ser humano seja feita de forma correta e respeitando a dignidade da espécie animal.

A Declaração Universal dos Direitos Dos Animais cita em seu artigo 7º a forma de tratamento dos animais não humanos quando explorados para trabalho:

Artigo 7º: Cada animal que trabalha tem o direito a uma razoável limitação do tempo e intensidade do trabalho, e a uma alimentação adequada e ao repouso. (D.U.D.A, 1978)

O Brasil está entre os países que adotaram a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, conhecida como (D.U.D.A), que não se trata de uma regulamentação mas sim de preceitos éticos e filosóficos a respeito dos direitos dos animais.

Por fim, temos a corrente utilitarista, que prioriza o bem estar da maioria, referindo-se ao ser humano, e esta corrente diz que a exploração animal para ser considerada justa deve ter o benefício e o prazer em maior escala que a dor e o sofrimento causado.

Mencionadas de forma sucinta as três principais correntes do direito dos animais, vale ressaltar que o ser humano se encontra de forma estável e muitas vezes com receio ao se tratar de melhorias para o direito do animal, por achar que é o único detentor desses direitos, se tratando de um narcisismo jurídico inconcebível, quando deveríamos ser seres biocêntricos, estendendo os direitos para todas as espécies.

Sobre o tema, Caroline Amorim, em seu livro “Por uma releitura da responsabilidade civil em prol dos animais não humanos”, diz:

O modelo do paradigma atual é o biocentrismo, originado a partir da ética da vida, na qual todo ser vivo está incluído. A vida é considerada o bem maior, “dentro” da qual está o ser humano, não como espécime superior, mas como parte. (AMORIM, 2018, p. 89)

Este modelo como mencionado é originado pelo princípio da ética na vida, ou seja, um modelo de vida saudável, harmônico, do qual todas as espécies são incluídas, não havendo superioridade, mas sim auxílio aos que necessitam.

O ser humano tem o privilégio do raciocínio, podendo expressar o que sente de várias formas, sendo uma delas a fala, então por que não dar voz aos necessitados?

É preciso reconhecer essa lacuna jurídica e mais ainda a necessidade do preenchimento dela para a sociedade, é preciso empatia e inclusão, entendermos que o conceito de antropocentrismo não condiz com a sociedade atual, usando mais uma vez da referida fala da autora AMORIM:

O antropocentrismo exacerbado não mais condizia com a realidade, e, em função da constatação de que os recursos naturais não mais eram fontes inesgotáveis, o homem passou a se preocupar com o meio ambiente e tudo o mais que dele desprende. (Amorim, 2018, p.80)

Reconhecendo a necessidade de um meio ambiente equilibrado e os benefícios que nos traz, devemos mais do que depressa valorizá-lo, e o grande passo para isso seria a regulamentação no nosso ordenamento jurídico.

4 - A guarda compartilhada do animal de estimação sob a ótica do Poder Judiciário

A dissolução da sociedade conjugal é um momento delicado na vida das pessoas. Muitos sentimentos envolvidos, recomeços, dúvidas. O emocional fica abalado, existem incertezas devido à parte financeira que será dividida, ao novo lar que será construído, enfim, é um momento delicado e de muita insegurança.

Quando o casal possui filhos menores de idade existe a preocupação em protegê-los para que o impacto seja menor e suas vidas não se alterem mais do que o necessário.

Ex-casais costumam compartilhar a guarda dos filhos da maneira que melhor atender as crianças, dividindo as responsabilidades e custos referentes aos mesmos.

A lei brasileira é clara em priorizar o bem estar dos menores. Sendo que na guarda compartilhada ambos os genitores atuam conjuntamente nas decisões sobre a vida dos filhos e compartilham a rotina.

O ideal é que haja um equilíbrio de tempo e integração nas funções, tarefas e responsabilidades.

A redação atual do artigo 1.584, § 2º Código Civil (introduzido pela Lei 13.058/14) dispõe que a guarda compartilhada dos filhos é a regra há ser aplicada, mesmo em caso de dissenso entre o casal, somente não se aplicando na hipótese de inaptidão por um dos genitores ao exercício do poder familiar ou quando algum dos pais expressamente declarar o desinteresse em exercer a guarda.

Mas falando dos seres não humanos, os animais, não existe no ordenamento pátrio leis que os resguardem nessas situações.

Supondo que seus donos se separem, como ficará a guarda dos animais?

Nota-se a necessidade de regulamentar o destino desses seres, sendo respeitados os interesses de cada um dos cônjuges, dos eventuais filhos do casal e do bem-estar do animal.

Até existe um projeto de lei, a PL nº 1058, que trata especificamente da guarda dos animais em casos de separação conjugal, sugerindo ser aplicada a modalidade compartilhada quando essa for a melhor solução, mas infelizmente essa PL continua pendente de aprovação.

No referido projeto de lei, invoca-se a ideia de que deve ser observado quem melhor tem condições de criar o animal. A guarda até pode vir a ser unilateral, mas mantendo o direito de visita e fiscalização pela outra parte, ou realmente optar pela guarda compartilhada.

Nos casos de separação conjugal estamos diante de provável conflito de interesses, de uma lide com sentimentos exacerbados entre os envolvidos. Deve-se buscar que a dissolução conjugal promova as consequências mais tênues possíveis, mesmo que para isso seja necessário que se busque o Judiciário para auxiliar na resolução.

Muitos animais estão acostumados a dividir o lar com seus tutores, compartilhando suas rotinas e tendo a convivência e cuidados de ambos.

Ao se debruçar sobre os estudos do Direito de Família, o que aconteceria no caso de filhos humanos desse casal, quando se fala em guarda de menores? Sempre se preserva o que for melhor para a criança, visando provocar menos sofrimento e mudanças a ela, para depois, num segundo plano, pensar nos interesses dos pais.

De modo geral, observa-se quem possui as melhores condições econômicas e afetivas para criá-la, priorizando sempre que possível a guarda compartilhada, que assegura o direito fundamental da criança de conviver com ambos seus genitores, o que psicologicamente é melhor para a criança e também para os seus responsáveis legais. Nas palavras do psicanalista Sérgio Nick:

Guarda compartilhada seria a possibilidade dos filhos serem assistidos por ambos os pais. Nela, os pais têm efetiva e equivalente autoridade legal para tomar decisões importantes quanto ao bem-estar de seus filhos e frequentemente têm uma

paridade maior no cuidado dispensado a eles do que os pais com guarda única. (NICK, 1997, p. 135)

Na jurisprudência vem se formando entendimentos de acordo com o que determina o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, no sentido de aplicar o juízo de equidade, valendo-se nos casos de animais não humanos o uso da analogia aos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil, não especificamente para reconhecer ao animal personalidade jurídica ou status de titular de direitos, mas especificamente para suprir a omissão legislativa utilizando-se dos referidos preceitos legais, dando aos casos melhor solução, diante da ausência de norma específica no ordenamento nacional.

Nesse sentido, já decidiu a jurisprudência pátria, como se depreende do julgado abaixo, proferido no âmbito do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

APELAÇÃO - 0019757-79.2013.8.19.0208

Des(a). MARCELO LIMA BUHATEM - Julgamento: 27/01/2015 22ª.
CÂMARA CÍVEL

DIREITO CIVIL - RECONHECIMENTO/DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL – PARTILHA DE BENS DE SEMOVENTE - SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA PARCIAL QUE DETERMINA A POSSE DO CÃO DE ESTIMAÇÃO PARA A EX-CONVIVENTE MULHER. RECURSO QUE VERSA EXCLUSIVAMENTE SOBRE A POSSE DO ANIMAL - RÉU APELANTE QUE SUSTENTA SER O REAL PROPRIETÁRIO - CONJUNTO PROBATÓRIO QUE EVIDENCIA QUE OS CUIDADOS COM O CÃO FICAVAM A CARGO DA RECORRIDA DIREITO DO APELANTE/VARÃO EM TER O ANIMAL EM SUA COMPANHIA - ANIMAIS DE ESTIMAÇÃO CUJO DESTINO, CASO DISSOLVIDA SOCIEDADE CONJUGAL É TEMA QUE DESAFIA O OPERADOR DO DIREITO - SEMOVENTE QUE, POR SUA NATUREZA E FINALIDADE, NÃO PODE SER TRATADO COMO SIMPLES BEM, A SER HERMÉTICA E IRREFLETIDAMENTE PARTILHADO, ROMPENDO-SE ABRUPTAMENTE O CONVÍVIO ATÉ ENTÃO MANTIDO COM UM DOS INTEGRANTES DA FAMÍLIA CACHORRINHO "DULLY"QUE FORA PRESENTEADO PELO RECORRENTE À RECORRIDA, EM MOMENTO DE ESPECIAL DISSABOR ENFRENTADO PELOS CONVIVENTES, A SABER, ABORTO NATURAL SOFRIDO POR ESTA - VÍNCULOS EMOCIONAIS E AFETIVOS CONSTRUÍDOS EM TORNO DO ANIMAL, QUE DEVEM

SER, NA MEDIDA DO POSSÍVEL, MANTIDOS - SOLUÇÃO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE CONFERIR DIREITOS SUBJETIVOS AO ANIMAL, EXPRESSANDO-SE, POR OUTRO LADO, COMO MAIS UMA DAS VARIADAS E MULTIFÁRIAS MANIFESTAÇÕES DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, EM FAVOR DO RECORRENTE PARCIAL ACOLHIMENTO DA IRRESIGNAÇÃO PARA, A DESPEITO DA AUSÊNCIA DE PREVISÃO NORMATIVA REGENTE SOBRE O THEMA, MAS SOPESANDO TODOS OS VETORES ACIMA EVIDENCIADOS, AOS QUAIS SE SOMA O PRINCÍPIO QUE VEDA O NON LIQUET, PERMITIR AO RECORRENTE, CASO QUEIRA, TER CONSIGO A COMPANHIA DO CÃO DULLY, EXERCENDO A SUA POSSE PROVISÓRIA, FACULTANDO-LHE BUSCAR O CÃO EM FINS DE SEMANA ALTERNADOS, DAS 10:00 HS DE SÁBADO ÀS 17:00HS DO DOMINGO. SENTENÇA QUE SE MANTÉM 1. Cuida-se de apelação contra sentença que, em demanda de dissolução de união estável c/c partilha de bens, movida pela apelada em face do apelante, julgou parcialmente procedente o pedido para reconhecer e dissolver a união estável havida entre as partes e determinou, ainda, que a autora ficasse com a posse do cão de estimação da raça Cocker Spaniel. 2. Insurge-se o réu unicamente com relação à posse do animal de estimação, sustentando, em síntese, que o cachorro foi adquirido para si, ressaltando que sempre cuidou do cão, levando-o para passear e para consultas ao veterinário, destacando, ainda, que sempre arcou com os seus custos, inclusive com a vacinação. 3. De fato, da análise do conjunto probatório infere-se que a parte autora logrou comprovar que era a responsável pelos cuidados do cão Dully, 4. Contudo, não se pode ignorar o direito do apelante de, ao menos, ter o animal em sua companhia. Questão envolvendo animais de estimação cujo destino, caso dissolvida sociedade conjugal é tema que desafia o operador. 5. Semovente que, por sua natureza e finalidade, não pode ser tratado como simples bem, a ser hermética e irrefletidamente partilhado, rompendo-se abruptamente o convívio até então mantido com um dos integrantes da família. 6. Cachorrinho "Dully" que fora presenteado pelo recorrente à recorrida, em momento de especial e extremo dissabor enfrentado pelos conviventes, a saber, aborto natural sofrido por esta. Vínculos emocionais, afetivos construídos em torno do animal, que devem ser, na medida do possível, mantidos. 7. Solução que, se não tem o

condão de conferir direitos subjetivos ao animal, traduz, por outro lado, mais uma das variegadas e multifárias manifestações do princípio da dignidade da pessoa humana, em favor do recorrente. 8. Recurso desprovido, fixando-se, porém, a despeito da ausência de previsão normativa regente o tema, mas sopesando todos os vetores acima evidenciados, aos quais se soma o princípio que veda o *non liquet*, permitir ao recorrente, caso queira, ter consigo a companhia do cão Dully, exercendo a sua posse provisória, devendo tal direito ser exercido no seu interesse e em atenção às necessidades do animal, facultando-lhe buscar o cão em fins de semana alternados, às 10:00h de sábado, restituindo-lhe às 17:00hs do domingo. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO. (TJRJ – 2015)

Verifica-se no julgamento relatado, ocorrido no Estado do Rio de Janeiro, que o magistrado, em respeito ao princípio do *non liquet*, que seria não se omitir do dever de julgar, que mesmo não encontrando no ordenamento jurídico legislação específica para resolução da lide, optou-se em priorizar o bem estar do animal ao não privá-lo da convivência com nenhuma das partes com as quais já estava acostumado, como também pela dignidade da pessoa humana considerando que ambos os litigantes mantinham laços afetivos e vínculos emocionais com o animal de estimação, motivo este o da disputa.

Em situação parecida envolveu-se uma das escritoras do presente artigo e talvez até tenha sido a motivação para externar na escrita o acontecimento vivido e a surpresa em verificar a dificuldade que o Direito tem em acompanhar as mudanças da sociedade.

Ocorreu durante separação judicial, na qual o maior motivo da demora na resolução do conflito foi a dificuldade imposta pelo Judiciário em entender, ou apenas, aceitar a relação de afeto e tensão que a falta de proteção jurídica do Estado em relação aos animais de estimação do ex-casal causava.

Em ação de separação judicial de número 5081060-68.2018.8.13.0024, ajuizada em Belo Horizonte perante uma das Varas de Família da Capital, quando ambos os interessados já estavam em concordância sobre tópicos importantes a se discutir em momentos de separação, como a dissolução da mesma e a divisão dos bens, veio o óbice do poder judiciário não aceitando homologar o acordo definido pelas partes pois incluíram a forma que concordaram em manter a guarda de dois animais de estimação do ex casal.

Uma pausa pessoal pra dizer o quão importante esses animais foram na vida do casal. Gaia e Sarah são os nomes das espécies caninas da raça Labrador, que entraram

na vida do cônjuge virago em momentos de dificuldades devido a doenças, mudanças de cidades e perdas, e junto com isso a instauração de um quadro depressivo.

O amor aos animais e, especificamente nesse caso, considerando o momento conturbado de separação e retorno do cônjuge virago à sua cidade de origem, notou-se que a manutenção de alguma rotina com Gaia e Sarah ajudaria muito. E essa situação estava totalmente ligada a uma segurança em relação aos referidos animais, considerados como filhos pelo cônjuge virago.

Por sua vez, o cônjuge varão também não abriu mão da guarda dos animais, e considerando que o ex-casal passou a morar em cidades diferentes, chegou um momento que somente esse foi o gargalo para ambos oficializarem a dissolução da sociedade conjugal. E depois de muita conversa acalorada entre advogados e partes, se conseguiu chegar a um acordo e só faltava o judiciário homologá-lo, quando veio, em forma de descaso e protelação, a negação do magistrado em assinar e finalizar a lide.

Nesse íterim, as partes voltaram a se estranhar, desconfiar das intenções um do outro, da atuação dos advogados, retornando então a falar da divisão de bens e todo um trabalho delicado e doloroso dos envolvidos que já estava a ponto de finalizar quase foi perdido devido à mentalidade de um magistrado que não acompanha ou aceita a mudança da sociedade e não quer entender que as pessoas possam amar seus animais e querer tentar manter sua rotina da maneira mais próxima de como era.

Um processo que estava quase finalizado prorrogou-se por pelo menos mais 6 meses, com muitos altos e baixos, brigas e quase desistência do acordo.

No final, as partes evoluíram no acordo. Pela via judiciária? Não tudo. Para conseguirem separar, tiveram que excluir a cláusula referente aos animais do acordo judicial, pois senão estariam até hoje sem a homologação do mesmo. Então, as partes fizeram um acordo extrajudicial, assinado pelos advogados, regulando exclusivamente a forma como os animais compartilhariam da vida de cada um dos envolvidos e as respectivas obrigações com os mesmos.

O que afinal trouxe uma paz aos litigantes para seguirem suas vidas, sabendo que a convivência e a proteção dos seus amados animais estavam resguardadas.

Diante do caso relatado, há de se questionar se é papel da justiça dizer o que um acordo entre dois ex-parceiros deverá conter? Da forma como eles devem seguir suas vidas? Por acaso casais que têm dois filhos, alguém sugeriria para cada um seguir sua vida em cidades distintas e dividirem as crianças, cada um fica com um filho e termina por isso mesmo? E se fosse somente um filho na família, qual seria a sugestão?

Dividir a criança ao meio? Ou pode levar e ficar um tempo com o pai e depois um tempo com a mãe, mas sem a segurança jurídica de um acordo homologado que pudesse servir de apoio para caso uma das partes não devolvesse a criança na data acordada ou cumprisse suas obrigações com a mesma?

Enfim, questionamentos que talvez só façam sentido para quem estava envolvido emocionalmente na ação. Questionamentos que custaram ao casal quase 2 anos de um arrastamento judiciário, com vai e voltas de acordos e despachos, ajustes nos acordos e mais despachos, e um tempo perdido desnecessariamente.

Um tempo também perdido pelo Judiciário, que poderia aproveitar resolvendo outras lides ao invés de tentar moldar a sociedade ao que acha que cada um deve ser ou sentir.

O que revela imprescindível transformação de mentalidades em relação a direitos bem como à defesa dos animais, principalmente considerando a resistência dos magistrados e empatia em sair de suas zonas de conforto. Conforme brilhantemente concluiu AGUIAR:

Há evidentemente muito que se evoluir, cabe antes de tudo, a adoção de uma postura menos rígida, antes de qualquer mudança, deve-se estar minimamente aberto a ela, e o enrijecimento de nossos comportamentos e pré-conceitos daquilo que aprendemos a pensar, e da forma que escolhemos reproduzir não nos aprimora como ser. Após estarmos abertos a pelo menos ouvir outras opiniões, e nos depararmos com outras realidades de vida, realidades essas que podem ser até distantes das nossas, mas não inexistentes; estaremos finalmente aptos a refletir, usar os juízos de valor, criticar e construir. (AGUIAR, 2018, p. 77)

E fechando o pensamento, diz AGUIAR:

Nesse diapasão é irrefutável a premência da aprovação do referido projeto, uma vez que, em vigor, os magistrados estariam respaldados pela existência da lei e vinculados à sua aplicação. Evitar-se-ia aqui, o uso do juízo de discricionariedade desmedido, o descaso ou ausência de parâmetros para a solução de conflitos, e em maior grau, o ignorar, bem como o violar dos direitos que aqui devem ser efetivados, quais sejam: o de menor sofrimento, tratamento digno aos animais e aos seus tutores, e estes também, com seu direito de igualdade de condições assegurado através da viabilidade da guarda compartilhada (desde que seja

a melhor alternativa a ser adotada no caso em concreto).
(AGUIAR, 2018, p. 60)

Ressaltando ainda, como barreira que intensifica a questão, a forma equivocada como os sencientes são concebidos e protegidos pelo ordenamento brasileiro.

Afinal, depender da discricionariedade, na forma de pensar e costumes de cada magistrado e contar com a sorte é uma situação de insegurança inconcebível para os “atores” dos casos concretos e sua posição perante a necessidade de tutela da justiça.

Enfim, conclui-se necessária uma atualização do nosso ordenamento jurídico. Precisamos de novas leis que regulamentem o assunto. Já se mostrou realidade que a sociedade mudou, os costumes mudaram, as relações mudaram. O Direito precisa acompanhar essas mudanças para fazer jus à sua função de ordenar as relações na sociedade.

Que se aprove o Projeto de Lei nº 1058, referente à guarda compartilhada dos animais de estimação e não dependamos mais apenas do juízo de equidade, conforme a jurisprudência vem utilizando, valendo-se nos casos de animais não humanos o uso da analogia aos artigos 1.583 a 1.590 do Código Civil para suprir a omissão legislativa. E também surjam novos projetos de leis acompanhando as demandas que vão surgindo com o caminhar dos anos e que nosso ordenamento pátrio consiga acompanhar o desenvolvimento constante da sociedade.

Considerações finais

O ordenamento jurídico brasileiro precisa ser renovado, para que o Direito exerça o seu papel, a legislação precisa acompanhar as atualidades, a evolução e as diretrizes trazidas nos casos concretos e na vivência dos cidadãos.

Como o caso narrado por uma das escritoras, o magistrado não pode impor suas crenças pessoais e se tornar problema na resolução de litígios, principalmente se tratando de um acordo já ajustado entre as partes.

O papel do magistrado é de nortear, facilitar e solucionar conflito, e não dificultar e atrasar mais ainda uma ação.

O quanto isso seria cansativo e desgastante, ainda mais se tratando de divórcio, que na maior parte das vezes é um momento tão sensível para todos.

Os animais, principalmente os considerados de estimação, sendo os mais comuns, cães e gatos, fazem parte da vida e cotidianos familiares, seja por uma simples

escolha ou para auxílio, como por exemplo, a adoção para companhia, aprendizado e desenvolvimento de uma criança.

São registros de vivência, de companhia, de parcerismo existente entre o não humano e o seu tutor. São momentos e sentimentos que não podem ser mudados ou medidos por um terceiro mediador.

Diante de todo o exposto mencionado por este artigo, não há outra conclusão senão a necessidade do preenchimento dessa lacuna no ordenamento, o resguardo jurídico que se precisa e a atenção a uma mudança na sociedade dentro de uma situação que tem se tornado recorrente, e como consequência chegando ao poder judiciário.

Não se pode viver a incerteza e possibilidades de decisões contrárias dentro de uma mesma situação. Não se pode viver apenas à mercê do poder discricionário do julgador.

O poder judiciário precisa se atualizar; precisa cumprir a sua função e trazer a segurança que a sociedade tanto necessita. Utopia? Talvez, mas o caminho é esse, observar as mudanças e anseios da sociedade e mesmo que seja passo a passo ir fazendo as necessárias adaptações para melhorar nosso cenário.

6 – Referências

A natureza e a personalidade jurídica. **Conjur**, São Paulo, 06 set. 2020, disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-set-06/natureza-personalidade-juridica>> Acesso em: 27 set. 2020;

A trajetória do divórcio no Brasil: A consolidação do Estado Democrático de Direito, **Jusbrasil**, São Paulo, abril 2010, disponível em <<https://ibdfam.jusbrasil.com.br/noticias/2273698/a-trajetoria-do-divorcio-no-brasil-a-consolidacao-do-estado-democratico-de-direito>>. acesso 15 fev 2021.

AGUIAR, J.L.L. **Direito dos animais sob os aspectos da guarda compartilhada e dano moral em caso de lesão do animal**. 1º Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 60-77, 2018.

AGUIAR, J.L.L. **Direito dos animais sob os aspectos da guarda compartilhada e dano moral em caso de lesão do animal**. 1º Edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, p. 09, 2018.

AMORIM. Caroline. **Por uma releitura da responsabilidade civil em prol dos animais não humanos**. 1º edição. Belo Horizonte, editora Lumen Juris, p. 80-89, 2018.

BIANCHIN, Victor, "Peternidade" só cresce, e mercado dos filhos peludos não conhece recessão, **UOL**, São Paulo, 11 nov 2019, disponível em <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2019/10/11/a-revolucao-dos-pais-dos-bichos-economia-vai-mal-menos-para-os-pets.htm>. acesso 09 Abr 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o **Código Civil**. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, ano 139, n. 8, p. 1-74, 11 jan. 2002. PL 634/1975;

Brasil poderá ter marco regulatório dos animais de estimação, Exame, **São Paulo**, 20 jan 2020, disponível em [https://exame.com/brasil/brasil-podera-ter-marco-regulatorio-dos-animais-de-estimacao/#:~:text=Os%20n%C3%BAmeros%20de%202018%20indicam,seus%20lare s%2C%20segundo%20o%20IBGE](https://exame.com/brasil/brasil-podera-ter-marco-regulatorio-dos-animais-de-estimacao/#:~:text=Os%20n%C3%BAmeros%20de%202018%20indicam,seus%20lare s%2C%20segundo%20o%20IBGE.). 18 Jan 2021;

BRASIL. **Tribunal Regional de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. Apelação nº 0019757-79.2013.8.19.0208. Des(a). Marcelo Lima Buhatem. DJ:27/01/2015. Disponível em:

<<http://www4.tjrj.jus.br/EJURIS/ProcessarConsJuris.aspx?PageSeq=0&Version=1.1.11.0>> Acesso em: 17 Fev 2021;

CORTEZ FERNANDES, Alexandre. Direito Civil, **Direito de família**. 1ª edição. Caxias do Sul - RS. Editora Educ, p.205, 2015.

Declaração de Cambridge, **Instituto Humanista Unisinos**, Rio Grande do Sul, disponível em: <<http://ihu.unisinos.br/noticias/511936-declaracao-de-cambridge-sobre-a-consciencia-em-animais-humanos-e-nao-humanos>>. Acesso em 16 nov. 2020.

"Declaração Universal dos Direitos dos Animais" – **Unesco** – ONU (Bruxelas – Bélgica, 27 de janeiro de 1978), disponível em <http://www.urca.br/ceua/arquivos/Os%20direitos%20dos%20animais%20UNESCO.pdf>. Acesso em 08 Abr 2021;

Formas de família no Brasil e seus aspectos legais e culturais, **Monografias Brasil Escola**, São Paulo, sem data, disponível em <https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/formas-familia-no-brasil-seus-aspectos-legais-culturais.htm>. 18 Jan 2021;

MADALENO, ROLF. **Direito de família**. 8ª edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, p. 44, 2018;

MADI, Raquel, Proteção aos animais, **cachorro gato**, sem data, disponível em <https://www.cachorrogato.com.br/cachorros/protecao-aos-animais/>. Acesso em 26 Nov 2020;

MELLO, Cleyson de Moraes. **Direito Civil Família**. 1º edição. Rio de Janeiro, p. 107; Editora Freitas Barros, 2017;

NICK, Sérgio Eduardo. Guarda compartilhada: um novo enfoque no cuidado aos filhos de pais separados ou divorciados. In: BARRETO, Vicente (org). A nova família: problemas e perspectivas. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p. 135;

NOBRE, Letícia. Sobre o ato de pesquisar em psicanálise: algumas considerações. **Ágora: Estudos em teoria psicanalítica**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 2. P. 37, juldez.1999

PORTO, Adriana, A verdadeira natureza jurídica da Declaração Universal dos Direitos dos Animais e sua força como carta de princípios, São Paulo, 01 out 2017, disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-ambiental/a-verdadeira-natureza-juridica-da-declaracao-universal-dos-direitos-dos-animais-e-sua-forca-como-carta-de-principios>. Acesso em 08 Abr 2021;

Projeto de lei senado nº 542, de 2018, **Senado**, Brasília, 26 fev. 2019, disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/135006> Acesso em: 16 Nov 2020;

SOTTO-MAYOR, Maria Clara. RIBEIRO, Ana Teresa. Comentário ao Código Civil, sob coordenação de Luís Carvalho Fernandes e José Brandão Proença. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2014. p. 454-455;

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, (TJRJ), APELAÇÃO CÍVEL Nº 0019757-79.2013.8.19.0208, Relator Des. MARCELO LIMA BUHATEM - 22ª. CÂMARA CÍVEL. Julgamento: 27/01/2015.

A LEI MARIA DA PENHA E AS MEDIDAS PROTETIVAS

YASMIN CORREA PALMEIRA:
Bacharelada do curso de Direito
pela Universidade Luterana do
Brasil- ULBRA - Manaus AM.

RESUMO: A presente pesquisa busca evidenciar os aspectos concernentes a violência contra a mulher, com enfoque as medidas protetivas de urgência, que são conferidas a mesma pela Lei Maria da Penha, em casos de agressão e violência doméstica. Contudo, por diversos motivos, tem-se que as medidas protetivas de urgência podem não ser eficazes para o combate a violência contra a mulher, sendo valioso ressaltar que, por vezes, uma agressão não coibida ou combatida corretamente acaba resultando no óbito da vítima, o que é também denominado como feminicídio pela doutrina. Visa-se evidenciar que a ineficácia das medidas protetivas de urgência podem ser causadoras do feminicídio, pois em muitos casos, o óbito da vítima poderia ter sido prevenido se a medida protetiva de urgência pudesse ter sido aplicado ou se tivesse eficácia. Para isso, utilizou-se a apresentação dos preceitos quanto a violência contra a mulher em sua forma como violência de gênero e reflexo da cultura patriarcal, bem como os preceitos do feminicídio e apresentação de dados estatísticos e judiciais quanto a existência da premissa.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas de Urgência. Violência de gênero. Violência contra a mulher.

ABSTRACT: The present research seeks to highlight aspects related to violence against women, focusing on urgent protective measures, which are conferred the same by the Maria da Penha Law, in cases of aggression and domestic violence. However, for a number of reasons, urgent protective measures may not be effective in combating violence against women, and it is valuable to emphasize that sometimes an aggression that is not curbed or fought correctly results in the death of the victim, which is also termed femicide by doctrine. It is evidenced that the ineffectiveness of emergency protective measures can be the cause of femicide, since in many cases, the death of the victim could have been prevented if the emergency protective measure could have been applied or if it had effectiveness. For that, the presentation of the precepts regarding violence against women in its form as violence of gender and reflex of the patriarchal culture, as well as the precepts of femicide and presentation of statistical and judicial data regarding the existence of the premise.

KEYWORDS: Maria da Penha Law. Emergency Protectiv Measures. Gender Violence. Violence against women.

Sumário: 1 Introdução, 2 A Violência Contra A Mulher: Lei Maria Da Penha, 2.1 A Violência Doméstica Como Resultado Da Violência De Gênero, 2.1.1 Histórico E Conceito Da Lei Maria Da Penha, 2.1.2 Finalidades E Objetivos Da Lei, 2.2 Medidas Protetivas De Urgência, 2.3 A Ineficácia Das Medidas Protetivas De Urgência. 2.3.1 Estatísticas Dos Crimes De Feminicídio, 3 Considerações Finais, Referencias.

1 INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um processo amplo de opressão, sendo impossível determinar o período da história em que se iniciaram os abusos físicos e psicológicos no âmbito familiar, somente afirmar que a violência de gênero não data da época atual, mas desde os primórdios. Com o desenvolvimento da sociedade e a emancipação da mulher, que passa a trabalhar fora da esfera familiar, essa dependência diminuiu, entretanto, a violência não, em função da cultura patriarcal quanto a dominância do homem sobre a mulher.

Após anos sofrendo caladas, diversas manifestações e, inúmeras lutas por uma justiça eficaz, as mulheres conquistaram uma Lei, de nº11.340/2006. Essa lei tem como função oferecer amparo contra a violência de gênero, que por muito tempo permaneceu escondida dentro dos lares. Contudo, esta Lei, conhecida como Maria da Penha, gerou algumas controvérsias e, após 12 anos de existência, vem trazendo modificações e ampliando seu campo de abrangência como, por exemplo, à aplicação de seu dispositivo não só as mulheres como aos homens.

Como hipótese principal, parte-se do pressuposto que a distinção entre princípios e regras é uma ferramenta bastante eficaz para consolidar possíveis controvérsias a cerca desses aspectos, bem como para estruturar o entendimento da teoria dos princípios e a máxima da proporcionalidade. As regras são normas impositivas, já possuem estipulação legal, já os princípios norteiam o direito, indicam uma direção a seguir, solucionam seus conflitos por meio da ponderação de interesses em cada situação em concreto.

A escolha do tema se deu em razão de ser a Lei nº 11.340/2006 um acontecimento social relevante — tendo em vista a necessidade de amparo às mulheres vítimas de violência doméstica e familiar. Violência esta que representa, além dos aspectos políticos, culturais e jurídicos, um problema de saúde pública, haja vista a crescente constatação de que a violência doméstica está associada a traumas físicos e mentais. Contudo, aborda-se em específico as Medidas Protetivas de Urgência, estas configuradas como instrumentos de proteção e coibição a violência contra a mulher, porém, por vezes resultantes em ineficazes, tendo em vista os diversos casos de feminicídios ocasionados em momento posterior a ausência ou até mesmo liberação das Medidas Protetivas de Urgência.

O percurso metodológico é a junção de um conjunto de etapas e processos a serem realizados, de forma ordenada e sistemática, na investigação científica, representando o passo a passo que consiste desde a assistência da realização da pergunta problema até a obtenção dos resultados da pesquisa e quais os caminhos percorridos para obtenção de tal ato (REIS, 2010).

Já Lakatos e Marconi (2007, p. 86) afirmam que o método da indução representa um processo mental, ao qual por meio da partilha de dados particulares, com a devida constatação, pode-se inferir a respeito da verdade geral ou universal, abrangente a mais do que as partes examinadas. O objetivo central desse método é da investigação mais ampla do que as premissas que deram base a mesma.

Ainda em consonância com o método do raciocínio indutivo, a generalização de conceitos que são abordados, tem sua origem por observações de casos concretos. As constatações particulares dos pesquisadores originam da elaboração do aspecto geral. Com isso, a pesquisa possui sua base no método de abordagem indutiva, ao que concerne a demonstração de caráter geral com abordagem da problemática apresentada em momento anterior (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 28).

De acordo com Gerhardt e Silveira (2009, p. 33), a pesquisa qualitativa tem preocupação com aspectos da realidade que não podem ser quantificados, com foco na compreensão e explicação da dinâmica das relações sociais. Segundo os autores, essa modalidade tem como escopo o universo de significados, motivos, aspirações, valores, entre outros, o que compreende um aspecto não tangível da pesquisa. Algumas das características dessa modalidade de pesquisa consistem na objetivação do fenômeno, hierarquização das ações de descrever, compreender, explicar, precisão das relações entre o global e o local em determinado fenômeno, observância das diferenças entre o mundo social e o mundo natural, entre outros métodos.

Ao que concerne quanto a tipologia da pesquisa, tem-se a evidenciação quanto ao método exploratório, com a finalidade de proporcionar a maior familiaridade do problema evidenciado, para que se possa ter maior facilidade na construção de hipóteses. A natureza quanto ao objetivo da pesquisa é exploratório, pelo fato da sua busca por fatores que, por meio do procedimento metodológico, levam a evidenciação das hipóteses de pesquisa (GIL, 2010).

Para o levantamento de dados, consoante preconiza Fonseca, se dá por meio da pesquisa bibliográfica, ao qual:

A pesquisa bibliográfica é feita a partir do levantamento de referências teóricas já analisadas, e publicadas por meios escritos e eletrônicos, como livros, artigos científicos, páginas de web

sites. Qualquer trabalho científico inicia-se com uma pesquisa bibliográfica, que permite ao pesquisador conhecer o que já se estudou sobre o assunto. Existem porém pesquisas científicas que se baseiam unicamente na pesquisa bibliográfica, procurando referências teóricas publicadas com o objetivo de recolher informações ou conhecimentos prévios sobre o problema a respeito do qual se procura a resposta (FONSECA, 2002, p. 32).

Porquanto, busca-se pela análise sobre a teoria por meio de livros, artigos científicos, periódicos, teses e documentos produzidos pelo meio acadêmico para sintetização do pensamento de autores que visaram o entendimento acerca dos elementos motivadores da pesquisa.

2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: LEI MARIA DA PENHA

Atualmente, a denominada violência contra a mulher vem sendo comumente chamada de “violência de gênero”, buscando um caráter social e biológico mais abrangente. A violência de gênero, em decorrência da fragilidade e inferioridade do sexo feminino diante do masculino, tem servido quase como um sinônimo de violência contra a mulher, visto que os atos violentos em função de gênero têm se caracterizado por uma maior incidência de casos que tenham mulheres como vítimas. Portanto, percebe-se que a violência de gênero é um fator hegemonicamente de dominação masculina e de subjugação feminina. Assim, a violência de gênero é quase um sinônimo de violência contra a mulher e está caracterizada pela incidência de atos violentos em função do gênero feminino. Logo, a violência contra a mulher é um aspecto que resulta na anulação da sua autonomia, onde é concebida como “vítima” (CARVALHO, 2017, p. 2).

2.1 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA COMO RESULTADO DA VIOLÊNCIA DE GÊNERO

Para um melhor entendimento acerca do que representa a violência doméstica como resultado de uma cultura patriarcal e violência de gênero, é necessário que se apresente o conceito do que é gênero. O conceito de gênero, em relação ao âmbito jurídico está relacionado ao princípio da igualdade, presente no artigo 5º, *caput* da Constituição Federal de 1988, que diz: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza [...]” (BRASIL, 1988).

Em primeiro momento, é preciso destacar um ideal contemporâneo acerca da ideologia. A noção de ideologia tem uma relação direta quanto a uma oposição a algo que seria a verdade científica, em função da dificuldade histórica de se produzir um fato tido como científico e verídico. Teria um ideal secundário em relação ao objeto de análise, devendo sempre ser utilizada com precauções (FOUCAULT, 1979, p. 11).

Com isso, o gênero em termos de conceito é constituído como fator relevante para que a mulher ganhasse mais notoriedade no âmbito sociocultural para que a partir da ideologia do que representa o gênero fosse constituído a transformação social necessária. É necessário até em dias atuais que se discuta o papel do conceito de gênero na luta pela igualdade que deveria ser realidade para muitas mulheres. Com isso, é do entendimento de Manfrao:

[...] O conceito de gênero permitiu o deslocamento da questão feminino do espaço tradicionalmente estabelecido como privado para o espaço público, fazendo com que determinados problemas antes vistos como particulares passassem a receber especial atenção das instituições públicas, no que Andrade denominou 'politização do espaço doméstico'. Um exemplo é a violência conjugal, que emergiu do âmbito familiar para tornar-se objeto da agenda governamental, no tocante à elaboração de políticas públicas que oferecessem respostas à demanda feminina por mecanismos que coibissem tal forma de violência. Tal deslocamento permitiu que as mulheres passassem a se enxergar como sujeito de direitos, atuando no polo ativo das relações judiciais e demandando do Estado a resolução de conflitos. (MANFRAO, 2019, p. 6).

Conforme entendimento supracitado, é visto que problemas antes presentes no âmbito familiar, se tornariam objetos de interesse de pauta governamental para que respostas da problemática a respeito da violência conjugal fossem objetos das políticas públicas. Contudo, para que existam políticas públicas que procurem coibir a violência sofrida pela mulher, antes é necessário que seja visualizada a conduta da sociedade em punir as vítimas colocando nas mesmas a culpabilidade pelo ato que sofreram.

Foucault (1979) aborda um pensamento interessante sobre a mudança necessária dos discursos presente na ciência. Cita a medicina que, até o final do século XVIII existiam lentas transformações. Aborda ainda o contexto de que, as mudanças proporcionadas servem de forma mais profunda quanto a uma nova abordagem e modo de falar e de ver um conjunto de situações. Cita ainda que "viva a descontinuidade, estamos nela e nela ficamos", o que corrobora o entendimento de que a descontinuidade, ou seja, a constante evolução deve ser abraçada, porquanto, deve-se mudar, evoluir, não deixar que preceitos arcaicos ditem toda uma sociedade por diversos anos a fio, como a cultura do patriarcado ainda exerce seu poder na sociedade.

A objetificação e atribuição da culpabilidade da mulher faz parte de comportamentos dentro do que é chamado sistema patriarcal. Esse sistema tem por

origem a dominação masculina, sendo possível percebê-la nos contextos históricos desde os primórdios e ainda na atual sociedade, existem adeptos abertos e sutis ao sistema do patriarcado. Com pensamento de mesma natureza, Nye postula que:

O modo de Beauvoir ver as mulheres sempre como escravas e os homens sempre como senhores foi herdado por várias gerações de feministas inglesas e norte-americanas. Foi cunhado um nome para denotar a dominação universal das mulheres pelos homens—patriarcado. A amplidão dos temas tratados em *O segundo sexo* preparou o caminho para alegações feministas radicais de que: o patriarcado é a constante universal em todos os sistemas políticos e econômicos; que o sexismo data dos inícios da história; que a sociedade é um repertório de manobras nas quais os sujeitos masculinos firmam o poder sobre objetos femininos. Violações, pornografia, prostituição, casamento, heterossexualidade — tudo isso são imposições do poder masculino sobre as mulheres. A aquiescência das mulheres é uma indisposição de má fé de enfrentar sua própria falta de poder. (NYE, 1995, p. 119).

Nye (1995) destaca de forma precisa o modo como a mulher é vista em sociedade não como um ser e sim como uma coisa, uma posse do sexo masculino que, se questiona, enfrenta um arsenal de argumentos dotados de pouca fundamentação. É destacado como o patriarcado está presente em vários eixos da sociedade, desde o mais alto até o mais baixo. O patriarcado, conforme destacado por Nye foi e ainda é uma “constante universal em todos os sistemas políticos e econômicos”, revelando que, se existe uma constância acerca da hierarquização e dita superioridade masculina, esse mesmo fator revela a divergência entre os direitos garantidos as pessoas em razão de seu gênero. Essa diferença, não em termos de direitos igualitários, mas em específico de tratamento da sociedade para com o indivíduo fomenta o processo de preconceito e discriminação, fatos geradores de violência de diversas formas e intensidades.

O poder exercido pela cultura do patriarcado e a consideração da mulher como objeto é permeado pela consideração de que o poder não tem sua estruturação e continuidade simplesmente pela negativa de ação, mas é aceito porque produz coisas, induz a algum tipo de prazer, alguma forma de saber, produz um discurso que encanta e se perpetua. O poder é exercido como uma rede de produção que atravessa a sociedade mais do que simplesmente o dizer não possui (FOUCAULT, 1979). Por isso, é preciso entender o poder que a violência de gênero possui uma rede, um discurso atraente aqueles que se deixam atrair e darem continuidade e que deve ser desconstruído.

Logo, tem-se que a verdade é construída na sociedade, ou seja, as ideias que os indivíduos possuem advêm da demonstração do poder, seja por meio de repasse ou até mesmo de discurso. Com isso, fica subentendida a ideia motivadora de que se a mulher constitui-se um ser inferior ao homem, se é tida como objeto, pela lógica masculina patriarcal, não existe expressão de vontade, logo a mulher deveria estar sempre a postos para satisfazer os desejos do ser superior que a comanda.

Consoante Soares (1999), constitui a violência contra a mulher “uma violência masculina que se exerce contra as mulheres pela necessidade dos homens de controlá-las e de exercer sobre elas o seu poder”. A modalidade da violência sendo a mulher figura de vítima, como visto outrora, advêm, em especial, do fator histórico da mulher em razão do patriarcalismo predominante.

A sociedade ao qual se tem a estrutura atual é permeada de relações de dominação, atribuindo ao homem o poder do comando, de dominação, de proteção e provimento. Contudo, existem diversas desigualdades, que são constituídas por meio da sociedade, dando um papel totalmente submisso, cuidadora do lar, sendo que a mulher pode e até deve ser muito mais do que isso, deve-se fornecer a mulher a oportunidade de decidir sobre o seu futuro, se deseja ser esposa, mãe e cuidadora da casa, mas também profissional, acadêmica e mulher, pois acima de tudo, a mulher não é só um objeto para procriação e cuidado, mas sim um ser humano.

Neste diapasão, mais do que para regulamentar quaisquer relações econômicas ou sociais, a Lei Maria da Penha ingressa no sistema jurídico brasileiro com uma finalidade muito determinada: contribuir para modificar uma realidade social, forjada ao longo da história que discrimina a mulher nas relações familiares ou domésticas, aviltando-a à condição de cidadã de segunda categoria, rebaixando sua autoestima e, por consequência, afetando-lhe a dignidade humana.

Assevera Dias (2015, p. 24) que ninguém acredita que a violência sofrida pela mulher seja exclusivamente de responsabilidade do agressor. “A sociedade ainda cultiva valores que incentivam a violência, o que impõe a necessidade de se tomar consciência de que a culpa é de todos. O fundamento é cultural e decorre da desigualdade no exercício do poder, o qual gera uma relação de dominante e dominado”. O processo de naturalização é feito a partir da dissimulação, utilizada com o intuito de tornar invisível a violência conjugal. [...]. Daí o absoluto descaso de como sempre foi tratada a violência doméstica.

Cavalcanti (2018) define violência contra a mulher como qualquer conduta, ação ou omissão de discriminação, agressão ou coerção, praticada pelo simples fato de a vítima ser mulher, e que cause danos, morte, constrangimento, limitação, sofrimento

físico, sexual, moral, psicológico, social, político ou econômico ou perda patrimonial, que pode ocorrer em espaços públicos ou privados.

Por intermédio do preconizado no artigo 7º da Lei 11.340/06, o legislador buscou descrever algumas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme exposto:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

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

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

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria (BRASIL, 2006).

As definições contidas no referido artigo não são considerados tipos criminalizadores, ou seja, não definem tipos penais. A função deste artigo é definir

situações que impliquem em violência no âmbito doméstico e familiar contra a mulher, para os fins da lei (HERMANN, 2018).

A relação de tipos de violência elencadas no artigo 7º da Lei não é exaustiva e não tem correspondência com tipos penais, sendo que traz a expressão “entre outras”, sendo possível o reconhecimento de outras ações que configurem violência doméstica e familiar contra a mulher (DIAS, 2015).

2.1.1 Histórico e Conceito Da Lei Maria Da Penha

Em um breve histórico a insurgência da Lei 11.340/2006, decorre da triste história de vida de uma farmacêutica cujo nome deu origem a lei, Maria da Penha, uma dentre tantas vítimas de violência doméstica no Brasil, assim como muitas mulheres ela sofria reiteradas agressões do então companheiro, professor Universitário e Economista Marco Antônio Heredia Viveros, que tentou inclusive por diversas vezes matá-la. Dias aborda que:

Por duas vezes, seu marido, o professor universitário e economista M.A.H.V., tentou matá-la. Na primeira vez, em 29 de maio de 1983, simulou um assalto fazendo uso de uma espingarda. Como resultado ela ficou paraplégica. Após alguns dias, pouco mais de uma semana, nova tentativa, buscou eletrocutá-la por meio de uma descarga elétrica enquanto ela tomava banho (DIAS, 2017, p. 13).

A história de Maria da Penha, o motivo que levou a lei a ser batizada com esse nome, pelo qual, irreversivelmente, passou a ser conhecida, remonta ao ano de 1983, no dia 29 de maio desse ano, na cidade de Fortaleza, no Estado do Ceará, a farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes, enquanto dormia, foi atingida por tiro de espingarda desferido por seu então marido, o economista Marco Antônio Heredia Viveiros, colombiano de origem e naturalizado brasileiro. Em razão desse tiro, que atingiu a vítima em sua coluna, destruindo a terceira e quarta vértebras, teve lesões que a deixaram paraplégica. (CUNHA; PINTO 2012).

Por derradeiro a lei Maria da Penha trouxe várias alterações, uma delas são as medidas protetivas de urgência como proibição de contato, proibição de o agressor de frequentar determinados lugares, prisão preventiva do agressor, isto como medida mais grave, meio do juiz fazer a real e eficaz proteção a vítima. A lei visa não só a proteção da mulher, mas também dos familiares, ou testemunhas. (BIANCHINI, 2014).

A Lei Maria da Penha vem para atender um compromisso constitucional, e chama a atenção na sua ementa, onde há referência não só a norma constitucional,

mas também as Convenções Sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as mulheres e sobre a Interamericana para prevenir punir e erradicar a violência contra a mulher referências essas poucos usais na legislação infraconstitucional, além de atender as recomendações feitas pela OEA pela condenação do Brasil, também reflete uma nova postura frente à aos tratados internacionais na proteção aos direitos humanos.

2.1.2 Finalidades e Objetivos Da Lei

De acordo com o artigo 1º da lei 11.340/06, conclui-se que o objetivo da lei é coibir e prevenir a violência de gênero no âmbito doméstico, familiar ou de uma relação íntima de afeto, configurando como violência doméstica e familiar qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão ou sofrimento físico, sexual ou psicológico e danos morais ou patrimoniais. (BIANCHINI, 2014). Dispõe o artigo 1º da Lei 11.340/2006, *in verbis*:

Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar (BRASIL, 2006).

Portanto, a lei Maria da Penha não trata de todos os tipos de violência contra a mulher, mas somente aqueles que se manifestam no âmbito doméstico interligado a família ou uma relação íntima de afeto, aquela baseada no gênero. Entende-se por violência doméstica aquela praticada dentro do lar, como por exemplo, contra o filho, a sobrinha, avó, etc. Assim classifica-se a violência contra a mulher como aquela praticada dentro do ambiente doméstico, por tanto a título de exemplo, se a mulher é assassinada pelo marido para que esta não o entregue a polícia, não seria caso de aplicação da lei Maria da Penha, pois não há uma questão de gênero. (BIANCHINI, 2014).

Em resumo conclui-se que, o objeto da lei é a violência de gênero no âmbito doméstico e familiar ou de uma relação íntima de afeto, é a violência contra a mulher baseada no gênero, assim tratado em seu artigo 5º onde define seu objeto configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero.

Consoante, dispõe o artigo 5º da lei 11.340/06:

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

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

II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;

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

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

Via de regra, a Lei Maria da Penha é uma lei para mulheres onde sua aplicação aos homens se tornaria em regra inviável, considerando-se as especificidades da violência de gênero não vislumbra sua aplicação ao homem, ademais, estima-se que o homem médio seja em 99,9% fisicamente mais forte que as mulheres, além de ser necessária a existência da violência discriminatória que é em absoluto desde muitos anos trazidos nos germes da sociedade às mulheres, o que não se verifica nos casos isolados em que o homem seja vítima deste tipo de violência (BIANCHINI, 2014).

Ademais em destaques alguns artigos da Lei 11.340/06 como o artigo 3º que elenca os direitos das mulheres que são, na verdade direitos inerentes à pessoa humana, portanto tanto homens quanto mulheres independentemente de sexo tais como, segurança, cultura, educação, moradia, lazer, entre outros, e em seu artigo 5º fala em violência doméstica e familiar de qualquer forma de ação ou omissão.

2.2 MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Lamentavelmente após a vigência da Lei Maria da Penha pouquíssimo foi realizado pelo Poder Público no sentido de efetivar as medidas nela previstas, vez que se tem visto um pequeno número de programas especificamente voltados à lei, ou se existentes, é evidente a sua falta de divulgação. (COELHO, 2010) Além da necessidade das assistências mencionadas, um dos aspectos relevantes da Lei Maria da Penha são

as suas medidas protetivas de urgência que se mostram eficientes para a proteção do gênero feminino. As medidas protetivas de urgência significam a expressão da proteção judicial relativa à mulher de todos os seus direitos e garantias fundamentais estabelecidos na Constituição Federal (CF), independente de raça, cultura, religião, escolaridade, idade, e etc. (PORTELA, 2011).

Estas medidas são asseguradas nos casos em que há qualquer ação ou omissão resultante de violência contra a mulher, que lhe cause morte, lesão, ou sofrimento físico, psicológico, moral ou patrimonial. No entanto, para que haja a concessão das mesmas, é necessária a caracterização da conduta agressiva dentro do âmbito doméstico ou familiar dos envolvidos.

Ressalta-se que, infelizmente, a concessão das supracitadas medidas protetivas de urgência não significa a proteção efetiva da mulher, visto que não há ainda programas estatais estruturados para atendê-las e meios eficientes para impedir novos atos de violência (COELHO, 2010). Desta maneira, como mecanismo marcante que a lei em questão abrange, as medidas protetivas de urgência foram inseridas com o objetivo de realizar uma proteção mais efetiva para as mulheres que não se sintam amparadas apenas com a denúncia da violência sofrida, e dessa forma, possibilitam um maior conforto às vítimas, atuando na forma de manutenção do procedimento.

Conforme artigo 18 e 19 da lei 11.340/06, apresenta-se o seguinte teor:

Art. 18. Recebido o expediente com o pedido da ofendida, caberá ao juiz, no prazo de 48 (quarenta e oito) horas:

I - conhecer do expediente e do pedido e decidir sobre as medidas protetivas de urgência;

II - determinar o encaminhamento da ofendida ao órgão de assistência judiciária, quando for o caso;

III - comunicar ao Ministério Público para que adote as providências cabíveis.

Art. 19. As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas pelo juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida.

§ 1o As medidas protetivas de urgência poderão ser concedidas de imediato, independentemente de audiência das partes e de manifestação do Ministério Público, devendo este ser prontamente comunicado.

§ 2o As medidas protetivas de urgência serão aplicadas isolada ou cumulativamente, e poderão ser substituídas a qualquer tempo por outras de maior eficácia, sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados.

§ 3o Poderá o juiz, a requerimento do Ministério Público ou a pedido da ofendida, conceder novas medidas protetivas de urgência ou rever aquelas já concedidas, se entender necessário à proteção da ofendida, de seus familiares e de seu patrimônio, ouvido o Ministério Público (BRASIL, 2006).

As medidas protetivas em caráter de urgência podem ser condidas de ofício ou a requerimento do Ministério Público, ou a requerimento da ofendida, prescindindo de advogado, dada a urgência da situação, podem ser requeridas pela vítima; Passada a urgência vale a regra do artigo 27, nomeando-se advogado para acompanhamento. (CUNHA; PINTO, 2011).

Valioso apresenta o que dispõe o artigo 22 da Lei 11.340/06, ao que:

Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios (BRASIL, 2006).

O artigo supracitado elenca medidas protetivas que obrigam o agressor, voltadas diretamente ao sujeito ativo da violência doméstica, impondo-lhe obrigações e restrições, tais medidas restringem determinados direitos do agressor a fim de proteger a vítima, impondo-lhe comportamento omissivo, cuja conduta que afrontar a ordem de abstenção tipificará então o crime de desobediência à ordem judicial, com previsão expressa no artigo 359 do Código Penal, com possibilidade de prisão em flagrante (PORTO, 2017).

Em continuidade às medidas protetivas de urgência para Bianchini (2014, p. 193) “muito embora a mulher em situação de violência doméstica e familiar seja a primeira destinatária das medidas protetivas, várias delas dirigem-se, também, aos familiares”, dirigidas a mulher, nenhuma delas possui natureza criminal, podendo inclusive, serem cumuladas ou não, dependendo da complexidade e peculiaridades do caso concreto. (BIANCHINI, 2014, p. 190).

O artigo 23 da lei dispõe sobre as medidas protetivas com relação à ofendida:

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I - encaminhar à ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

II - determinar a recondução da ofendida e a de seus dependentes ao respectivo domicílio, após afastamento do agressor;

III - determinar o afastamento da ofendida do lar, sem prejuízo dos direitos relativos a bens, guarda dos filhos e alimentos;

IV - determinar a separação de corpos (BRASIL, 2006).

A lei confere ao juiz a possibilidade de determinar a separação de corpos entre a vítima e agressor, a lei abrange de um lado a mulher ofendida e de outro o agressor, levando-se em conta que a lei abrange também, as relações homoafetivas, portanto nada impede o juiz de decretar a separação de corpos entre duas homossexuais (CUNHA; PINTO 2011).

O artigo 23, I, que autoriza o juiz a determinar o encaminhamento da ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento, esta providência dependerá da existência de tais programas, que não necessariamente necessitam ser específicos às vítimas de violência doméstica, como por exemplo, a Secretaria de Assistência Social pode ter programas de auxílio habitacional ou alimentar para pessoas necessitadas, a Secretaria de Saúde que poderá atender as vítimas e seus familiares, aquelas que necessitem de algum tratamento médico ou até mesmo acompanhamento psicológico através de Centros de Atendimento Psicossocial (PORTO, 2017).

2.3 A INEFICÁCIA DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

A ineficácia das medidas protetivas já se inicia na fase extrajudicial, no atendimento pela autoridade policial, onde na maioria esmagadora das vezes é realizada de forma precária, devido à falta de efetivo. Sujeitando vítimas a longas esperas e deixando-as vulneráveis a novas violências. As falhas na aplicação da lei começam nos registros imprecisos e desarticulados dos órgãos responsáveis por acolher as denúncias, passam pela falta de estrutura para atendimento das vítimas e culmina na ausência de uma rede de enfrentamento conjunto das instituições (MATIELLO; TIBOLA, 2013).

É claro que a eficácia das medidas protetivas de urgência não se atrela a decretação da prisão preventiva do agressor, haja vista que quando há a necessidade da decretação da prisão preventiva, as medidas protetivas por si só já se demonstraram ineficazes. Outrossim, há ineficácia das medidas protetivas de urgência nas situações em que a vítima acaba de sofrer a nova agressão física ou psicológica mesmo tendo medidas protetivas de urgência deferidas em desfavor de seu agressor e, solicita atendimento policial. Os policiais ao verificarem a situação de violência autuam o agressor em flagrante, mas este pode ser libertado minutos depois mediante pagamento de fiança (MATIELLO; TIBOLA, 2013).

A maior crítica e onde se encontra a maior ineficácia, está no fato de que a mulher vítima para ter garantida a execução de suas medidas protetivas através da prisão preventiva, precisa sofrer uma nova agressão ou ameaça, o que de forma clara viola sua integridade física, seu psicológico e acima de tudo seu direito garantido constitucionalmente o direito a dignidade humana, pois para que haja prisão é necessário descumprimento e de que forma na maioria esmagadora das vezes este descumprimento ocorre. Através de uma nova agressão física, através de uma ameaça ou ainda um contato telefônico, mas todos que violam tanto a integridade física, quanto a integridade psicológica da ofendida que já se encontra abalada desde a primeira agressão. Com isso, tem-se que, em muitos momentos não ocorre somente uma nova agressão física e sim, a última forma de violência física: o feminicídio.

Corroborar-se a verificação central da pesquisa levantada por meio de dados estatísticos e ações judiciais as quais se apresenta a ineficácia das medidas protetivas de urgência em face do cometimento do feminicídio.

2.3.1 Estatísticas dos crimes de feminicídio

Com relação a número de homicídios de mulheres no Brasil, 52% da violência praticadas pelos maridos e companheiros são de risco de morte, conforme dados do disque 180 de janeiro a julho de 2012, reduzido a 46,3% no ano de 2013. De acordo com pesquisas realizadas por Universidades da Federação de 2012, segundo Mapa da Violência, o Espírito Santo é o Estado com maior percentual de mulheres vítimas de homicídio com 9,8% para cada cem mil mulheres ocupando o 1º lugar em maior incidência de homicídios contra a mulher, enquanto que o Rio Grande do Sul teria uma porcentagem de 4,1% no 19º lugar, já o Estado do Piauí está em último lugar 27º com um índice de 2,5%. O Brasil em linhas gerais, segundo dados do Mapa da Violência de 2012, ocupa o 7º lugar entre os países que possuem o maior número de mulheres mortas, entre 87 países. (BIANCHINI, 2014).

Segundo o IPEA (2013), no Brasil, 13 mulheres são mortas por dia, e entre os anos de 2004 a 2014, houve um aumento considerável de respectivamente 11,1% nas taxas de homicídio, o que demonstra a grande dificuldade dos mecanismos trazidos pela Lei Maria da Penha, como das suas medidas protetivas de urgência em combater a violência. O Brasil ocupa o 5º lugar em um ranking de 83 países, sobre o maior índice de homicídio de mulheres, também é registrado de acordo com o IPEA, que a maior parte das vítimas possui baixa escolaridade, e cerca de 48% das mulheres possuem apenas 8 anos de estudo (JACOBO, 2015).

Com base nos dados do IPEA (2017), 29% dos feminicídios ocorreram no domicílio, 31% em via pública e 25% em hospital ou outro estabelecimento de saúde, destacando um fator elementar, que trata da parcela significativa do gênero feminino que enfrenta a violência mais comum, caracterizada como a intrafamiliar, cometida por seus parceiros ou parentes, que compõem muitas vezes relacionamentos abusivos e sufocantes, que resultam nos mais diversos transtornos caracterizados pela lei.

Essa hostilidade expressa-se de maneira corriqueira, sendo de estruturas psicológicas ou levando a um agrave ainda maior causando o óbito da indivíduo. Além disso, segundo dados do Senado (2013), quase 40% das mulheres afirmam ter procurado alguma ajuda logo após a primeira agressão. Para as demais, a tendência é buscar ajuda da terceira vez em diante ou não procurar ajuda alguma, o que acontece em 32% e 21% dos casos, respectivamente.

A Pesquisa do Senado (2013) indica também que em relação à última agressão sofrida, 35% das vítimas realizaram denúncia formal contra os agressores, nas

delegacias comuns, da mulher ou na Central de Atendimento à Mulher (180), que já prestou mais de 2,7 milhões de atendimentos desde a criação da central, até junho de 2012. A mesma pesquisa aponta que aproximadamente 34% das vítimas procuraram alternativas à denúncia formal, como a ajuda de parentes, de amigos e da Igreja, e 15% não fizeram nada a respeito da última agressão sofrida. Tais dados indicam que o principal motivo para as mulheres escolherem essas vias alternativas à denúncia formal é certamente o medo do agressor, fator apontado por 74% das entrevistadas.

Dessa forma, diante das apresentações dos dados, é patente que a lei não tem se mostrado eficaz, visto que se tivesse, não haveria um aumento significativo na taxa de violência após a instauração da lei, nem as vítimas estariam sendo dominadas por sentimento de medo devido à falta estrutura do estado para combater a violência. Destarte, o estado precisa atuar em diversos campos para que as vítimas se sintam amparadas e colaborem com a atuação do estado na repressão da violência, denunciando os seus agressores. Com isso, apresenta-se o entendimento jurisprudencial acerca da concessão de medidas protetivas de urgência e mesmo assim, a vítima chegou a óbito, em função da ineficácia da mesma.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a aprovação da Lei Maria da Penha, não foram demonstrados resultados significativos na redução da violência sofrida pelas mulheres, conforme os dados analisados. Os índices de violência voltaram a subir após o sancionamento da lei em 2006, sendo elevada no ano de 2008, onde superou a taxa de violência existente antes da implementação da lei, crescendo consideravelmente em 2013, o que demonstra que a lei não trouxe resultados plausíveis para a redução dos atos impetuosos contra as mulheres.

Partindo da premissa da violência de gênero e da importância da Lei Maria da Penha no Brasil, identificou-se elementos que contribuem para ineficácia da lei e das suas medidas de proteção em favor da mulher.

É importante acentuar que o patriarcalismo ainda subsiste na modernidade, e essa conduta revela o problema sociocultural advindo desse sistema patriarcalista, cuja marca principal é a discriminação e a submissão da mulher.

Assim, o conflito de gênero está por trás da violência doméstica que não pode ser tratada pura e simplesmente como matéria criminal. Portanto, é importante que, para atuação no combate à violência contra a mulher, exista uma atuação mais efetiva do Estado, como também a participação das mulheres vítimas de violência, em buscar denunciar os seus agressores, combatendo dessa forma a ineficácia existente na Lei Nº 11.340/2006.

Conclui-se que, na ausência de mecanismos que reforcem a efetividade da Lei 11.340/2006, esta pode ser considerada ineficaz para os fins a que se destina, em especial para o combate a evolução de uma agressão para o crime de feminicídio, uma vez que o Poder Público não possui estrutura mínima para a sua adequada aplicabilidade, o que termina por gerar na sociedade a percepção de que a Lei Maria da Penha é um texto meramente ilusório e formal.

REFERÊNCIAS

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha**: Lei 11.340/2006. Aspectos Assistenciais, Protetivos e Criminais da violência de gênero. 2. ed. São Paulo. Saraiva. 2014.

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

Lei nº 11.340/06, de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 15 fev. 2021.

CARVALHO, Amanda Kelly de Lima. **A (in)eficácia da Lei Maria da Penha e aplicabilidade das suas medidas protetivas de urgência**. Monografia (Pós-Graduação em Direito Penal) – Centro Universitário Tabosa de Almeida, Caruaru, 2017.

CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência Doméstica contra a mulher no Brasil**. Ed. Podivm . 2ª ed. Salvador, Bahia, 2018.

COELHO, Marcel de Alexandre. **Breves considerações sobre a Lei nº. 11.340/2006**: a razão de ser conhecida como "Lei Maria da Penha"; a inconstitucionalidade de gênero; medidas protetivas; e a existência de crimes de ação penal pública condicionada. Conteúdo Jurídico, Brasília, jun. 2010.

CUNHA, Rogério S.; PINTO, Ronaldo B. **Violência Doméstica**: Lei Maria da Penha comentada artigo por artigo. 4. ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2012.

DIAS, Maria Berenice. **Lei Maria da Penha**: A Efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. 4. Ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DIAS, Maria Berenice. **A Lei Maria da Penha na Justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, 2002.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. 23. ed. Petrópolis: Tradução de: Raquel Ramallete. Vozes, 1979.

GERHARDT, Tatiana Engel; SILVEIRA, Denise Tolfo (Org.). **Métodos de Pesquisa**. Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2009.

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

HERMANN, Leda Maria. **Maria da Penha, Lei Com Nome de Mulher**: violência doméstica e familiar. São Paulo: Saraiva, 2018.

IPEA. **Violência contra a mulher**: feminicídios no Brasil. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/130925_sum_estudo_femicidio_leilagarcia.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2021.

JACOBO, Julio. **Mapa da violência 2015**: homicídios de mulheres no Brasil. Brasília, 1ª edição. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2021.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de metodologia científica**. 6. ed. 5. reimp. São Paulo: Atlas, 2007.

MANFRAO, Caroline Colombelli. **Estupro: prática jurídica e relações de gênero**. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2019.

NYE, Andrea. **Teoria feminista e as filosofias do homem**. Tradução: Nathanael C. Caixeiro. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1995.

PORTELA, Thayse. **A (in) eficácia das medidas protetivas da lei maria da penha**: Apontamentos sobre a Atuação Judicial a partir do 1º Juizado Cível e Criminal e de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher em Samambaia. Brasília, 2011.

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: análise crítica e sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

PRODANOV, Cléber Cristiano; FREITAS, Ernani César de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed., Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

REIS, Felipa Lopes dos. **Como elaborar uma dissertação de mestrado**. Lisboa: Pactor, 2010.

SOARES, B. M. **Mulheres invisíveis**. Violência conjugal e novas políticas de segurança.
Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

DROGAS NO BRASIL: EVOLUÇÃO LEGISLATIVA E CRÍTICAS SOBRE A LEI ATUAL

LEONARDO NEVES GREGÓRIO:
Acadêmico de Direito pela
Universidade Brasil - Campos de
Fernandópolis/SP. Auxiliar no
Tabelionato de Notas e Protestos da
Comarca de Urânia/SP.

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

RESUMO: O universo da drogadição, ainda que ilusoriamente envolto numa profunda sensação de prazer, é um universo de dor, institucionalizado no sistema penal. O objetivo deste trabalho é analisar a questão das políticas públicas que tratam da criminalização do uso de drogas no Brasil. Em 1976, a lei 6.368, consolidou a política belicista de guerra às drogas no Brasil, listar as ações criminalizadas, assumindo a legislação especial a responsabilidade por criminalizar as condutas relacionadas ao tráfico e uso de drogas. Com algumas alterações não muito expressivas, a lei de 1976 vigorou até 2006, quando foi substituída pela Lei 11.343/06. A nova lei trazia um modelo mais preventivo do que repressivo, mas manteve diversos aspectos da legislação de 1976 e aumentou a repressão proibicionista, surgindo de um amplo debate sobre a efetividade do combate as drogas a nova legislação se apresentava como atual e preocupada com o excesso de punitivismo estatal em relação à política de drogas adotada pelo país. A nova lei tinha como objetivo separar de uma vez por todas, no texto penal, as figuras do traficante e do usuário de drogas. A diferença era evidente, inclusive pelo posicionamento da tipificação dentro do texto legal. O trabalho foi desenvolvido por meio de revisão de literatura, com consulta a livros e legislação pertinente à temática.

Palavras-chave: Drogadição. Criminalidade. Legislação.

ABSTRACT: The world of drug addiction, albeit illusively wrapped in a deep sense of pleasure, is a universe of pain, institutionalized in the penal system. The aim of this paper is to analyze the issue of public policies that address the criminalization of drug use in Brazil. In 1976, law 6,368, consolidated the warmongering policy of war on drugs in Brazil, listing criminalized actions, with special legislation taking responsibility for criminalizing conduct related to drug trafficking and use. With some not very significant changes, the 1976 law was in force until 2006, when it was replaced by Law 11.343 / 06. The new law had a more preventive than repressive model, but maintained several aspects of the 1976 legislation and increased the prohibitionist repression, arising from

a wide debate on the effectiveness of the fight against drugs. The new legislation was presented as current and concerned with excess of state punitivism in relation to the drug policy adopted by the country. The new law aimed to separate, once and for all, in the penal text, the figures of the drug dealer and drug user. The difference was evident, including the positioning of the typification within the legal text. The work was developed through literature review, with consultation of books and legislation relevant to the theme.

Keywords: Drug addiction. Crime. Legislation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Histórico da legislação de Drogas no Brasil. 3. Aspectos Centrais da Transnacionalização da Política de Drogas no Brasil. 4. Caracterização da Lei de Drogas. 5. A Questão da Distinção entre usuário e o traficante. 6. A Questão da Inconstitucionalidade do Art. 28 da Lei de Drogas. 7. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

A política criminal de drogas, desde o ponto de vista dos processos de criminalização, de sua estruturação dogmática e da operacionalidade das agências repressivas, define formas de repressão e de gestão do sistema penal nacional.

Dessa forma, pode-se afirmar que a política criminal de drogas assumiu o papel significativo de definição de práticas de punitividade, o que se intensifica com a alteração na legislação sobre a matéria em 2006, a Lei 11.343/06.

O punitivismo tem sido muito aplicado no âmbito das políticas penais, que são direcionadas para grupos específicos de pessoas, aquelas que não se enquadram na visão do mercado, que são consideradas inferiores.

Assim, pude-se observar que as políticas penais são orientadas para o encarceramento de pobres, em especial negros pobres e que o carro chefe dessa política de punição da pobreza e racial é a Guerra às Drogas. Essa guerra, que é direcionada às pessoas e não às drogas tem sido o principal discurso político a favor do encarceramento, em especial desde a década de 1970, até os dias de hoje.

A Guerra às Drogas, que serve ao punitivismo penal, teve início nas primeiras Guerras do ópio e foi se construindo gradativamente ao passo que as grandes nações imperialistas foram ganhando espaço no comércio internacional, em especial os Estados Unidos da América, que capitaneou a política de Guerra às Drogas mundial.

O Brasil acabou comprando para si essa política, sem nunca ter construído um pensamento crítico em relação ao consumo de drogas no país, isso fica claro quando observamos que o Brasil participou de inúmeras convenções internacionais de controle

da produção e venda de ópio, sem nunca ter sequer notícia de consumo de ópio no país.

Assim, o Brasil foi construindo sua política anti-drogas, baseada no discurso punitivista de que as drogas são as grandes inimigas da sociedade.

Em 1976 promulgou uma de suas mais importantes legislações de combate às drogas, lei que previa uma pena de três a cinco anos para quem se enquadrasse no crime de tráfico de drogas. Lei 6.368/76 colocara de vez o Brasil na Guerra às Drogas, e fomentava o encarceramento de quem fosse surpreendido com qualquer substância proibida.

Porém, o grande marco da legislação de drogas no Brasil foi a Lei 11.343/06, a lei que surgiu com elogios de grande parte dos intelectuais e estudiosos das questões penitenciárias no Brasil, porque separava as figuras do traficante e do usuário. Punia duramente o traficante, afinal a Guerra às Drogas não interrompe seu curso, mas abrandava as punições para o usuário, que era visto como uma vítima do criminoso e deveria ser tratado por conta de sua dependência química.

Muito embora tenha sido recebida com entusiasmo pelos ativistas do desencarceramento, a lei teve o efeito reverso: aumentou em 300% o número de encarcerados por tráfico de drogas no país de 2005 a 2016.

Esse aumento exponencial se dá pelo aspecto subjetivo que a lei trouxe ao tipificar as figuras do traficante e do usuário, deixando a cargo da autoridade policial, de forma subjetiva, enquadrar o abordado no crime de tráfico de drogas ou de posse para consumo pessoal.

Essa subjetividade da lei ultrapassa o poder do policial nas ruas e replica esse julgamento, por vezes eivado de preconceitos, nas delegacias e nas salas de audiência de todo país.

Esse imaginário punitivista e a subjetividade dos tipos penais da Lei 11.343/06 foram grandes responsáveis pelo aumento vertiginoso da população carcerária brasileira, que atualmente é a terceira maior do mundo com 726.712 pessoas encarceradas, 174.216 delas enquadradas no tipo penal de tráfico de drogas.

Portanto, que a subjetividade da Lei 11.343/06 é uma das grandes responsáveis pelo encarceramento em massa no país, sendo constantemente utilizada a favor do punitivismo estatal.

É urgente um debate sério e incisivo sobre a atual legislação de drogas no Brasil, em especial sobre a forma subjetiva de tipificação, que perpetua preconceitos e encarcera nossos jovens, em sua maioria negros e pobres.

Necessário também um debate sério em relação ao consumo de entorpecentes, e da maneira que o Estado deve tratar os dependentes químicos, tirando a dependência química da esfera penal e transferindo-a para a rede de apoio de assistência social e de saúde.

Só assim conseguiremos combater o encarceramento em massa, que traz prejuízos imensuráveis para sociedade brasileira, como por exemplo, o aumento da violência, o fortalecimento das organizações criminosas que atuam dentro dos presídios, e o próprio aumento do consumo de drogas no país.

2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE DROGAS NO BRASIL

A criminalização do uso, porte e comércio de substâncias entorpecentes no Brasil aparece quando da instituição das Ordenações Filipinas.

O Código Penal Brasileiro do Império (1830) nada mencionava sobre a proibição do consumo ou comércio de entorpecentes, a criminalização será retomada na Codificação da República (CARVALHO, 2016).

Com a edição do Código de 1890, passou-se a regulamentar os crimes contra a saúde pública, compreensão que materializou no Título III da Parte Especial (Dos Crimes contra a Tranquilidade Pública).

Juntamente com a incriminação do exercício irregular da medicina (art. 156), da prática de magia e do espiritismo (art. 157), do curandeirismo (art. 158), do emprego de medicamentos alterados (art. 160), do envenenamento das fontes públicas (art. 161), da corrupção da água potável (art. 162), da alteração de substâncias destinadas à alimentação (art. 163) e da exposição de alimentos alterados ou falsificados (art. 164), o art. 159 previa como delito a questão da exposição à venda, ou administração de substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescritas nos regulamentos sanitários, submetendo o infrator à pena de multa (CARVALHO, 2016).

Cabe ressaltar que no início do século XX o aumento do consumo de ópio e haxixe, sobretudo nos círculos intelectuais e na aristocracia urbana, incentiva a edição de novos regulamentos sobre o uso e a venda de substâncias psicotrópicas. Com a Consolidação das Leis Penais em 1932, ocorre nova disciplina da matéria, no sentido da densificação e da complexificação das condutas contra a saúde pública. O caput do art. 159 do Código de 1890 é alterado, sendo acrescentados doze parágrafos. Em matéria sancionatória, sancionatória, à originária (e exclusiva) pena de multa é acrescentada a prisão celular (CARVALHO, 2016).

A pluralidade de verbos nas incriminações, a substituição do termo substâncias venenosas por substâncias entorpecentes, a previsão de penas carcerárias e a determinação das formalidades de venda e subministração ao Departamento Nacional de Saúde Pública passam a delinear novo modelo de gestão repressiva, o qual encontrará nos Decretos 780/36 e 2.953/38 o primeiro grande impulso na luta contra as drogas no Brasil.

Nessa perspectiva, pode-se afirmar que, embora sejam encontrados resquícios de criminalização das drogas ao longo da história legislativa brasileira, somente a partir década de 1940 é que se pode verificar o surgimento de política proibicionista sistematizada. As políticas de controle (das drogas) são estruturadas com a criação de sistemas punitivos autônomos que apresentam relativa coerência discursiva, isto é, modelos criados objetivando demandas específicas e com processos de seleção (criminalização primária) e incidência dos aparatos repressivos (criminalização secundária) regulados com independência de outros tipos de delito (CARVALHO, 2016).

No caso da política criminal de drogas no Brasil, a formação do sistema repressivo ocorre quando da autonomização das leis criminalizadoras (Decretos 780/36 e 2.953/38) e o ingresso do país no modelo internacional de controle (Decreto-Lei 891/38). A edição do Decreto-Lei 891/38, elaborado de acordo com as disposições da Convenção de Genebra de 1936, regulamenta questões relativas à produção, ao tráfico e ao consumo, e, ao cumprir as recomendações partilhadas, proíbe inúmeras substâncias consideradas entorpecentes (BRASIL, 1938).

Com a publicação do Código Penal pelo Decreto-Lei 2.848/40, a matéria é recodificada sob a epígrafe de comércio clandestino ou facilitação de uso de entorpecentes, cuja previsão se encontra descrita no art. 281, que destaca a necessidade de importar ou exportar, vender ou expor à venda, fornecer, ainda que a título gratuito, transportar, trazer consigo, ter em depósito, guardar, ministrar ou, de qualquer maneira, entregar ao consumo substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 1940).

A característica marcante do Código Penal de 1940 é a tentativa, a partir do ensaio da Consolidação das Leis Penais na década de 1930, de preservar as hipóteses de criminalização junto às regras gerais de interpretação e de aplicação da lei codificada.

No entanto, a partir do Decreto-Lei 4.720/42 (que dispõe sobre o cultivo), e com a publicação da Lei 4.451/64 (que introduz ao art. 281a ação de plantar), se inicia na

legislação pátria⁷⁵ amplo processo de descodificação, cujas consequências serão drásticas para o (des)controle da sistematicidade da matéria criminal (dogmática jurídico-penal) (HAMILTON, 2019).

A década de 1950 fomenta o primeiro discurso relativamente coeso sobre as drogas ilegais e a necessidade do seu controle repressivo. Em função do consumo de drogas, sobretudo do ópio, até esta década, estar restrito a grupos considerados desviantes, as explicações sociológicas em termos de subcultura identificam os usuários como devassos, derivando dessa concepção discurso oficial que pode ser denominado de discurso ético-jurídico, o qual, não obstante potencializar leis penais repressivas, criava o estereótipo moral do consumidor.

O principal mecanismo de divulgação do discurso ético-jurídico, em nível internacional, será o Protocolo para Regularizar o Cultivo de Papoula e o Comércio de Ópio, promulgado em Nova Iorque (1953). Contudo, o ingresso definitivo do Brasil no cenário internacional de combate às drogas ocorrerá somente após a instauração da Ditadura Militar, com a aprovação e promulgação da Convenção Única sobre Entorpecentes pelo Decreto 54.216/64, subscrito por Castello Branco (BRASIL, 1964).

3 ASPECTOS CENTRAIS DA TRANSNACIONALIZAÇÃO DA POLÍTICA DE DROGAS NO BRASIL

Com a popularização do consumo da maconha e do LSD durante a década de 1960, mormente pelo fato de estar vinculado à contracultura e aos movimentos de contestação, o uso de entorpecentes aparece como instrumento de protesto contra as políticas belicistas e armamentistas, criando as primeiras dificuldades às agências de controle penal. Associado às posturas reivindicatórias e libertárias, o uso de drogas ilícitas compõe, junto com outros elementos da cultura (música, literatura, artes plásticas, cinema, vestuário, alimentação, sexualidade), o quadro de manifestações estéticas das políticas de ruptura (CARVALHO, 2016).

Contrariamente ao que aconteceu nas décadas anteriores, o consumo de drogas ganha o espaço público, aumentando sua visibilidade e, conseqüentemente, gerando o pânico moral que deflagrará intensa produção legislativa em matéria penal. Neste quadro, campanhas idealizadas pelos empresários morais e por movimentos sociais repressivistas aliadas aos meios de comunicação justificarão os primeiros passos para a transnacionalização do controle sobre os entorpecentes (HAMILTON, 2019).

A Convenção Única sobre Estupefacientes, aprovada em Nova Iorque em 1961, é reflexo imediato desta realidade. A globalização da repressão às drogas se insere no

⁷⁵ Não apenas no que diz respeito às drogas, mas aos entorpecentes de maneira muito especial.

projeto de transnacionalização do controle social, cuja finalidade é reduzir as fronteiras nacionais para o combate à criminalidade.

Como em todo processo de universalização cultural e/ou econômico, os argumentos centrais para a repressão da delinquência passam a ser invocados de forma autônoma e distante das especificidades locais. É criado o incipiente momento de criação de instrumentos totalizantes de repressão, o modelo médico-sanitário-jurídico de controle dos sujeitos envolvidos com drogas, fundado em duplo discurso que estabelecerá a ideologia de diferenciação (CARVALHO, 2016).

A principal característica deste discurso é traçar nítida distinção entre consumidor e traficante, ou seja, entre doente e delinquente, respectivamente. Assim, sobre os culpados (traficantes) recairia o discurso jurídico-penal do qual se extrai o estereótipo do criminoso corruptor da moral e da saúde pública.

Sobre o consumidor incidiria o discurso médico-psiquiátrico consolidado pela perspectiva sanitarista em voga na década de 1950, que difunde o estereótipo da dependência, o problema da droga se apresentava, na década de 1960.

O combate à droga, exigia ação conjunta e universal, orientada por princípios idênticos e objetivos comuns, devendo ser projetada política internacional de controle que viesse a substituir os tratados existentes sobre entorpecentes.

A ação contra o tráfico e o tratamento dos toxicômanos solidificam o discurso fragmentador. Não obstante o processo de demonização da droga em face da consolidação da ideologia da diferenciação, pode ser visualizado o uso político dos entorpecentes pelas agências repressivas através da nomeação de novos inimigos.

Com a adequação das normas internas brasileiras aos compromissos internacionais de repressão, é editado o Decreto-Lei 159/67, que iguala aos entorpecentes as substâncias capazes de determinar dependência física e/ou psíquica, sendo que nesta matéria, o Brasil foi o segundo país do mundo a enfrentar o problema, considerando tão nocivo quanto o uso de entorpecentes o uso, por exemplo, de anfetamínicos ou dos alucinógenos (CARVALHO, 2016).

Substancial modificação acontece com a publicação do Decreto-Lei 385/68. O dispositivo do art. 281 do Código Penal, em decorrência do princípio da taxatividade, proporcionava a punição exclusiva do comerciante de drogas, visto que o entendimento dado pelo Supremo Tribunal Federal era o da não abrangência dos consumidores. A descriminalização (judicial) do uso, porém, gerava situação que suscitava preocupações no âmbito da repressão (CARVALHO, 2016).

Assim, contrariando a orientação internacional e rompendo com o discurso de diferenciação, o Decreto-Lei 385/68 modifica o art. 281 do Código Penal, criminalizando usuário com pena idêntica àquela imposta ao traficante. Com a inclusão de novo parágrafo, há previsão de que “nas mesmas penas incorre quem ilegalmente: traz consigo, para uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica.

Após três anos de vigência do Decreto-Lei 385/68, a Lei 5.726/71 adequa o sistema repressivo brasileiro de drogas às orientações internacionais, marcando, definitivamente, a descodificação da matéria. A Lei 5.726/71 redefine as hipóteses de criminalização e modifica o rito processual, inovando na técnica de repressão aos estupefacientes.

Todavia o fato de não mais considerar o dependente como criminoso escondia faceta perversa da Lei, pois continuava a identificar o usuário ao traficante, impondo pena privativa de liberdade de 1 a 6 anos, importar ou exportar, preparar, produzir, vender, expor a venda ou oferecer, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar ou ministrar, ou entregar de qualquer forma ao consumo substância entorpecente ou que determine dependência (HAMILTON, 2019).

A Lei 5.726/71 deixou a desejar porque quando todos esperavam que o tratamento punitivo para o consumidor da droga, que a trouxesse consigo, desaparecesse ou fosse bem menor do que o dispensado ao traficante – apenas para justificar a imposição da medida de segurança, ambos continuaram a ter idêntico apenamento. E agora, com pena ainda maior: reclusão de 1 (um) a 6 (seis) anos, e multa.

A legislação preserva o discurso médico-jurídico da década de 1960 com a identificação do usuário como dependente (estereótipo da dependência) e do traficante como delinquente (estereótipo criminoso). Apesar de trabalhar com esta simplificação da realidade, desde perspectiva distorcida e maniqueísta que operará a dicotomização das práticas punitivas, a Lei 5.726/71 avança em relação ao Decreto-Lei 385/68, iniciando o processo de alteração do modelo repressivo que se consolidará na Lei 6.368/76 e atingirá o ápice com a Lei 11.343/06 (CARVALHO, 2016).

4 CARACTERIZAÇÃO DA LEI DE DROGAS BRASILEIRA

A Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 surge de amplo debate sobre a efetividade do combate as drogas no Brasil.

A lei que regia o assunto até então estava em vigor há quase 40 anos e era importante atualizar a legislação para a nova realidade social. Comemorada por diversos setores da sociedade civil ligados às questões penitenciárias e de

encarceramento em massa a nova legislação se apresentava como atual e preocupada com o excesso de punitivismo estatal em relação à política de drogas adotada pelo país.

A ementa da nova legislação institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad, além de prescrever medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas e estabelecer normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Destaque-se ainda a questão da definição de crimes (SILVA, 2020).

A lei trazia em sua ementa a preocupação de atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas, sendo que a norma foi editada com a intenção de atenuar o excesso de punitivismo estatal. Dessa forma, a pena de detenção de seis meses a dois anos para usuários, prevista na Lei 6.368/1976, foi substituída por advertência sobre os efeitos dos entorpecentes, prestação de serviços à comunidade e obrigação de comparecer a programa ou curso educativo (artigo 28) (RODAS, 2017).

A norma de 2006 ampliou o uso de medidas cautelares. A nova lei tinha como objetivo separar de uma vez por todas, no texto penal, as figuras do traficante e do usuário de drogas. A diferença era evidente, inclusive pelo posicionamento da tipificação dentro do texto legal. A figura do usuário aparece no artigo 28, no Título II: Das Atividades de Prevenção, Tratamento, Acolhimento e de Reinserção Social e Econômica de Usuários ou Dependentes De Droga”, Capítulo III: Dos Crimes e das Penas, enquanto a figura do traficante aparece no Título IV: Da Repressão à Produção Não Autorizada e ao Tráfico Ilícito De Drogas, Capítulo II: Dos Crimes (SILVA, 2020).

Essa separação não é em vão, a nova lei ao mesmo tempo que “afrouxava” a punição para o dependente químico endurecia a punição para o traficante. A pena mínima para o tráfico passou de três (prevista na lei 6.368/76) para cinco anos, enquanto a pena máxima se mantinha em 15 anos. A intenção da nova legislação é clara no texto: proteger o usuário e punir duramente o traficante. A nova lei parecia ser perfeita para o contexto social atual do Brasil, e no imaginário de muitos teóricos resolveria a questão das drogas com um olhar mais humanizado à figura do dependente químico (SILVA, 2020).

De acordo com Silva (2016) durante vinte e seis anos vigorou a Lei nº 6.368/1976, que coibia e punia condutas relacionadas ao porte e tráfico de drogas. Essa lei não se mostrava mais eficaz, considerando o aumento da criminalidade, principalmente a organizada, e os modernos métodos empregados para o combate ao tráfico e tratamento do usuário e dependente de drogas, que não eram nela previstos. A lei tratava tanto o traficante quanto o usuário e dependente como criminosos, que

necessitavam ser presos. Também era muito condescendente com o traficante, principalmente os mais poderosos e organizados.

De modo efetivo, embora a lei não seja perfeita, bem pelo contrário, possuindo várias imperfeições que serão devidamente analisadas neste livro, ela tem o mérito de estabelecer um novo sistema. Usuário, dependente e traficante de drogas são tratados de maneira diferenciada. Para os primeiros, não há mais possibilidade de prisão ou detenção, aplicando-lhes penas restritivas de direitos. Para o último, a lei prevê sanções penais mais severas. Mesmo para os traficantes, há distinção entre o pequeno e eventual traficante e o profissional do tráfico, que terá penas mais duras. Para o dependente, pode ser imposto tratamento médico ou atenuar a sua pena (SILVA, 2016).

Todo este entusiasmo com a nova lei não perdurou por muito tempo. Logo nos primeiros anos de vigência o que se observava era uma distorção total de seus objetivos, sendo que desde que Lei sobre Drogas (11.343/2006) entrou em vigor, o número de presos por crimes relacionados às drogas no Brasil dobrou. A falta de clareza na lei está levando à prisão milhares de pessoas que não são traficantes, mas sim usuárias. A maioria desses presos nunca cometeu outros delitos, não sendo criminosos a priori, não tendo relação com o crime assim chamado organizado e portavam pequenas quantidades da droga no ato da detenção para seu próprio consumo (WEIGERT, 2010).

De acordo com Silva (2020) verifica-se um aumento vertiginoso do encarceramento em massa em função dos dispositivos penais que tinham por intenção reduzir o aprisionamento e o punitivismo. Os artigos 28 e 33 da Lei 11.343/06, que diferenciam as figuras do usuário e do traficante de drogas, impulsionados pela demonização das drogas e descontentes com o fato de os consumidores não serem presos, policiais, promotores e juízes passaram a enquadrar muitos deles como traficantes.

Tal classificação pode ser feita devido à ausência de critérios objetivos para determinar quais quantidades de entorpecentes configuram posse para uso próprio e quais demonstram atividade comercial. É exatamente a falta de critérios objetivos para a tipificação dos crimes de consumo e tráfico de drogas que, com a intenção de humanizar o tratamento ao usuário, fez com que, diante do julgamento subjetivo dos agentes da lei (Policiais Militares, Policiais Civis, Promotores de Justiça e Juízes), estes usuários fossem amontoados nas penitenciárias brasileiras, sem nada que comprovasse seu envolvimento com o comércio ilícito de drogas, vez que, normalmente a única coisa que há no processo é a própria palavra do policial (RODAS, 2017).

A lei 11.343/06 apresenta alguns problemas estruturais deturparam seus objetivos iniciais. As lacunas deixadas pela lei fizeram com que a aclamada solução para a questão das drogas se tornasse o grande propulsor do encarceramento em massa no Brasil. Uma das lacunas da Lei é a total falta de critério objetivo para separar a figura do usuário do traficante, e também o modelo processual penal adotado, que cerceia a ampla defesa do réu e o faz ser condenado ainda na delegacia de polícia. Além disso, a Lei de Drogas traz em seu bojo as características do sistema inquisitório (SILVA, 2020).

Diversos princípios do Direito Penal realmente estão ausentes na Lei 11.343/06, a falta de objetividade e de clareza na descrição do crime cometido, que deixa a critério do policial que fez a apreensão decidir qual conduta será tipificada ela deixa a cargo dos conceitos sociais e morais daquele policial “julgar” a pessoa que será conduzida até a Delegacia Policial. Por conta disso, há diversas distorções nas prisões em flagrante por tráfico de drogas e em sua forma.

5 A QUESTÃO DA DISTINÇÃO ENTRE O USUÁRIO E O TRAFICANTE

A Lei 11.343/06 aumentou o encarceramento de forma exponencial. Para entender o porquê deste aumento é fundamental entender a diferenciação que a legislação criou para tipificar os usuários dos traficantes. No artigo 28, a lei traz a definição do crime de porte para o consumo pessoal, tipificação que se aplica ao usuário e o artigo 33 o crime de tráfico:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas.

§ 2º Para determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente (BRASIL, 2016, não paginado).

A figura do usuário, ou consumidor, descrita na Lei 11.343/06 é quase idêntica à figura do traficante. O que difere os dois tipos penais é que no artigo 28 a conduta criminalizada é a posse de drogas com o objetivo do consumo pessoal, enquanto no artigo 33 o crime é a intenção de expor à venda, oferecer ou entregar a consumo.

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito,

transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (BRASIL, 2016, não paginado).

Tanto o usuário quanto o traficante têm consigo a posse da droga, é o dolo do que fazer com ela que irá diferenciar a adequação típica de cada tipo penal. O grande problema é: ao abordar alguém que porte drogas, como diferenciar o dolo de consumir e o dolo de vender ou fornecer a terceiros? A busca a resposta dessa questão é o cerne do problema da Lei 11.343/06.

O que seria a grande solução para o tratamento e a atenção ao usuário e dependente químico se tornou um grande problema aos olhos do Direito Penal. Muito embora o § 2º do artigo 28 tente resolver esse problema, o texto vago e subjetivo perpetua a questão. Isso porque, mesmo no § 2º não há critérios objetivos para diferenciar as figuras do usuário e do traficante, ou seja, deixou a caráter da subjetividade de cada autoridade policial “decidir” se aquela pessoa que está na sua frente é uma vítima de um criminoso, ou o próprio criminoso. O problema da subjetividade no Direito Penal já foi discutido no primeiro capítulo deste trabalho (SILVA, 2020).

O soberano tinha o poder de, subjetivamente, decidir quem seria culpado ou inocentado de uma acusação. Independente das provas, do contraditório, da ampla defesa, estava a cargo do soberano decidir a aplicação da pena. Para conter o ímpeto subjetivo do soberano, o Direito Penal evoluiu e passou a criar freios para garantir o mínimo de justiça nos julgamentos penais. Dessa evolução nasce o princípio da legalidade, e, é de suma importância entender este princípio básico do Direito Penal antes de prosseguirmos na análise da aplicação subjetiva da tipificação da Lei de Drogas. O princípio da legalidade é tão importante para a democracia e para a aplicação do Direito Penal que está esculpido na Constituição Federal de 1988 como um dos direitos fundamentais (SILVA, 2020).

O texto constitucional traz em seu artigo 5º, inciso XXIX dispõe que não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal, e a importância desse princípio é replicada também no Código Penal que dispõe logo em seu artigo 1º que “não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal. O princípio da legalidade deve ser entendido de forma ampla, ou seja, a lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Essa precisão e cristalinidade exige um certo cuidado do legislador (BRASIL, 1988).

Para que o princípio de legalidade seja, na prática, efetivo, cumprindo com a finalidade de estabelecer quais são as condutas

puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Nesse sentido profetiza Claus Roxin, afirmando que: uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do *ius puniendi* estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo (BITENCOURT, 2012, p. 91).

O texto do professor Bitencourt deixa claro que a lei penal não pode, em nenhuma hipótese, deixar a cargo da subjetividade do juiz a sua adequação ao caso concreto. Porém, o que faz a Lei 11.343/06 é ainda pior: deixa a cargo da subjetividade da autoridade policial fazer a adequação típica das condutas descritas no tipo penal.

Essa subjetividade é responsável pelo esvaziamento do objetivo da atual Lei de Drogas e deixa, muitas vezes, a cargo do policial de rua escolher, pelas condições da abordagem, pelo estereótipo do abordado, pelo local da abordagem se aquele cidadão é um traficante perigoso para sociedade e deve ser encarcerado, ou, se aquele cidadão é uma vítima do tráfico, um usuário que deve receber atenção de saúde Estatal.

É neste momento que o policial vira juiz, pois, conforme analisaremos no próximo tópico, a maioria dos processos relacionados à apreensão de drogas é pautado pela palavra dos policiais que fizeram a apreensão. A falta de critérios objetivos para determinar se aquela droga é para consumo pessoal ou para a venda, deixa ao critério subjetivo dos policiais que fizeram a apreensão, já que, nem o artigo 28 e nem o 33 da Lei de Drogas traz de forma objetiva como determinar sua tipificação, não há uma quantidade determinada para cada tipo penal, não há critérios que embasem aquela tipificação. Assim, nos processos de tráfico de drogas, o Policial é o Juiz.

O procedimento, portanto, segue um rito próprio: o policial, geralmente o militar em patrulhamento, apreende um cidadão com uma determinada quantidade de drogas, o encaminha para a delegacia onde é ratificado o flagrante que posteriormente é convertido em prisão preventiva.

Depois da seleção efetivada na rua a pessoa é detida e levada a delegacia de polícia, onde o delegado, que deveria ser a autoridade superior a avaliar a prisão efetuada, sem muito mais elementos, a não ser os que foram trazidos pela autoridade da rua – normalmente um policial militar – acaba ratificando a

prisão. [...] E o que dizem os policiais condutores e testemunhas no auto de prisão em flagrante? Praticamente nada. Fosse exigido que o delegado fundamentasse seriamente as razões pela qual considera a pessoa em flagrante, teria que, efetivamente, fazer mais perguntas aos policiais, estes que praticamente são sucintos, declaram o que querem, não raramente sendo um depoimento cópia do outro, nunca indicando, os próprios policiais condutores, as razões pelas quais consideram o indiciado traficante (VALOIS, 2019, p. 504).

Em uma análise de prisões em flagrante realizadas por policiais militares relacionadas com a problemática das drogas, Valois (2019) identificou os principais argumentos dos policiais condutores quando da lavratura do auto de prisão em flagrante (argumentos que são cumulativos, ou seja, podem estar presentes mais de um argumento no mesmo auto de prisão): 67% destas prisões foram feitas em patrulhamento de rotina, 55,2% porque o indiciado estava com uma atitude suspeita, 26% baseadas em denúncias anônimas, 15,5% em abordagens efetuadas em blitz, 13,6% porque o local era conhecido por ser um ponto de tráfico de drogas e, apenas 6,4% após investigação. Nota-se que 93% dos procedimentos de condução sequer fazem menção à investigação policial prévia, ou seja, os policiais estão escolhendo (e colhendo) nas ruas seus alvos, de uma forma totalmente seletiva.

De acordo com Silva (2020) O valor do depoimento dos policiais nas prisões por tráfico de drogas fica ainda mais evidente quando se analisa o depoimento dos indiciados.

Valois (2019) aponta que, ouvidos na delegacia de polícia, 64,4% dos indiciados ficam em silêncio, 35,2% prestam algum tipo de informação, 15,2% negam os fatos a eles imputados, 16,4% se dizem usuários e apenas 6,8% confessam o comércio ilícito de drogas. Desta forma o flagrante que deveria ser a certeza do crime, é um teatro de policiais, um monólogo ensaiado e, às vezes, copiado e colado.

Silva (2020) acrescenta que o papel do Policial (em especial o militar, pois geralmente é quem faz as prisões nas ruas) no processo penal nas prisões relacionadas a Lei de Drogas, recebe um status de protagonismo desproporcional ao Estado Democrático de Direito. A Lei de Drogas é o grande exemplo do punitivismo penal que tomou conta do judiciário brasileiro.

6 A QUESTÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS

O artigo 28 da Lei 11.343/06 está em evidência, não apenas pela subjetividade citada no tópico anterior, mas também pela ampla discussão a respeito de sua inconstitucionalidade. Essa discussão envolve o direito fundamental a liberdade,

intimidade e a vida privada, previsto na Constituição Federal em seu artigo 5º, X, o limite do Direito Penal para tutelar as ações que causam autolesão e o direito à saúde pública (BRASIL, 1988).

A discussão se inicia com a ideia de que a pessoa que consome qualquer substância, lícita ou ilícita, que o único abalo é em sua própria saúde tem o direito de fazê-lo. Essa discussão se acalorou recentemente quando a Defensoria Pública do Estado de São Paulo ingressou com o Recurso Ordinário n.º 635.659/SP, com repercussão geral reconhecida. Neste recurso a discussão é fundamentada no artigo 102, III, 'a' da Constituição Federal, que prevê o cabimento do Recurso Extraordinário nos casos em que uma decisão judicial contraria dispositivos constitucionais. Antes de avançar na discussão da inconstitucionalidade, vale a pena fazer uma breve síntese do recurso da Defensoria Pública.

SILVA (2020) menciona que o caso concreto que motivou o recurso extraordinário foi uma apreensão de drogas dentro do Centro de Detenção Provisória da cidade de Diadema/SP. O detento Francisco Benedito de Souza, que estava recolhido no centro de detenção, tinha três gramas de maconha dentro de sua marmita. Condenado pelo artigo 28 da Lei 11.343/06 pelo crime de posse de drogas para consumo pessoal. Inconformado com a condenação, em primeira e segunda instância, Francisco representado pela Defensoria Pública, ingressou com o Recurso Extraordinário alegando que a criminalização do consumo de drogas fere o disposto no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, que dispõe:

Art. 5º - Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

X - São invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação (BRASIL, 1988, não paginado).

O Ministério Público alega que o bem protegido é a saúde pública, pois o viciado tende a aumentar o vício em toda sociedade. O recurso começou a ser julgado em 2015 tendo como relator o Ministro Gilmar Mendes. O voto do ministro relator foi pelo reconhecimento da inconstitucionalidade e foi acompanhado pelos votos dos ministros Roberto Barroso e Edson Fachin. O ministro Teori Zavascki pediu vista do processo e, após seu trágico falecimento, o processo encontra-se suspenso. A discussão a respeito da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 não teve

início com recurso da Defensoria Pública do Estado de São Paulo. Essa discussão é anterior, inclusive, a promulgação da Lei de Drogas.

Carvalho (1996) destaca que a descriminalização pode ser apontada, desde a perspectiva alternativa, como um dos requisitos fundamentais para o respeito e tutela dos direitos e garantias de primeira (direitos individuais), segunda (direitos coletivos) e terceira geração (direitos difusos). Portanto, muito antes da atual Lei de Drogas, diversos estudiosos de Direito Penal já apontavam que a criminalização das drogas para consumo pessoal feria os direitos fundamentais. A discussão se acalorou após a promulgação da Lei 11.343/06.

Carvalho (1996) defendeu que a proibição do porte para uso fere direitos fundamentais, sendo que o sustentáculo da programação punitiva ocorre em dois pontos relevantes: (a) ser o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/06 de perigo abstrato e (b) ser a saúde pública o bem jurídico tutelado. O discurso da periculosidade presumida do ato (expansividade) e do escopo da lei em tutelar interesses coletivos e não individuais permite, inclusive, que a posse de pequena quantidade de droga seja objeto de incriminação. A impossibilidade de constatação empírica das teses de legitimação do discurso criminalizador, decorrente, sobretudo, da intangibilidade do bem jurídico, por si só desqualifica a manutenção da opção proibicionista.

De acordo com Silva (2020) toda a discussão da inconstitucionalidade do artigo 28 da Lei 11.343/06 se dá em torno de alguns princípios constitucionais e do próprio Direito Penal, tendo em vista que o discurso proibicionista em prol da saúde pública não conseguiu legitimar a violação destes princípios. Além do princípio constitucional do artigo 5º, inciso X, fere também o princípio da alteridade do Direito penal, que prevê que os danos de uma conduta para ser passíveis de punição penal devem transcender a pessoa do próprio autor, lesando bens ou interesses de terceiros.

De acordo com Queiroz (2014) o artigo 28, que criminaliza a posse de droga para consumo, é inconstitucional, porque o indivíduo é senhor de seu próprio destino, corpo e saúde, razão pela qual compete-lhe decidir sobre o que é melhor (e pior) para si mesmo. Assim, por força do princípio da lesividade²¹, só pode constituir infração penal uma conduta que implique violação a interesse, à liberdade ou a bem jurídico de terceiro, razão pelo qual ações que encerrem apenas má disposição de direito ou interesse próprio não podem ser objeto do direito penal, a exemplo da autolesão, do suicídio tentado ou do dano à coisa própria.

Há claras demonstrações de que o artigo 28 da Lei 11.343/06 é inconstitucional, por ser uma evidente tentativa do Estado tutelar a vida particular do cidadão, em descompasso com os direitos e princípios fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

O Brasil foi construindo sua política anti-drogas, baseada no discurso punitivista de que as drogas são as grandes inimigas da sociedade. Em 1976 promulgou uma de suas mais importantes legislações de combate às drogas, lei que previa uma pena de três a cinco anos para quem se enquadrasse no crime de tráfico de drogas. Lei 6.368/76 colocara de vez o Brasil na Guerra às Drogas, e fomentava o encarceramento de quem fosse surpreendido com qualquer substância proibida.

O grande marco da legislação de drogas no Brasil foi a Lei 11.343/06, a lei que surgiu com elogios de grande parte dos intelectuais e estudiosos das questões penitenciárias no Brasil, porque separava as figuras do traficante e do usuário. Punia duramente o traficante, afinal a Guerra às Drogas não interrompe seu curso, mas abrandava as punições para o usuário, que era visto como uma vítima do criminoso e deveria ser tratado por conta de sua dependência química.

Vale ressaltar que muito embora tenha sido recebida com entusiasmo pelos ativistas do desencarceramento, a lei teve o efeito reverso: aumentou em 300% o número de encarcerados por tráfico de drogas no país de 2005 a 2016. Esse aumento exponencial se dá pelo aspecto subjetivo que a lei trouxe ao tipificar as figuras do traficante e do usuário, deixando a cargo da autoridade policial, de forma subjetiva, enquadrar o abordado no crime de tráfico de drogas ou de posse para consumo pessoal. Essa subjetividade da lei ultrapassa o poder do policial nas ruas e replica esse julgamento, por vezes eivado de preconceitos, nas delegacias e nas salas de audiência de todo país.

7 CONCLUSÃO

A subjetividade da Lei 11.343/06 foi fundamental para o aumento expressivo do encarceramento em massa.

No Brasil o punitivismo tem origem na mentalidade policialesca do fascismo italiano, tendo em vista que, nosso Código de Processo Penal que data de 1941 é totalmente inspirado no Código de Processo Penal Fascista. A ideia punitivista está enraizada no imaginário brasileiro, o que contrasta com os ideais garantistas assumidos pela nossa Constituição Cidadã de 1988.

O punitivismo, infelizmente, tem sido a carta da vez na aplicação das políticas penais e, pode-se observar isso em especial quando observamos como o próprio sistema capitalista direciona suas políticas penais para grupos específicos de pessoas, aquelas que não se enquadram na visão do mercado, que são consideradas dispensáveis pelo Estado.

A subjetividade da Lei 11.343/06 é uma das grandes responsáveis pelo encarceramento em massa no país, sendo constantemente utilizada a favor do punitivismo estatal, apreendendo em sua maioria jovens com baixa escolaridade, negros e pobres.

É urgente um debate sério e incisivo sobre a atual legislação de drogas no Brasil, em especial sobre a forma subjetiva de tipificação.

Cumprir mencionar o disposto pelo Superior Tribunal de Justiça/SP (2020) determinou que os condenados que cumprem pena e aos que vierem a ser sancionados pela prática do crime de tráfico na modalidade privilegiada, não deve ser imposto o regime inicial fechado para cumprimento de pena, devendo haver pronta correção aos já assim sentenciados. Vital (2020) analisa que esse é o entendimento da 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que concedeu Habeas Corpus coletivo para proibir que juízes e desembargadores da Justiça de São Paulo apliquem regime fechado a presos enquadrados no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas). Aos que já cumprem pena nessa situação, o Judiciário paulista deve fazer a devida correção.

Em relação aos condenados por tráfico privilegiado a penas menores do que quatro anos, a 6ª Turma determina que os juízos da execução penal reavaliem com máxima urgência a situação de cada um de modo a verificar a possibilidade de progressão ao regime aberto em face de eventual detração penal decorrente do período em que estiveram presos cautelarmente. A concessão foi para que se determine ao Judiciário paulista o cumprimento da ordem de Habeas Corpus inclusive para providenciar a imediata expedição do alvará de soltura aos presos que, beneficiados por essas medidas, não estejam encarcerados por outros motivos.

Nessa perspectiva, é fundamental estimular um debate sério em relação ao consumo de entorpecentes, e da maneira que o Estado deve tratar os dependentes químicos, tirando a dependência química da esfera penal e transferindo-a para a rede de apoio de assistência social e de saúde. Só assim conseguiremos combater o encarceramento em massa, que traz prejuízos imensuráveis para sociedade brasileira, como por exemplo, o aumento da violência, o fortalecimento das organizações criminosas que atuam dentro dos presídios, e o próprio aumento do consumo de drogas no país.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal**: parte I. 17 Ed. Saraiva. São Paulo: 2012.

BRASIL. **Decreto-lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Brasília, DF, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 891, de 25 de novembro de 1938.** Brasília, DF, 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-891-25-novembro-1938-349873-norma-pe.html>. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964.** Brasília, DF, 1964. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1964/D54216.html. Acesso em: 25 out. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Brasília, DF, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 out. 2020.

CARVALHO, S. **A política criminal de drogas no Brasil:** estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

CARVALHO, S. **A Política Criminal de Drogas no Brasil:** do discurso oficial às razões da descriminalização. Rio de Janeiro: Luam, 1996.

HAMILTON, O. **Drogas:** criminalização simbólica. Natal: OWL, 2019.

QUEIROZ, P. **Notas sobre a lei de drogas.** 2014. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/notas-sobre-a-lei-de-drogas/>. Acesso em: 06 ago. 2020.

RODAS, S. **Enxugando gelo:** Guerra às drogas sobrecarrega prisões e alimenta massacres. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jan-08/guerra-drogas-sobrecarrega-prisoas-alimenta-massacres>. Acesso em: 05 out. 2020.

SILVA, C. D. M. **Lei de drogas comentada.** 2. ed. São Paulo: Associação Paulista do Ministério Público, 2016.

SILVA, R. J. A. **O Punitivismo Penal e a Guerra às Drogas:** a lei de drogas brasileira e seus mecanismos a favor do encarceramento em massa. São Paulo: Renan Joubert Almeida Silva, 2020.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Habeas Corpus nº 596.603 - SP (2020/0170612-1).** São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/SiteAssets/documentos/noticias/08092020%20HABEAS%20CORPUS%20N%C2%BA%20596603.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2020.

VALOIS, L. C. **O Direito Penal da Guerra às Drogas**. 3 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

VITAL, D. Ao conceder HC coletivo, STJ garante regime aberto para pequeno traficante. **Revista Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-08/stj-proibe-tj-sp-aplicar-regime-fechado-trafficoprivilegiado>. Acesso em: 18 nov. 2020.

WEIGERT, M. A. B. **Uso de drogas e sistema penal**: Entre o proibicionismo e a redução de danos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GUARDA COMPARTILHADA: A BUSCA PELO INTERESSE DO MENOR E O DISSENSO ENTRE OS GENITORES

DÉBORA MILHOMEM PAES LANDIN:
Acadêmica de Direito na Universidade de Gurupi UnirG. Ensino Superior Incompleto. Figueirópolis-TO.

VANUZA PIRES DA COSTA⁷⁶
(orientadora)

Resumo Após a entrada em vigor da Lei nº 13.058/2014, o artigo 1.584 do Código Civil foi alterado para estabelecer que, quando não houver acordo e os dois genitores tiverem condições de cuidar, a guarda a ser fixada pelo Juiz será a compartilhada. Desde então a guarda compartilhada é a regra que somente deixa de ser aplicada quando verificado pelo Juiz que as condições adversas não permitem a sua fixação. Diante desta previsão legal a pesquisa objetiva analisar se a guarda compartilhada, aplicada em caso de desarmonia entre os pais, atende ao princípio do melhor interesse do menor. Sua elaboração se deu por meio do método dedutivo, com pesquisa bibliográfica, exploratória e de análise qualitativa de materiais coletados em livros e jurisprudências disponíveis em sites e bibliotecas. O resultado obtido na pesquisa foi a conclusão de que a guarda compartilhada é o regime que propicia melhores condições de atender ao princípio do melhor interesse do menor, mas que pode ser afastada quando verificado que a convivência conflituosa dos genitores acaba afetando a criança e adolescente, inviabilizando o crescimento sadio do filho por presenciar discussões de seus genitores.

Palavras-Chave: Filiação. Guarda Compartilhada. Ausência De Consenso Dos Genitores. Princípio Do Melhor Interesse.

Abstract: After the entry into force of Law 13.058 / 2014, article 1.584 of the Civil Code was amended to establish that, when there is no agreement and the two parents are able to care, the custody to be fixed by the Judge will be shared. Since then, shared custody is the rule that only stops being applied when verified by the Judge that the adverse conditions do not allow its fixation. Given this legal provision, the research aims to analyze whether shared custody, applied in case of disharmony between parents, meets the principle of the best interest of the child. Its elaboration took place through the deductive method, with bibliographic, exploratory research and qualitative

⁷⁶ Mestranda em Direito na Era Digital pelo UNIVEM, Esp. em Direito e Processo do Trabalho. prof.^a no Curso de Direito da Universidade UNIRG e Faculdade UNEST. Advogada.

analysis of materials collected in books and jurisprudence available on websites and libraries. The result obtained in the research was the conclusion that the shared custody is the regime that provides better conditions to meet the principle of the best interest of the minor, but that can be removed when it is verified that the conflicting coexistence of the parents ends up affecting the child and adolescent, making the son's healthy growth unfeasible by witnessing discussions from his parents.

Keywords: Affiliation. Shared custody. Absence of consensus from parents. Best Interest Principle.

Sumário: Introdução. 1. Os direitos e deveres da filiação. 2. A regulamentação da guarda no Brasil. 3. A guarda compartilhada e suas características legais. 4. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente. 5. A fixação da guarda compartilhada e a busca pelo interesse da criança e do adolescente. 6. Guarda compartilhada e a ausência de consenso entre os genitores. Considerações finais. Referências.

Introdução

Com a dissolução da união estável ou divórcio em que existem filhos menores, há que ser fixada desde logo as obrigações em relação à criação e sustento dos infantes, isto porque os deveres em relação aos filhos permanecem independentemente da modificação do estado civil de seus genitores.

O Código Civil Brasileiro destina alguns de seus artigos para a regulamentação da guarda, prevendo que duas espécies são admitidas: a unilateral e a compartilhada.

Com o advento da Lei nº. 13.058 de 2014, a guarda compartilhada passou a ser a regra aplicada em razão da alteração da redação do §2º do artigo 1.058 do diploma civil, com finalidade de atender o interesse do menor. O intuito de sua inclusão legislativa foi de atender os interesses dos filhos, isto é, estabelecer a prioridade dos direitos das crianças e adolescentes, a serem assegurados por todos.

Desde a sua inserção no ordenamento se questiona qual seria o regime de guarda que melhor atende aos interesses da criança e do adolescente que é fruto da relação afetiva que se encerrou.

Deste modo, a pesquisa científica se destina a investigar se a aplicação da guarda compartilhada, em caso de dissenso entre os genitores, atende ao princípio do melhor interesse do menor. A sua elaboração mostra-se essencial para discutir o regime e sua aplicação em conjunto com o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente que está insculpido na Constituição Federal.

Nesse contexto, o estudo teve como objetivo discutir o instituto da guarda compartilhada e a sua fixação como regra legal no Código Civil para atender ao

princípio do melhor interesse do menor nas situações em que existe dissenso entre os genitores. Para isso, foram estudados os direitos e deveres entre pais e filhos, bem como fora definida a guarda compartilhada e seus elementos característicos.

A metodologia adotada foi a de pesquisa bibliográfica, com a análise e citação entendimentos doutrinários e jurisprudenciais já publicados anteriormente, baseado em opiniões de juristas experientes em direito de família.

A presente pesquisa científica foi elaborada com base em material bibliográfico coletado em livros que discutem a fixação da guarda no direito brasileiro, publicados recentemente e adquiridos de modo não oneroso. Os descritores de busca utilizados foram: guarda compartilhada e princípio do melhor interesse do menor.

O trabalho, que foi desenvolvido segundo o método dedutivo de pesquisa, quanto ao seu objetivo classifica-se como exploratório, já que teve o propósito de explorar e aprimorar o debate sobre a guarda compartilhada prevista no Código Civil de 2002.

Os dados foram analisados através de metodologia de análise qualitativa de texto, ou seja, análise dos conteúdos jurídicos e confronto dos pontos de vista para apontar a interpretação mais acertada segundo o ordenamento em vigor. Os resultados obtidos no decorrer da pesquisa foram apresentados de forma textual, com a transcrição de trechos doutrinários e jurisprudenciais dos Tribunais Superiores.

1 Os Direitos E Deveres De Filiação

Apesar de atualmente existirem famílias constituídas sem o intuito de ter filhos, é fato que a filiação é o resultado mais esperado nas uniões afetivas, sejam elas de natureza heterossexual ou não.

Como se sabe, não existem óbices legais a dissolução da relação afetiva entre duas pessoas que perderam o interesse em conviverem juntas, uma vez que o divórcio é admitido de forma direta desde o ano de 2010, através da Emenda Constitucional nº 66/2010, que no parágrafo 6º, do artigo 226 da Constituição Federal, passou a dispor que “o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio” (BRASIL, 1988).

Todavia, a mudança no estado civil das pessoas não põe fim a todas as obrigações por eles assumidas. Quando advém filhos da união, os deveres de cuidados em relação a eles permanecem e devem ser cumpridos por seus genitores.

Ou seja, mesmo após a dissolução do laço conjugal, permanecem intactos os direitos e deveres em relação aos filhos, disciplinados no artigo 227 da Constituição Federal, que assevera:

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (BRASIL, 1988)”.

Em complemento, assim afirma Paulo Lobo:

“A separação dos cônjuges ou dos companheiros (separação de corpos, separação de fato, dissolução da união estável ou divórcio) não pode significar separação de pais e filhos. Em outras palavras, separam-se os pais, mas não estes em relação a seus filhos incapazes. O princípio do melhor interesse da criança trouxe-a ao centro da tutela jurídica, prevalecendo sobre os interesses dos pais em conflito. Na sistemática legal anterior, a proteção da criança resumia-se a quem ficaria com sua guarda, como aspecto secundário e derivado da separação. A concepção da criança como pessoa em formação e sua qualidade de sujeito de direitos redirecionou a primazia para si, máxime por força do princípio constitucional da prioridade absoluta (art. 227 da CF/1988) de sua dignidade, de seu respeito, de sua convivência familiar, que não podem ficar comprometidos com a separação de seus pais. A cessação da convivência entre os pais não faz cessar a convivência familiar entre os filhos e seus pais, ainda que estes passem a viver em residências distintas (LOBO, 2021, p.87)”.

Isto porque entre os pais e filhos existe uma relação de parentesco assim definida por Rodrigo da Cunha Pereira:

“Do latim parentatus, de pares. É a relação que se estabelece entre pessoas unidas pelos laços de família. Para o Direito de Família e Sucessões é a ligação consanguínea ou jurídica que une as pessoas pelo fato natural do nascimento ou por um fato jurídico como o casamento, a adoção e a socioafetividade (PEREIRA, 2021, p.617)”.

Todas essas espécies de parentesco estão asseguradas pelo Código Civil, que em seu artigo 1.593 determina que “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem” (BRASIL, 2002).

Essa disposição legal é reflexo da interpretação abrangente do parentesco e da filiação, que pode ser constituída de variadas formas.

“No atual estágio da sociedade, não mais interessa a origem da filiação. Popularizam-se os métodos de reprodução assistida homóloga e heteróloga, a doação de óvulos e espermatozoides, a gravidez por substituição. E isso sem falar ainda na clonagem humana. Ditos avanços ocasionaram uma reviravolta nos vínculos de filiação. A partir do momento em que se tornou possível interferir na reprodução humana, a procriação deixou de ser um fato natural para subjugar-se à vontade do homem (DIAS, 2021, p. 211)”.

Diferente do que ocorria anteriormente, o sistema legal em vigência reconhece os vínculos de parentesco de origem diversa da consanguínea, conforme comentários de Rodrigo da Cunha Pereira:

“Com a mudança das relações familiares, ampliou-se o leque de possibilidades das relações conjugais, e também das relações parentais. Se antes a conjugalidade legítima era apenas a do casamento, desde a CR 1988 passou a ser possível também às uniões estáveis. No campo das famílias parentais, também em consequência do afeto, e da afetividade como princípio catalisador de todas as relações conjugais, surgiram outras possibilidades de parentesco, já que tornou-se possível outras possibilidades de formação de famílias parentais, como as ectogenéticas coparentais (ver item 1.10.12), que são resultado da evolução da engenharia genética, mas também da compreensão da socioafetividade. (PEREIRA, 2021, p.622)”.

Assim sendo, tendo em vista que a filiação “designa a relação de parentesco na linha reta e em primeiro grau, do filho em relação aos pais” (PEREIRA, 2021, p. 624), ela está protegida pela lei através da regulamentação dos direitos e deveres dos genitores prevista no artigo 1.634 do Código Civil:

“Art. 1.634. Compete a ambos os pais, qualquer que seja a sua situação conjugal, o pleno exercício do poder familiar, que consiste em, quanto aos filhos:

I - dirigir-lhes a criação e a educação;

II - exercer a guarda unilateral ou compartilhada nos termos do art. 1.584;

III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;

IV - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para viajarem ao exterior;

V - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para mudarem sua residência permanente para outro Município;

VI - nomear-lhes tutor por testamento ou documento autêntico, se o outro dos pais não lhe sobreviver, ou o sobrevivente não puder exercer o poder familiar;

VII - representá-los judicial e extrajudicialmente até os 16 (dezesesseis) anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento;

VIII - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;

IX - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002)".

Os deveres do poder familiar esculpados no rol acima estão diretamente ligados aos direitos que os filhos tem à convivência familiar, os quais são considerados irrenunciáveis, devendo permanecer ainda que a relação afetiva entre os genitores chegue ao fim, isto porque os deveres em relação aos filhos não cessam com a dissolução conjugal.

"O poder familiar é irrenunciável, intransferível, inalienável e imprescritível. Decorre tanto da paternidade natural como da filiação legal e da socioafetiva. As obrigações que dele fluem são personalíssimas. Como os pais não podem renunciar aos filhos, os encargos que derivam da paternidade também não podem ser transferidos ou alienados (DIAS, 2021, p. 309)".

Esses deveres estão disciplinados no Código Civil de 2002, os quais são objeto de discussão nos processos em que há a dissolução da união afetiva dos genitores. Nessas situações, os direitos e deveres em relação aos filhos são objeto de debate, especialmente a regulamentação da guarda, que tem como regra legal a fixação de sua modalidade compartilhada, que é o objeto de estudo desta pesquisa.

2 A Regulamentação Da Guarda No Brasil

A guarda dos filhos está inserida dentre os deveres dos pais em relação aos filhos, a qual é exercida até o alcance de sua maioridade, que segundo o ordenamento em vigor, ocorre ao completar 18 (dezoito) anos de idade.

Rodrigo Cunha Pereira a define explicando que “no direito de família, a guarda refere-se aos filhos menores de 18 anos e significa o poder dever dos pais de ter seus filhos em sua companhia para educa-los e cria-los” (PEREIRA, 2021, p.677).

A guarda, que está prevista no inciso II do artigo 1.634 mencionado no tópico anterior, é um direito/dever mútuo dos genitores e dos filhos à manterem o convívio familiar. Enquanto os pais tem sua relação com os filhos preservada mesmo após a dissolução da união afetiva, o filho tem seu direito de convivência com o genitor que não mais reside no antigo lar.

“Nosso sistema jurídico determina que a ruptura da conjugalidade não pode significar também ruptura dos vínculos entre a criança ou o adolescente e seus pais. O menor deve ser tratado como pessoa em formação, sujeito de direito e não um objeto de negociação. A Constituição da República estabeleceu uma série de deveres para a família, principalmente no tocante às responsabilidades dos pais, visando à guarda e proteção desses menores, a fim de lhes proporcionar as necessárias condições de sua formação e desenvolvimento biopsíquico (PEREIRA, 2021, p.678)”.

Assim sendo, o dever de cuidado e criação dos filhos é uma das obrigações que permanece após o fim da união afetiva e que deve ser exercida pelos genitores através da guarda.

A guarda dos filhos é matéria do direito de família que sofreu mudanças significativas ao longo dos anos, conforme retrospecto legal comentado por Maria Berenice Dias:

“O Código Civil de 1916, com claro viés punitivo, determinava que, em caso de desquite, os filhos menores ficavam com o cônjuge inocente. A Lei do Divórcio aplicava a mesma punição ao cônjuge culpado (LD 10), mas o juiz tinha a faculdade de decidir diversamente (LD 13). Foi a Constituição da República que consagrou o princípio da igualdade e assegurou ao homem e à mulher os mesmos direitos e deveres referentes à sociedade

conjugal (CR226 §5º), provocando reflexos significativos no poder familiar. O Estatuto da Criança e do Adolescente, ao dar prioridade absoluta a crianças e adolescentes, transformou-se em sujeitos de direito. O Código Civil olvidou-se de incorporar o princípio do melhor interesse ditado pelo ECA. Sob o título de proteção da pessoa dos filhos, estabelecia algumas diretrizes com referência à guarda unipessoal e singelo regime de visitas. Mas os tempos mudaram (DIAS, 2021, p. 381)“.

Antigamente, cabia à mulher os cuidados de criação dos filhos enquanto o pai era o responsável pelo sustento da família. Nesse cenário, era a genitora quem detinha a guarda dos filhos menores quando havia a ruptura do matrimônio. Hoje em dia, o que prevalece é o interesse dos filhos, de modo que a guarda pode ser exercida por qualquer um dos genitores.

Atualmente, existem dois regimes de guarda previstos no Código Civil Brasileiro, que em seu artigo 1.583 dispõe que “a guarda será unilateral ou compartilhada” (BRASIL, 2002). A definição legal das duas modalidades é a seguinte:

“§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns. (Incluído pela Lei nº 11.698, de 2008) (BRASIL, 2002)“.

Por muitos anos a regra adotada era a fixação da guarda unilateral, em que competia ao guardião da criança ou adolescente o dever de criação, enquanto que o não detentor da guarda detém o direito de visitas. Nessa modalidade, os principais deveres diários ficam sob os ombros de apenas um deles.

Foi em 2014 que a modalidade de guarda compartilhada – inserida no Código Civil pela Lei nº 11.698/2008, tornou-se a regra legal.

“A Lei n. 11.698/2008 e, posteriormente, a Lei n. 13.058, de 2014, promoveram alteração radical no modelo de convivência entre pais separados e filhos, até então dominante no direito brasileiro, ou seja, da guarda unilateral conjugada com o direito de visita. A Lei n. 13.058/2014, com nosso aplauso, instituiu a obrigatoriedade pelo que denominou “guarda compartilhada”, que somente é substituída pela guarda unilateral quando um dos genitores declarar ao juiz “que não deseja a guarda do menor”. (LOBO, 2021, p. 88)“.

Diante desta expressiva mudança legislativa, a guarda compartilhada tornou-se a principal modalidade aplicada às famílias brasileiras, situação que enseja a discussão acerca da guarda compartilhada e da busca pelo interesse da criança e do adolescente. Sua fixação e características serão estudadas a partir de agora.

3 A Guarda Compartilhada E Suas Características Legais

A guarda compartilhada é uma das modalidades de guarda que está prevista na parte final do artigo 1.583 do Código Civil, e que tem como característica “a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns” conforme definição legal contida no parágrafo 1º do referido artigo de Lei (BRASIL, 2002).

Paulo Lobo define essa modalidade nos seguintes termos:

“A guarda compartilhada é exercida em conjunto pelos pais separados, de modo a assegurar aos filhos a convivência e o acesso livres a ambos. Nessa modalidade, a guarda é substituída pelo direito à convivência dos filhos em relação aos pais. Ainda que separados, os pais exercem em plenitude a autoridade parental. Consequentemente, tornam-se desnecessários a guarda exclusiva e o direito de visita, geradores de “pais de fins de semana” ou de “mães de feriados”, que privam os filhos de suas presenças cotidianas (LOBO, 2021, p. 88)”.

Isto é, a guarda compartilhada tem como característica permitir a participação dos dois genitores nos cuidados do dia a dia em relação aos filhos, diferente do que acontece na guarda unilateral. Nessa modalidade, os dois exercem plenamente seus direitos e deveres decorrentes do parentesco e da filiação, sem que fique a convivência com os filhos restrita há poucas horas ou finais de semana.

O seu objetivo é tornar os dois genitores corresponsáveis pelos filhos e minimizar os efeitos da separação dos pais na formação dos menores, sendo que não existe óbice à fixação do compartilhamento da guarda de genitores que residam em municípios diferentes, sendo que nesses casos a moradia dos filhos será fixada na localidade que melhor atenda aos seus interesses.

Isto porque esse regime de guarda tem como finalidade atender aos interesses dos menores e sobrepô-los aos genitores. Para Maria Berenice Dias “a finalidade é consagrar o direito da criança e seus dois genitores, colocando um freio na irresponsabilidade provocada pela guarda individual. (DIAS, 2021, p.388)”.

Além disso, outro aspecto levado em consideração pelo legislador é a de afastar a alienação parental e impedir que os filhos sejam utilizados como meio de punir o outro genitor pela dissolução da união afetiva.

“Não querer compartilhar a guarda com o ex-cônjuge ou o ex-companheiro pode ser apenas uma questão de poder, ou mesmo de uma sutil e grave manifestação de alienação parental (cf. capítulo 12 – Alienação Parental). Muitos casais, ou pelo menos uma das partes, misturando subjetividade com objetividade, inconscientemente ou não, acabam usando o filho como instrumento de poder. Aliás, a guarda única e o medo e resistência da guarda compartilhada estão diretamente relacionados à ideia de poder. É assim que o(s) filho(s) muitas vezes se torna(m) “moeda de troca” no fim da conjugalidade (PEREIRA, 2021, p.683)”.

Ou seja, a previsão legal da guarda compartilhada, além de preservar os direitos dos filhos, busca também assegurar a convivência sadia do genitor que “sai de casa”, e lhe dá condições reais de participar da criação de seus filhos, sem que o término do relacionamento cause também a ruptura da convivência com a criança ou adolescente.

Assim sendo, quando fixada à guarda compartilhada, a convivência das crianças e adolescentes com seus genitores deve ser dividida de forma igualitária, permitindo o equilíbrio entre ambos os pais, observadas as condições e interesses dos filhos (BRASIL, 2002).

Portanto, “nesse tipo de guarda, não há exclusividade em seu exercício. Tanto o pai quanto a mãe detém-na e são corresponsáveis pela condução da vida dos filhos” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2021, p. 217). Ou seja, os dois genitores tem poder de tomada de decisões relativas à criação de seus filhos.

Essa modalidade de guarda foi inserida no ordenamento jurídico em 2008, através da Lei nº 11.698, que deu a redação atual ao artigo 1.583 do Código Civil. Contudo, foi em 2014 que ela tornou-se obrigatória, através da Lei 13.058/2014 que estabeleceu a sua fixação quando há dissenso entre os genitores sobre a guarda dos filhos (BRASIL, 2014).

Atualmente, o regime de guarda previsto no Código Civil pode ser fixado tanto por consenso dos genitores quanto por determinação judicial, conforme esclarece Paulo Lobo:

“A guarda compartilhada não é mais subordinada ao acordo dos genitores quando se separam. Ao contrário, quando não houver acordo, “será aplicada” pelo juiz, de acordo com a atual redação

do § 2º do art. 1.584 do CC/2002. Dessa norma legal decorrem as seguintes consequências: a) prevalecerá o acordo dos pais pela guarda compartilhada ou pela guarda unilateral atribuída a um deles; b) se os pais estiverem em conflito positivo (cada um quer a guarda unilateral do filho), a guarda compartilhada deverá ser determinada pelo juiz; c) se um dos pais não quiser a guarda compartilhada, o outro ficará com a guarda unilateral (LOBO, 2021, p. 88)“.

Portanto, quando não há um consenso entre os genitores sobre o regime de guarda a ser aplicada, caberá ao Magistrado à tomada da decisão que, segundo determina o §2º do artigo 1.584 será, em regra, a fixação da guarda compartilhada. Contudo, esta decisão deve levar em consideração o melhor interesse do menor.

4 O Princípio Do Melhor Interesse Da Criança E Do Adolescente

O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente está insculpido no ordenamento jurídico e tem como embasamento o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, que reconhece a criança e adolescente como pessoa de direito, que merece integral proteção da sociedade e do Estado.

“cuida-se de princípio autônomo, encontrando respaldo no art. 227, caput, da Constituição Federal, significando que, à frente dos adultos, estão crianças e adolescentes. Todos temos direito à vida, à integridade física, à saúde, à segurança etc., mas os infantes e jovens precisam ser tratados em primeiríssimo lugar (seria em primeiro lugar, fosse apenas prioridade; porém, a absoluta prioridade é uma ênfase), em todos os aspectos. Precisam ser o foco principal do Poder Executivo na destinação de verbas para o amparo à família e ao menor em situação vulnerável; precisam das leis votadas com prioridade total, em seu benefício; precisam de processos céleres e juízes comprometidos (NUCCI, 2021, p. 28)“.

Portanto, esse princípio está implicitamente previsto na Constituição ao estabelecer o direito das crianças e adolescentes prioritariamente aos demais, em razão da vulnerabilidade decorrente da ausência de capacidade plena que somente é adquirida com a sua maioridade.

Como o próprio nome diz, esse princípio tem como fundamento a preconização dos interesses das crianças e dos adolescentes em relação aos demais. São suas necessidades que devem ser priorizadas pelo julgador. Ou seja:

“O que interessa na aplicação deste princípio fundamental é que a criança/adolescente, cujos interesses e direitos devem sobrepor-se ao dos adultos, sejam tratados como sujeito de direitos e titulados de uma identidade própria e também uma identidade social. (PEREIRA, 2021, p.178)”.

Quer isto dizer que este princípio reconhece a condição especial das crianças e adolescentes e determina que o julgador deve interpretar a norma e aplicar o direito observando os interesses dos menores, colocando-os em primeiro lugar.

É um dos pilares do direito infanto-juvenil do ordenamento brasileiro e, por isto, deve ser cumprido pelo Poder Judiciário ao apreciar as demandas relativas aos direitos das crianças e adolescentes, dentre eles os casos de fixação de guarda. O Poder Judiciário “jamais se pode utilizar esse princípio para prejudicar a criança ou adolescente” (NUCCI, 2021, p. 28). Pelo contrário, a busca pela proteção integral dos direitos dos menores deve ser o ponto de partida da discussão.

Assim sendo, o julgador deve ater-se ao princípio do melhor interesse ao decidir sobre o regime de guarda adotado ao caso concreto. Sob essa perspectiva, não há como discutir o regime de guarda compartilhada sem levar em consideração o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente.

5 A Fixação Da Guarda Compartilhada E A Busca Pelo Interesse Da Criança E Do Adolescente

Foi com o intuito de resguardar os direitos das crianças e adolescentes e dar-lhes prioridade que o legislador alterou o Código Civil para tornar a guarda compartilhada a regra adotada pelo Código Civil (TARTUCE, 2020).

Dentre os fundamentos que embasaram a alteração legislativa está a busca pela aplicação do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, haja vista que torna a participação do segundo genitor uma realidade, conforme assevera Rodrigo da Cunha Pereira:

“Foi esta nova concepção sobre crianças e adolescentes que provocou alterações no conteúdo das decisões judiciais sobre guarda de filhos. Sabe-se hoje que uma boa mãe ou um bom pai pode não ser um bom marido ou boa esposa. Em outras palavras, as funções conjugais são diferentes das funções parentais, e devem ser diferenciadas para que se faça um julgamento justo sobre guarda e convivência de filhos. Mudou-se não só os julgamentos, mas também a concepção de guarda de filhos, que deverá ficar com quem atender seu melhor interesse, não

necessariamente o pai ou a mãe. E foi exatamente atendendo a este interesse maior que a ideia de guarda única perdeu lugar para a guarda compartilhada (também denominada de guarda conjunta) como regra geral (Lei nº 11.698/08). É também em atendimento ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e Adolescente, que surgiram novas concepções e institutos jurídicos (PEREIRA, 2021, p. 178-179)“.

Quis o doutrinador destacar que a simples dissolução conjugal não torna o genitor inapto a criação de seus filhos, de modo que ele deve sim manter a convivência com a criança ou adolescente, cujos cidadãos tem direitos e interesses resguardados pelo princípio do melhor Interesse.

Sob essa perspectiva, aponta a doutrina que a guarda compartilhada é a modalidade que melhor atende aos interesses dos filhos, estando intrinsecamente ligada a este princípio infanto-juvenil.

“Em nome do princípio do melhor interesse das crianças e adolescentes, a guarda compartilhada passou a ser regra imposta pelo nosso ordenamento jurídico, embora sob o aspecto constitucional já pudesse ser aplicada. Deve ser empregada até mesmo de ofício pelos juízes em caso de não acordo entre os pais (art. 1.584,II, §2º). Apesar de grande dificuldade de aplicação prática – em razão de ausência de preocupação dos pais com essa situação diante do término da conjugalidade -, é justamente esse modelo que vai se adequar às questões discutidas sobre a continuidade do integral e efetivo exercício do poder familiar quando da separação fática ou divórcio dos pais (PEREIRA, 2021, p. 682)“.

Então, considerando que a convivência dos filhos com seus genitores é o mecanismo que protege o melhor interesse dos infantes, é por meio do compartilhamento da guarda que ela se torna mais efetiva.

Isso porque a criança e o adolescente tem assegurado pela Constituição Federal o direito de conviver com seus pais em um ambiente harmônico que lhe assegure as condições mínimas para crescer com dignidade, fundamento básico no ordenamento pátrio.

“Com efeito, essas são justamente as duas grandes vantagens da guarda compartilhada: o incremento da convivência do menor com ambos os genitores, não obstante o fim do relacionamento

amoroso entre aqueles, e a diminuição dos riscos de ocorrência da Alienação Parental. Desse modo, constata-se que, em verdade, a guarda compartilhada tem como objetivo final a concretização do princípio do melhor interesse do menor (princípio garantidor da efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, tratando-se de uma franca materialização da teoria da proteção integral — art. 227 da Constituição Federal e art. 1.º do Estatuto da Criança e do Adolescente), pois é medida que deve ser aplicada sempre e exclusivamente em benefício do filho menor” (GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, p. 218)“.

Portanto, o objetivo do legislador ao tornar a guarda compartilhada a regra legal do direito de família brasileiro é garantir que o interesse dos filhos prevaleçam e sejam cumpridos tanto pelos genitores quanto pelo Poder Judiciário através de sua imposição pelo magistrado.

Através da guarda compartilhada, a participação dos genitores na criação dos filhos é ampliada e os tornam mais presentes na vida das crianças e adolescentes já que possuem mais obrigações e prerrogativas decorrentes da paternidade e maternidade, o que indiscutivelmente garante os direitos dos filhos, que não devem sofrer as consequências da dissolução do vínculo afetivo - o que acontecia na maioria dos casos em que um dos genitores deixava à cargo do outro os deveres de criação (DIAS, 2021).

Contudo, assim como toda matéria jurídica, a sua imposição não é absoluta. Nem sequer é unânime a interpretação de que somente a guarda compartilhada atende ao princípio do melhor interesse, ao passo que a sua fixação deve levar em consideração o caso concreto e o contexto ao qual a criança está inserida, posto que existem genitores que não conseguem manter um consenso após a ruptura do vínculo afetivo.

6 Guarda Compartilhada E A Ausência De Consenso Entre Os Genitores

Conforme explanado anteriormente, o princípio do melhor interesse do menor consagrado pela legislação brasileira é um fator levado em consideração pelo julgador ao determinar a fixação do regime de guarda a ser adotado após a dissolução do casamento ou da união estável dos genitores.

Ao dispor sobre a guarda compartilhada, o Código Civil expressamente determina a sua fixação quando os pais não entram em acordo e ambos possuem condições de serem os guardiões de seus filhos. Esse é o teor do parágrafo 2º do artigo. 1.584:

“§ 2º-Quando não houver acordo entre a mãe e o pai quanto à guarda do filho, encontrando-se ambos os genitores aptos a exercer o poder familiar, será aplicada a guarda compartilhada, salvo se um dos genitores declarar ao magistrado que não deseja a guarda do menor. (Redação dada pela Lei nº 13.058, de 2014)(BRASIL. 2002)”.

Paulo Lobo, defensor da aplicação da guarda compartilhada, interpreta o dispositivo acima do seguinte modo:

“A guarda compartilhada é obrigatória, independentemente da concordância dos pais separados, sempre que houver conflito entre estes. Assim é porque inspirada e orientada pelo superior interesse da criança ou adolescente. Os interesses dos pais, diferentemente do que ocorria com a predominância anterior da guarda unilateral, não são mais decisivos (LOBO, 2021, p.88)”.

Dessa maneira, o que deve direcionar o julgador na escolha sobre o regime de guarda a ser adotado é o interesse da criança e do adolescente, situação que permite a sua fixação mesmo quando os genitores não possuem uma relação harmoniosa em razão do término do casamento ou da união afetiva.

Seguindo essa linha interpretativa, é pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que, via de regra, a falta de consenso entre os genitores não impede a fixação da guarda compartilhada justamente porque o que se preconiza é o interesse dos filhos e não o dos pais. Nesse sentido é o Aresto:

“RECURSO ESPECIAL. DIREITO DE FAMÍLIA. GUARDA COMPARTILHADA. REGRA DO SISTEMA. ART. 1.584, §2º, DO CÓDIGO CIVIL. CONSENSO DOS GENITORES. DESNECESSIDADE. ALTERNÂNCIA DE RESIDÊNCIA DA CRIANÇA. POSSIBILIDADE. MELHOR INTERESSE DO MENOR. 1. A instituição da guarda compartilhada de filho não se sujeita à transigência dos genitores ou à existência de naturais desavenças entre cônjuges separados. 2. A guarda compartilhada é a regra no ordenamento jurídico brasileiro, conforme disposto no art. 1.584 do Código Civil, em face da redação estabelecida pelas Leis nºs 11.698/2008 e 13.058/2014, ressalvadas eventuais peculiaridades do caso concreto aptas a inviabilizar a sua implementação, porquanto às partes é concedida a possibilidade de demonstrar a existência de impedimento insuperável ao seu exercício, o que não ocorreu na hipótese dos autos. 3. Recurso especial provido. (STJ – Resp:

1591161 SE 2015/0048966-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA. Data de Julgamento: 21/02/2017, T3- TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2017”.

A princípio, deve se fixar a guarda compartilhada mesmo entre genitores que estão em dissenso pós o termino de seu relacionamento afetivo. Entretanto, há que se destacar que existe um limite a ser observado em relação aos conflitos entre os genitores para verificar se existem condições de compartilhar a guarda dos filhos.

“Na esmagadora maioria dos casos, quando não se afigura possível a celebração de um acordo, ou seja, uma solução madura e negociada, soa temerária a imposição estatal de um compartilhamento da guarda, pelo simples fato de que o mau relacionamento do casal, por si só, poderá colocar em risco a integridade dos filhos(GAGLIANO e PAMPLONA FILHO, 2021, p. 218)”.

Desta feita, caso seja verificado que as desavenças extrapolam ao comum entre pais divorciados, deve-se optar por outro regime de guarda. Isto porque a situação de conflito não irá permitir a convivência sadia que a criança ou adolescente tem direito.

Presenciar embates entre seus genitores e ser um objeto de discussão de seus pais certamente irá prejudicar a formação do infante. Entende o STJ que, nesses casos, o melhor caminho é a fixação da guarda unilateral.

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. GUARDA COMPARTILHADA DE MENOR. IMPOSSIBILIDADE DE CONVIVÊNCIA HARMÔNICA ENTRE OS GENITORES. MELHOR INTERESSE DO FILHO. SUMULA N.7 DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. A guarda compartilhada entre pais separados deve ser interpretada como regra, cedendo quando os desentendimentos dos genitores ultrapassarem o mero dissenso, podendo interferir em prejuízo da formação e do saudável desenvolvimento da criança. 2. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático dos autos (Súmula n.7 do STJ). 3. No caso concreto, o Tribunal de origem analisou as provas contidas no processo para concluir que a guarda compartilhada não atende ao melhor interesse do menor. Alterar esse entendimento demandaria reexame do conjunto probatório do feito, vedado em recurso especial. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (STJ – AgInt no REsp: 1688690 DF 2017/0185629-0, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA,

Data de Julgamento: 15/10/2019, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/10/2019)“.

Assim sendo, quando se verificar que os conflitos sejam maiores do que meros dissensos entre os genitores, a regra da guarda compartilhada prevista no artigo 1.584 é afastada para ser aplicada a guarda unilateral. Essa determinação também é fixada com base no princípio do melhor interesse da criança do adolescente, isto é, para assegurar seus direitos fundamentais de pessoa em fase de formação.

Para melhor compreensão, segue a decisão proferida recentemente pelo STJ:

“PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO MANEJADO SOB A ÉGIDE DO NCPC. FAMÍLIA. PRETENSÃO DE ADOÇÃO DA GUARDA COMPARTILHADA DOS FILHOS MENORES. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE, COM BASE NOS ELEMENTOS E PROVAS CONSTANTES DOS AUTOS, CONCLUIU QUE A GUARDA COMPARTILHADA NÃO ATENDE O MELHOR INTERESSE DOS FILHOS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. REEXAME DE PROVAS. VEDAÇÃO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL INVIABILIZADO EM RAZÃO DO ÓBICE SUMULAR. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO. 1. Aplica-se o NCPC a este recurso ante os termos do Enunciado Administrativo nº 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC. 2. Esta eg. Corte Superior já decidiu que a guarda compartilhada dos filhos é o ideal a ser buscado no exercício do poder familiar, na medida em que a lei foi criada com o propósito de pai e mãe deixarem as desavenças de lado, em nome de um bem maior, qual seja, o bem-estar deles. 2.1. Contudo, a questão envolvendo a guarda de menores não pode ser resolvida somente no campo legal, devendo também ser examinada sob o viés constitucional, consubstanciado na observância do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente, previsto no art. 227 da CF, que também deve ser respeitado pelo magistrado, garantindo-lhe a proteção integral, que não podem ser vistos como objeto, mas sim como sujeitos de direito. 2.2. Em situações excepcionais e, em observância ao referido princípio, a guarda compartilhada não é recomendada, devendo ser indeferida ou postergada, como nos

casos em que as condutas conturbadas e o alto grau de beligerância entre os seus genitores ao longo do processo de guarda não observam o melhor interesse dos filhos. 3. No caso dos autos, as instâncias ordinárias concluíram pela inviabilidade da instituição da guarda compartilhada não apenas em virtude da intransigência dos genitores das crianças, mas porque as circunstâncias do caso e a dinâmica familiar indicaram que aquele instituto não atenderia, pelo menos naquele momento, o melhor interesse dos infantes. Alterar tal entendimento demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência vedada em recurso especial, a teor da Súmula nº 7 do STJ. 4. Impossível a análise da divergência jurisprudencial quando a comprovação do alegado dissenso reclama consideração sobre a situação fática própria de cada julgamento, o que não é possível de se realizar nesta via especial, por força da Súmula nº 7 desta Corte. Precedentes. 5. Agravo interno não provido. (STJ – AgInt no REsp: 1808964 SP 2019/0103267-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 09/03/2020, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2020)“.

Portanto, o fundamento que sempre irá nortear a decisão do julgador é a busca pelo melhor interesse da criança e do adolescente. Quando a convivência dos genitores mostrar-se prejudicial ao menor, o magistrado deverá optar pela fixação da guarda unilateral.

Nessa situação, “a guarda unilateral deve ser outorgada àquele que reunir melhores condições para exercê-la” (PEREIRA, 2021, p. 693). Mesmo nessa situação, fica resguardado ao genitor não guardião o direito ao convívio e o dever de fiscalizar sua criação e formação, conforme dispõe os artigos 1.583 e 1.589 do Código Civil.

Portanto, conclui-se que a guarda compartilhada foi regulamentada com o propósito de resguardar e assegurar o melhor interesse da criança e do adolescente, podendo ser fixada entre genitores que residem em locais diferentes e em dissenso, situação que somente é afastada em situações extremas, mediante a comprovação de que sua fixação não beneficiaria a formação do menor, sujeito que é protagonista da discussão e que deve ser priorizado pelos pais e pelo Estado enquanto Poder Judiciário.

Considerações Finais

O rompimento de um relacionamento afetivo influencia a vida das pessoas envolvidas com o ex-casal. Isto porque a convivência sofre uma drástica modificação e atinge substancialmente os filhos frutos da relação.

Para proteger os filhos, a legislação brasileira tratou de regulamentar o instituto da guarda, uma vez que os direitos e deveres decorrentes do parentesco e da filiação não se extingue com a ruptura do casamento ou da união estável.

Por anos, a fixação da guarda dos filhos acabava sendo estipulada de forma unilateral, restando ao genitor não guardião uma participação menor, com direito à regulamentação de visitas. Ocorre que, com o passar do tempo, observou-se que seria devida a participação igualitária na vida e criação dos infantes.

Desde o ano de 2014 que a guarda compartilhada ganhou visibilidade no ordenamento jurídico brasileiro, a medida que passou a ser fixada, via de regra, diante da separação dos pais, caso não haja acordo prévio diverso e ambos os genitores tenham condições de exercê-la.

Caracterizada pela responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe, a guarda compartilhada mantém o poder familiar de ambos os genitores e assegura a divisão equilibrada do tempo de convívio com os filhos, sempre observando as condições fáticas e os interesses dos filhos.

O fundamento dessa reforma legislativa é o atendimento do melhor interesse das crianças e dos adolescentes, isto é, para preservar e assegurar ao filho direito ao convívio com seu genitor de forma mais ampla e participativa.

Após desenvolvido o estudo foi possível concluir que a guarda compartilhada é a modalidade legal que melhor atende ao melhor interesse dos filhos, haja vista que os direitos das crianças e adolescentes ao convívio dos genitores sobrepõem-se aos dos pais, que podem compartilhar a guarda mesmo em situações de dissenso.

Todavia, as decisões jurisprudenciais apontaram que não existe impedimento ao afastamento desta regra legal quando verificado que o compartilhamento acaba por prejudicar o crescimento do menor em razão de conflitos familiares que excedem ao natural. Nessas situações, o melhor interesse deve prevalecer com a fixação de regime diverso da regra contida no §2º do artigo 1.058 do Código Civil.

O melhor interesse da criança e do adolescente é o princípio que deve nortear sempre as decisões dos Julgadores, pois, caso contrário, a modalidade fixada deverá ser alterada para atender ao menor, indivíduo em formação que tem sua proteção integral estabelecida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil Brasileiro**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm. Acesso em: 08 mar. 2021.

BRASIL. Lei nº 13.058, de 22 de dezembro de 2014. **Altera os arts. 1.583, 1.584, 1.585 e 1.634 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), para estabelecer o significado da expressão “guarda compartilhada” e dispor sobre sua aplicação**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13058.htm. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – AgInt no REsp: 1688690 DF 2017/0185629-0, Relator: Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, Data de Julgamento: 15/10/2019, T4 – QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/10/2019. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/859671953/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1688690-df-2017-0185629-0>. Acesso em: 07 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – AgInt no REsp: 1808964 SP 2019/0103267-0, Relator: Ministro MOURA RIBEIRO, Data de Julgamento: 09/03/2020, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/857230984/agravo-interno-no-recurso-especial-agint-no-resp-1808964-sp-2019-0103267-0>. Acesso em: 04 abr. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – Resp: 1591161 SE 2015/0048966-7, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BOAS CUEVA. Data de Julgamento: 21/02/2017, T3-TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/02/2017. Disponível em:

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. – 14. Ed. rev. ampl. e atual. – Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil – direito de família** – vol. 6. – 11. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/443282933/recurso-especial-resp-1591161-se-2015-0048966-7>. Acesso em: 07 abr. 2021.

LOBO, Paulo. **Direito civil – volume 5: famílias**. (e- book)– 11 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 5ª ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.



PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito das Famílias** – 2. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2021.

SEGURANÇA CLANDESTINA

DANILO VIEIRA DA SILVA:

Graduando do Curso de Direito no Centro Universitário Luterano de Manaus - ULBRA. Administrador CRA-AM 6-10088, Especialização em Gestão de Segurança Privada e Pública; Especialização em Perícia Criminal.

RUBENS ALVES DA SILVA⁷⁷

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo fazer uma análise sobre a chamada segurança privada clandestina à luz da legislação vigente. Sucede que o mercado da vigilância tem se desenvolvido de forma gradativamente no país e no mundo. A atuação da segurança clandestina tem crescido de forma preocupante nos últimos tempos, ocorre que trabalhadores atuam em diversos ramos da segurança particular que são empresas não autorizadas, como também instituições que degradam o mercado com profissionais sem corretas instruções, produtos de má qualidade, sonegação de impostos, entre outros. Para a elaboração deste trabalho, foi realizada uma pesquisa bibliográfica, exploratória, qualitativa, oferecem meios para definir, resolver, não somente problemas já conhecidos, como também explorar novas áreas onde os problemas não se cristalizaram suficientemente". Pesquisas exploratórias têm como principal finalidade desenvolver, esclarecer e modificar conceitos, com vistas à formulação de problemas ou hipóteses pesquisáveis.

Palavras-chaves: Segurança Privada; Segurança Clandestina; Riscos.

ABSTRACT: This paper aims to analyze the so-called clandestine private security in the light of current legislation. It turns out that the surveillance market has gradually developed in the country and in the world. The performance of clandestine security has grown in a worrying way in recent times, it happens that workers work in several branches of private security that are unauthorized companies, as well as institutions that degrade the market with professionals without correct instructions, poor quality products, tax evasion. taxes, among others. For the elaboration of this work, a bibliographic, exploratory, qualitative research was carried out, offering means to

⁷⁷ Professor Orientador.

define, solve, not only already known problems, but also to explore new areas where the problems did not crystallize sufficiently ". Exploratory research has the main purpose of developing, clarifying and modifying concepts, with a view to formulating searchable problems or hypotheses.

Keywords: Private Security; Clandestine Security; Scratches.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2 Atividades abrangidas pela Segurança Privada; 2.1 Riscos ao contratante de Serviço de Segurança Clandestina; 2.2 Riscos para a Contratada; 2.3 Riscos para o Trabalhador Ilegal; 2.4 Surgimento oficial da segurança privada no Brasil; 3 METODOLOGIA; 4 CONCLUSÃO. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o aumento da criminalidade nas últimas décadas, surgiu a necessidade de melhorias na segurança das pessoas e de garantir maior proteção ao patrimônio público e privado. As empresas clandestinas são aquelas que não possuem autorização da Polícia Federal para prestar os serviços de segurança privada. A contratação de empresas clandestinas para o exercício de atividades de segurança privada constitui um risco enorme. De fato, empresas clandestinas não cumprem os requisitos exigidos pela Lei 7.102/83, utilizam como profissionais "seguranças" sem nenhum critério de recrutamento e seleção, não se preocupando em checar o perfil do indivíduo, seus antecedentes criminais, não exigindo o curso de formação de vigilantes, a reciclagem de conhecimentos (obrigatória a cada dois anos) e a Carteira Nacional de Vigilante – CNV, expedida pela Polícia Federal.

As empresas clandestinas correspondem a um grande problema tanto para a segurança da população quanto para os negócios das empresas. Os empresários reclamam da concorrência desleal feita pelos clandestinos, que reduzem os preços inviabilizando as propostas daqueles que pagam os impostos de acordo com o sistema tributário brasileiro.

Ainda outro problema com relação às empresas clandestinas é a participação de ex-policiais e policiais civis e militares, tanto no papel de empresários quanto no de trabalhadores eventuais, que estimulam o surgimento e a manutenção do mercado informal. "Mesmo sendo proibida a atuação de policiais em trabalhos extras, como seguranças particulares, a prática é tolerada dentro das corporações".

Isto ocorre em parte porque, por um lado, integrantes dos níveis hierárquicos superiores das polícias abrem suas próprias empresas de vigilância e, por vezes, vendem os seus serviços nas mesmas áreas onde atuam como agentes públicos; por outro,

parte expressiva dos policiais de ponta busca o seu segundo emprego nas atividades clandestinas de segurança privada, como forma de complementação aos baixos salários” (MUNIZ E ZACCHI, 2004, p. 27).

Apesar de não haver nenhuma contagem oficial ou estimativa confiável sobre a disseminação dessas empresas, elas representam cada vez mais uma porção significativa do mercado informal brasileiro, ganhando preferência pelos baixos preços oferecidos em relação às empresas regularizadas.

2. ATIVIDADES ABRANGIDAS PELA SEGURANÇA PRIVADA

De acordo com as pesquisas especializadas sobre o tema, os serviços de segurança privada passaram a se expandir de forma mais significativa no mundo a partir dos anos 60, estimulados por mudanças importantes nas dinâmicas sociais dessa sociedade, em especial nos grandes centros urbanos. Não obstante a presença dos serviços privados de segurança ter se tornado mais evidente desde o início do século XX, a partir do pós-guerra abriram-se novas frentes para o desenvolvimento dessa indústria, que até então, sob o contexto da centralização da polícia nas mãos do Estado, consolidada no século XIX, se encontrava praticamente extinta.

De uma forma geral, as principais causas dessa expansão identificadas no cenário internacional foram: o incentivo econômico e o espaço legal para o policiamento corporativo, entre os quais o surgimento e a disseminação das "propriedades privadas em massa", também chamadas de espaços semi-públicos; o aumento do crime e da sensação de insegurança; e outros fatores inerentes a esses, como a pressão das companhias de seguros sobre seus clientes para a contratação de serviços especializados de proteção.

Entre os principais aspectos desse processo, destaca-se a disseminação das "propriedades privadas de massa", dos edifícios empresariais e edifícios de instituições públicas, além de outros fatores inerentes a esses, como a pressão das companhias de seguros sobre seus clientes para a contratação de serviços especializados de proteção (BAYLEY; SHEARING, 2001; OCQUETEAU, 1997).

No campo da segurança privada os serviços oficialmente autorizados a funcionar são compostos pelas empresas que comercializam serviços de vigilância, escolta ou patrulhamento, os departamentos e divisões de segurança constituído internamente às empresas, instituições e outros espaços públicos ou privados e também as empresas que oferecem treinamento para os profissionais que atuam na área da segurança, consolidando sete segmentos distintos: Vigilância; Segurança

Orgânica; Segurança Patrimonial; Segurança Pessoal; Curso de Formação; Escolta Armada; e Transporte de Valores.

Evidentemente, somam-se ao campo mais abrangente da segurança privada outros meios de proteção que funcionam à margem da lei, desde as empresas clandestinas e o “bico” policial até vigias particulares que atuam sem autorização formal.

Além disso, a evolução da tecnologia e das dinâmicas sociais transforma rapidamente as possibilidades existentes de proteção, inovando esse mercado e constituindo novas áreas de atuação. Assim, entra em cena uma infinidade de equipamentos de prevenção que se complementam a esses segmentos, como os artifícios da segurança eletrônica, blindagem e rastreamento de veículos.

Para MANDARINI (2005, P. 13): “A Atividade de Segurança inclui, além da segurança meramente patrimonial, a escolta de cargas e de valores, segurança das pessoas e dos ativos, tudo submetido a legislação específica, que regula a formação, o aperfeiçoamento e a reciclagem dos seus agentes, bem como funcionamento e atividade da empresa”.

Vigilância Patrimonial: Exercida dentro dos limites dos estabelecimentos urbanos e rurais, públicos ou privados, com a finalidade de garantir a incolumidade física das pessoas e a integridade do patrimônio, inclusive em grandes eventos (estádios, ginásios, etc.). Para o exercício da atividade de vigilância em grandes eventos o vigilante deve possuir extensão (capacitação) específica. A atividade de vigilância patrimonial possui regulamentação pela Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF, especificamente, no Capítulo III, Seção I, a partir do art. 4º.

Transporte de Valores: Consistem no transporte de numerários, bens ou valores, mediante a utilização de veículos comuns ou especiais (carros-fortes). A atividade de transporte de valores possui regulamentação pela Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF, especificamente, no Capítulo III, Seção II, a partir do art. 20.

Escolta Armada: Atividade que visa garantir o transporte de qualquer tipo de atividade de escolta armada a empresa especializada em segurança privada deve possuir experiência de 01 ano na atividade de vigilância patrimonial ou de transporte de valores. A atividade de escolta armada possui regulamentação pela Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF, especificamente, no Capítulo III, Seção III, a partir do art. 63.

Curso de Formação: Empresa especializada que tem por finalidade formar, especializar e reciclar os vigilantes. O objeto social da empresa deverá estar

relacionado, somente, às atividades de curso de formação. Outros requisitos e a regulamentação do curso de formação estão na Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF, especificamente, no Capítulo III, Seção V, a partir do art. 74.

Segurança Pessoal: Exercida com a finalidade de garantir a incolumidade física de pessoas determinadas. Para exercer a atividade de segurança pessoal a empresa especializada em segurança privada deve possuir experiência de um ano na atividade de vigilância patrimonial ou de transporte de valores. A atividade de segurança pessoal Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF, especificamente, no Capítulo III, Seção IV, a partir do art.69.

Para as empresas, que se organiza corporativamente para impor as regras que lhes sejam favoráveis se custam um preço alto. Por outro lado, as empresas pressionam os órgãos com finalidades específicas, como por exemplo, na fiscalização eficiente das empresas ilegais, que comprometem o seu negócio.

Uma fiscalização eficiente e com acompanhamento constante, por outro lado, levaria a um grande investimento por parte da burocracia pública, de forma que devem ser pesados os custos econômicos da medida e seus custos políticos em relação à responsabilidade pública pela segurança.

2.1 Riscos ao contratante de Serviço de Segurança Clandestina

Constituir-se em sujeito passivo da obrigação tributária, na forma do disposto no artigo 121, I e II do Código Tributário Nacional.

Presença de armas e munições de origem irregular (armas sem registro, contrabandeadas, roubadas e/ou furtadas) no interior do estabelecimento podendo causar problemas de ordem criminal na forma da Lei 10.826/03 (estatuto do desarmamento).

O contratante passa a ser sujeito passivo da obrigação tributária, na forma do disposto no artigo 121, I e II do Código Tributário Nacional. Prejuízo ao ter pessoas não habilitadas para a profissão de vigilante no interior da empresa ou residência, com acesso a informações sigilosas.

Em relação à fiscalização direta dos serviços prestados pelas empresas de segurança privada, a Lei Federal nº 7.102/83 e a Portaria nº 387/2006 dispõem que esta competência é do Ministério da Justiça, por meio do Departamento de Polícia Federal (DPF). As principais atribuições de fiscalização são: concessão de autorização para funcionamento de empresas; fiscalização das atividades de tais empresas; aplicação de penalidades por irregularidades; aprovação de uniforme; e fixação de currículo de formação de vigilantes.

Para que as empresas sejam autorizadas a funcionar em suas diversas modalidades de atuação, elas devem preencher alguns requisitos formais e materiais, tais como: comprovante do pagamento da taxa específica do setor de atuação; comprovante da regularidade civil, comercial e trabalhista da empresa; certificado de antecedentes criminais dos sócios responsáveis pela empresa; memorial descritivo do uniforme dos vigilantes; e instalações físicas adequadas ao trabalho, com todos os aparatos de segurança necessários inclusive com local específico para o armazenamento de armas e munições. Esses são os requisitos gerais para as diferentes modalidades de atuação, havendo ainda outros específicos, conforme varia a modalidade. Entre essas iniciativas estão às corregedorias internas, as ouvidorias, os cursos de direitos fundamentais, a divulgação de estatísticas envolvendo confrontos com civis, os serviços de acompanhamento psicológico a policiais envolvidos em confrontos que resultaram em mortes, novos procedimentos técnicos como mudança do alvo, nos treinamentos de tiro, para partes não letais do corpo, além da existência de códigos e regimentos internos específicos e uma série de outros mecanismos para que a sociedade acompanhe a atividade policial (Kahn, 2001).

2.2 Riscos para a Contratada

Responsabilidade criminal por exercício irregular de profissão, além da possível prática dos delitos previstos nos artigos 205 e 330 do Código Penal Brasileiro.

Porte ilegal de armas, caso forneçam ou permitam o uso de armas de fogo pelo trabalhador irregular (Lei 10.826/03).

Ao empregado do setor da segurança privada (o vigilante), é facultado o uso de arma de fogo apenas quando estiver em serviço. Essa autorização é dada pela Lei Federal nº 10.826/03, mais conhecida como Estatuto do Desarmamento, que em seu artigo 6º, VIII, autoriza o porte de arma para as empresas de segurança privada e de transporte de valores. É importante esclarecer que as armas de fogo utilizadas pelos vigilantes são de propriedade, responsabilidade e guarda das próprias empresas, no caso de estabelecimentos financeiros, empresas de segurança ou nos casos de segurança orgânica, sendo o proprietário ou diretor da empresa o responsável civil e criminalmente pelo uso irregular do armamento.

A Portaria nº 387/2006 passou a estabelecer pormenorizadamente os requisitos e todo o procedimento para aquisição dos “produtos controlados e acessórios” (armas, munições e petrechos), criando um processo rigoroso para a aquisição e manutenção desses produtos, o que permite maior controle sobre a propriedade, a posse e o porte de armas. Os limites para o uso da força letal, no entanto, aparecem nas propostas de programas de curso de formação e reciclagem dos vigilantes, que entram como anexo na Portaria nº 387/06.

2.3 Riscos para o Trabalhador Ilegal

No Brasil, a atividade de segurança privada é regulamentada pela Lei nº 7.102/83, que disciplina os limites da atuação dos agentes privados de segurança e outras questões. A Portaria nº 387/2006 esclarece quais são as atividades de segurança privada que podem ser ofertadas por empresas especializadas contratadas.

A Portaria nº 387/2006 define que vigilante é o profissional capacitado pelos cursos de formação, empregado das empresas especializadas e daquelas que possuem serviço orgânico de segurança, registrados no DPF, responsáveis pela execução das atividades de segurança privada. Os requisitos para o exercício da profissão são: ser brasileiro; ter no mínimo 21 anos; ensino fundamental completo; ter sido aprovado no curso de vigilante; ter sido aprovado em exame de saúde física e mental e psicotécnico; não ter antecedentes criminais; estar quite com as obrigações eleitorais e militares; e possuir CPF (certificado de pessoa física).

É importante esclarecer que o vigilante de que se trata aqui é aquele com vínculo empregatício com a empresa, seja de segurança privada, seja na segurança orgânica, o que é distinto dos “vigias, vigilantes ou guardas de ruas ou noturnos”,

Portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (artigos 14 da Lei 10.826/03). Pena – reclusão, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Além dos riscos, o trabalhador que faz segurança de forma irregular: - Não é reconhecido como profissional de segurança privada. - Não recebe uniforme especial, padronizado pela Lei. - Não se habilita a possuir a Carteira Nacional do Vigilante – CNV. - Não se habilita a ter porte de armas em serviço. - Não recebe o salário da categoria estabelecido em Convenções Coletivas de Trabalho. - Não recebe a sua rescisão contratual. - Não recebe os direitos trabalhistas e previdenciários. - Não tem direito a seguro de vida em grupo, previsto nas Convenções Coletivas de Trabalho e na própria legislação. - Trabalha com armas de origem escusa e sem controle. - Não possui a capacitação exigida pela Lei nº 7.102 que o habilita como profissional de segurança privada (vigilante).

Todo o serviço de segurança privada realizado por empresas ou grupos que não atendam às exigências legais é clandestino e deve ser denunciado às DELESPs ou CVs da Polícia Federal e/ou Sindicatos das Empresas de Segurança Privada nos Estados e Distrito Federal (SINDESP’S e SESVESP) e os Sindicatos dos Trabalhadores em Vigilância.

A Lei 7.102/83 atribuiu à fiscalização e a regulamentação das empresas de segurança a Polícia Federal. Policiais Miliars e até pessoas portando armas que não contam com o documento de porte de arma são encontrados atuando como segurança durante as fiscalizações.

A lei determina que o segurança também tenha registro prévio na Polícia Federal. O registro é concedido a quem tem no mínimo 21 anos, curso de vigilante em empresa autorizada pela PF e ser aprovado em exame de saúde física, mental e psicotécnico. Além de não ter antecedentes criminais.

A legislação é branda com relação à punição as empresas clandestinas. As que são proibidas podem ser indiciadas somente em caso de reincidência.

A irregularidade no mercado da segurança privada pode se dar de diferentes formas. Por exemplo, por meio das empresas formalmente constituídas e que atuam de forma irregular:

Empresas formalmente constituída atuam clandestinamente para tirarem proveito de menor carga tributária, como empresas de portaria que usam o sistema simples, e não pagamento das remunerações com base nos pisos salariais da categoria, além de não cumprirem exigências de pagamentos de taxas na emissão de alvarás de funcionamento e nas vistorias (OLIVEIRA, 2004, p. 80).

A jornada de trabalho excessiva acarretada pelo exercício de atividades na segurança privada gera um sobre-esforço, stress e falta de tempo e condições para o descanso. Uma pessoa nessas condições coloca muito mais em risco a sua vida e a das outras pessoas quando realiza um trabalho de segurança.

A contratação de empresas clandestinas pode trazer consequências como a má prestação do serviço, não capacidade para solucionar problemas dos clientes, desrespeito ao pagamento de impostos e aos direitos dos trabalhadores como pontualidade no pagamento de salários e exigência de cursos de formação e de reciclagem.

Portanto, existem muitas empresas irregulares, isso ocorre o desvio de função, ou seja, é uma empresa de prestação de serviços de portaria ou limpeza, que coloca seus funcionários para exercerem as funções de vigilantes. São empresas regulares do ponto de vista formal, ou seja, de sua constituição enquanto empresa, mas irregulares quando praticam atividades diversas daquelas para as quais foram criadas ou que não cumprem as obrigações trabalhistas em relação a seus funcionários.

2.4 Surgimento oficial da segurança privada no Brasil

No Brasil o surgimento oficial dos serviços de segurança privada ocorreu sob determinação legal do poder público para a atuação das empresas de segurança nas instituições financeiras. A principal motivação para a obrigatoriedade da contratação de segurança foi a escalada nos assaltos às agências bancárias desde os anos 1950. Em 1965 cinco assaltantes roubaram 500 milhões de cruzeiros (US\$ 274 mil) de uma perua do Banco Moreira Salles, atual Unibanco, em São Paulo (SP), durante uma transferência financeira para o Banco do Brasil, no maior assalto da época para o país. Mas o passo decisivo deu-se em decorrência dos constantes assaltos a bancos liderados por grupos guerrilheiros que atuavam contra o regime militar, sobretudo após 1968.

A normatização da segurança privada no Brasil teve início no período ditatorial, com o principal objetivo de servir à segurança nacional, focando o controle de assaltos terroristas a bancos. Em 21 de outubro de 1969, foi promulgado o Decreto Federal nº 1.034, que estabeleceu a obrigatoriedade de serviços de segurança privada nas instituições financeiras, particularmente nos bancos (CALDEIRA, 2000, p. 196).

Apesar das primeiras empresas terem surgido pouco antes, a obrigatoriedade foi estabelecida no dia 21 de outubro de 1969, com o Decreto Federal 1.034, e desde então os bancos passaram a contratar serviços de segurança ou criar os seus próprios serviços, dando início também à segurança orgânica.

Em 1940 já havia sido instituída a Guarda Noturna de Santos, como associação particular, e no Paraná, em 1951, foi autorizado o funcionamento de guardas particulares para auxiliar o policiamento público (Brasiliano 1999).

A empresa paulista Columbia Vigilância e Segurança, fundada, em 1955, já realizava serviços de vigilância para empresas, condomínios, indústrias e bancos (CUBAS, 2002). A instituição da obrigatoriedade de a segurança bancária ser feita por empresas privadas abriu espaço legal e incentivo para o desenvolvimento do mercado, tornando-se negócio lucrativo para empresários de setores diversos, e também para ex-policiais e integrantes das forças armadas, que detinham o conhecimento técnico e proximidade com especialistas em segurança. Nota-se ainda hoje a grande presença de militares, sobretudo oficiais da reserva, nos cargos de chefia de empresas de segurança, assim como a presença de muitos policiais no setor.

Em pouco tempo após o decreto-lei de 1969, as empresas passam a se expandir para além das instituições financeiras, passando a atender demandas provenientes das instituições privadas, demandas individuais e também de instituições públicas. A legislação existente logo se torna insuficiente para cobrir o avanço do setor, levando à

nova regulamentação em 1983. As diretrizes do primeiro decreto definiam as Secretarias de Segurança Pública dos Estados como responsáveis pelo controle das atividades de segurança privada, ficando o treinamento a cargo das polícias civis.

A falta de instrumentos eficientes de normatização e fiscalização dos governos estaduais e dos órgãos responsáveis (as secretarias estaduais de segurança e o Banco Central) ajudou a impulsionar a passagem de responsabilização dos Estados para o governo federal. De acordo com esse primeiro decreto os vigilantes possuíam status de policiais, situação que mudou em 1983, com a passagem do treinamento para o setor privado e do controle das atividades para o Ministério da Justiça e o Departamento da Polícia Federal.

A partir daí os vigilantes não têm mais status de policiais, no entanto são autorizados a poder usar armas de fogo calibre 32 ou 38 quando em serviço. O estudo realizado apresenta o seguinte diagnóstico sobre os problemas do setor:

Os problemas específicos que a literatura sinaliza no sistema norte-americano (afora as questões de fundo relativas à privatização da segurança, comuns a todos os países) reproduzem-se no Brasil de modo muito mais dramático: baixa escolaridade da mão de obra recrutada, treinamento precário ou inexistente, proliferação de serviços clandestinos e falta de controle sobre o desempenho rotineiro das atividades legais de vigilância privada. MUSUMECI (1998, p. 50).

Foi bastante relevante à criação de um serviço para garantir a segurança das pessoas ser tão permeado por problemas concretos de irregularidades e clandestinidades. Assim, embora a regulação específica das atividades de segurança tenha como vimos se tornado cada vez mais abrangente com o processo recente de normatização, pouco podemos dizer sobre a eficácia de tais medidas. As dificuldades existentes nas atividades de controle, fiscalização e monitoramento do setor relacionam-se tanto à precariedade dos dados disponíveis quanto à escassez de recursos humanos e financeiros da Polícia Federal, que não possui nem mesmo uma base de dados informatizados e atualizados dos cadastros das empresas e das autorizações emitidas para os vigilantes.

Ainda que não seja legalmente permitido, é público e notório que muitos dos proprietários de empresas privadas de segurança pertencem aos quadros superiores das polícias: geralmente delegados de polícia civil ou oficiais superiores da polícia militar, embora as empresas estejam legalmente em nome de familiares, como esposas e filhos. O mesmo ocorre com relação aos empregados, geralmente policiais civis ou militares (KAHN, 2001).

Nesse sentido, as poucas obrigações exigidas das empresas parecem claramente insuficientes. Evidentemente, policiais públicos e privados dividem responsabilidades e funções diferenciadas, no entanto a atuação no campo da segurança e a delegação que possuem para sua atuação nos campos específicos em que estão presentes remetem a necessidade de controle equivalente ao das forças públicas no mínimo com relação às funções e recursos semelhantes de que fazem uso, com relação à formação, aos cursos de tiro e ao conhecimento da legislação. No entanto;

Ainda que os serviços de segurança privada ganhem espaço nesse contexto, há o entendimento de que existe complementariedade entre os serviços de segurança pública e privada e de que, desde que haja mecanismos de fiscalização e controle sobre os segundos, é possível conceber segurança sendo providos por atores públicos e privados (CUBAS, 2005).

A segurança privada ganha força e realiza um trabalho suplementar ao da polícia. Assim, a exemplo das nações mais desenvolvidas do mundo, o nosso País dispõe também de empresas de segurança privada credenciadas pelo poder público, com corpo profissional especializado, visando prestar um trabalho eficiente. Em razão do elevado grau de responsabilidade.

Já a tese da complementariedade se funda na ideia de que a segurança privada pode constituir uma força auxiliar da polícia na manutenção da ordem pública, liberando-a de tarefas que não são suas atribuições diretas, como vigilância patrimonial, segurança pessoal, transporte de valores e contribuindo para que as polícias possam trabalhar mais diretamente na prevenção e controle da criminalidade (HERINGER, 1992).

No entanto, é preciso atentar para algumas características que podem tornar essa prestação de serviços mais problemática, como, por exemplo, a uma suspeita entre o setor público e o privado. Há muitos policiais que, ilegalmente, prestam seus serviços na segurança privada.

Outra questão é a precariedade da fiscalização dos vigilantes, pois são feitas apenas algumas exigências legais simples, como ter bons antecedentes, porte de arma e aulas elementares de legislação e tiro, o que contribui para o aumento do envolvimento desses vigilantes em confrontos letais (KAHN, 1999).

Ainda nessa mesma linha, ZANETIC (2005, p.103) afirma que:

O surgimento e emancipação dos serviços particulares de segurança no Brasil é fenômeno complexo e que não pode ser resumido na questão da falência da segurança pública, nem tampouco a uma suposta crise de legitimidade do Estado, como mostra a análise desse processo. Além do aumento da criminalidade e da sensação de insegurança, a segurança privada tem como pressupostos de sua expansão o surgimento de novas formas de uso e circulação no espaço urbano que tem motivado a criação de determinados espaços para os quais se deseja ter segurança reforçada em tempo integral.

Assim tendo outras demandas existentes e específicas que justificam o crescimento da segurança privada e, se o setor tiver sua regulamentação efetivada, será um serviço, de fato, complementar à segurança pública (ZANETIC, 2005). Sendo que novos trabalhos têm sido escritos com foco na regulação do setor (COELHO, 2006).

Nota-se claramente a preocupação em definir uma segurança privada que quer crescer respeitando direitos civis, com vistas à sustentabilidade e ao aperfeiçoamento do setor. As diferentes leis revelam uma mudança na forma pela qual os serviços de segurança privada têm sido enquadrados no Brasil. Inicialmente, eles estiveram subordinados a uma política de segurança nacional e a um estrito controle da polícia. Com a segunda lei, esse controle foi relaxado e os regulamentos trabalhistas aumentaram. O que tinha sido um instrumento para lutar contra a oposição política foi adaptado para lutar contra a criminalidade. A terceira lei, assinada durante o regime democrático e seguindo a rápida expansão dos serviços de segurança em resposta às crescentes preocupações da população, tenta estender o controle do Estado para compreender todo o mercado de serviços de segurança (CALDEIRA, 2000, p. 198).

É necessário levar em conta que a normatização sobre a segurança privada no país tem um pouco a cara de “colcha de retalhos”, tendo passado por inúmeras alterações de forma pouco sistemática, o que cria dificuldades operacionais tanto para as próprias empresas como para os órgãos fiscalizadores (COELHO, 2006, p. 6).

Portanto, de qualquer forma, esse é um tipo de relação delicada que precisa, no mínimo, ser minuciosamente fiscalizada e controlada. A participação dos policiais na segurança privada sem nenhum tipo de controle é danosa à segurança pública, à segurança privada e aos próprios policiais.

Evolução, segundo MICHAELLIS (2002, p. 329) significa progresso, transformação lenta e progressiva de uma ideia, fato, ação, etc. E para tanto, é de importância considerável trazer a evolução da área de Recursos Humanos para os dias atuais buscando entender sua trajetória ao longo dos anos.

Segundo Araújo (2006, p 3), os processos de admissão e demissão eram conduzidos pela própria chefia de pessoal dada a importância legal de que se revestia a contratação ou, muito mais importante, dados os procedimentos de desligamento.

De qualquer maneira o controle legal-trabalhista exigia da chefia um profundo conhecimento das leis trabalhistas, daí o fato que os recursos humanos ou na época departamento de pessoal eram constituídos por advogados ou bacharéis em direito e assim foi até o final da década de 70. O recrutamento era realizado via jornais de boa circulação e eventualmente anúncios de rádio, a seleção por um longo período contava de uma prova específica e muitas vezes datilografia era a maior exigência. E o treinamento mais utilizado era o que conhecemos hoje como ambientalização ou integração.

Segundo Araújo (2006, p 3), os processos de admissão e demissão eram conduzidos pela própria chefia de pessoal dada a importância legal de que se revestia a contratação ou, muito mais importante, dados os procedimentos de desligamento. De qualquer maneira o controle legal-trabalhista exigia da chefia um profundo conhecimento das leis trabalhistas, daí o fato que os recursos humanos ou na época departamento pessoal eram constituídos por advogados ou bacharéis em direito e assim foi até o final da década de 70.

Desde o começo do século passado até a década de oitenta, as alterações nas práticas de recursos humanos eram lentas, porque o mercado era pouco exigente. Porém, após esse período, com a globalização do mercado, a maneira de uma empresa gerenciar seus funcionários passou a ser considerado um elemento crítico da vantagem competitiva sustentável (PFEFFER, 1994 p. 271).

Os departamentos de pessoal funcionavam até muito bem, atendiam com competência as exigências para o funcionamento da organização e naturalmente das constantes demandas trabalhistas, mas não havia a preocupação com a implantação de condições de trabalho ideais no que diz respeito à saúde e segurança no trabalho bem como a implementação de benefícios e outras atividades de melhoria na qualidade de vida no trabalho, que nem mesmo receberam regulação por parte do governo.

O padrão de uso da mão-de-obra predominante no Brasil até final dos anos 60 baseava-se no forte autoritarismo, amplo emprego de pessoal não qualificado,

desempenhando tarefas altamente parcializadas, alta taxa de rotatividade, bem como a adoção de complexas estruturas de cargos e salários, voltada para estabelecer a divisão do coletivo operário e o controle sobre os trabalhadores.

E, foi assim que a área de Recursos Humanos ganhou novo perfil, uma nova forma de ajudar a organização a crescer. Assim chegamos no estágio atual, onde a gestão de pessoas surgiu como a solução as demandas de excelência organizacional. (ARAÚJO, 2006 p. 3-4)

A profunda transformação começou a ocorrer a partir dos anos 70, pois este padrão, baseado no modelo da organização taylorista de processo de trabalho, começou a entrar em crise antes mesmo do início do processo de reestruturação produtiva do final da década de 70, em função do contexto de recessão econômica, do ressurgimento do movimento operário, onde os sindicatos começaram a pressionar as empresas no sentido de assegurar maiores benefícios os trabalhadores, exigindo segurança e condições de trabalho especiais e a abertura política. A nova realidade política, econômica e social do início dos anos 80 colocaria em xeque este modelo, exigindo novas posturas por parte das empresas em relação às práticas de recursos humanos.

Outro avanço é a abertura de um dos primeiros cursos de Administração de Recursos Humanos aplicados no Brasil, com disciplinas bastante diferenciadas dos demais cursos existentes. Desde modo com o passar dos anos o curso foi deixado de ser ocupado apenas por advogados e passou na sua maioria a ser composto por psicólogos e administradores, dando um novo ânimo ao setor.

3 METODOLOGIA

O presente estudo de pesquisa foi através da temática sobre os serviços clandestinos na segurança privada. Delimitada em Identificar os aspectos negativos as atuações dos serviços de segurança clandestina como os objetivos de identificar quais os fatores que levam tomadores de serviços a contratarem os serviços de segurança clandestina. Propondo-se em fazer uma análise minuciosa, partindo dos fatores que levam as empresas a utilização destes serviços.

O estudo foi embasado no método observacional, que estuda os fatos e acontecimentos ocorridos, sem interferir no problema.

O método observacional é um dos mais utilizados nas ciências sociais e apresenta alguns aspectos interessantes. "Por um lado, pode ser considerado como o mais primitivo e,

consequentemente, o mais impreciso. Mas, por outro lado, pode ser tido como um dos mais modernos, visto ser o que possibilita o mais elevado grau de precisão nas ciências sociais.” (GIL, 2008, p. 16).

A pesquisa é desenvolvida com o objetivo de buscar conhecimentos para aplicação da prática, para a solução de problemas específicos.

A mesma teve uma abordagem qualitativa, pois considera a relação entre o mundo real e o sujeito pesquisado. Também será explicativa, porque explica a razão das coisas, dos fatos, e acontecimentos.

Nas pesquisas descritivas, os fatos são observados, registrados, analisados, classificados e interpretados, sem que o pesquisador interfira sobre eles, ou seja, os fenômenos do mundo físico e humano são estudados, mas não são manipulados pelo pesquisador.

Este trabalho foi um estudo bibliográfico, onde os dados foram registrados em fichas documentais e pastas na memória do computador, distinguindo-se os mais significativos. Em seguida, organizou-se para iniciar a redação do trabalho final.

“Esses métodos têm por objetivo proporcionar ao investigador os meios técnicos, para garantir a objetividade e a precisão no estudo dos fatos sociais.” Mais especificamente, visam a fornecer a orientação necessária à realização da pesquisa social, em especial no que diz respeito à obtenção, ao processamento e à validação dos dados pertinentes à problemática do objeto da investigação realizada. (GIL, 2008, p. 15).

Portanto, todas as metodologias utilizadas foram bastante relevantes, através das mesmas podem-se obter embasamentos para detalhamento da pesquisa. Os resultados obtidos servirão de estrutura para o aprendizado teórico/prático, que irão nortear os conhecimentos adquiridos tanto no lado pessoal quanto profissional.

4 CONCLUSÃO

As empresas clandestinas de segurança provocam diversos problemas para o setor, uma vez que as atividades de segurança privada só podem ser exercidas através de empresas especializadas credenciadas a Polícia Federal.

Neste sentido, Além do aumento da criminalidade e da sensação de insegurança e das semelhanças identificadas no setor de segurança privada tem como pressupostos dessa expansão o surgimento de novas formas de uso e circulação no espaço urbano

que tem motivado a criação de determinados espaços para os quais se deseja ter segurança reforçada em tempo integral.

Embora esse aspecto tenha sido compreendido como uma ocupação da segurança privada de espaços cuja responsabilidade caberia ao setor público, pouco tem sido observada a presença dos novos recursos de segurança como uma necessidade gerada pela multiplicação desses espaços, onde apesar da jurisdição pertencer ao Estado, à responsabilidade pela segurança é atribuído aos proprietários.

Deste modo, através desta pesquisa foi possível obter vários conhecimentos para melhorias no trabalho de segurança privada, principalmente os riscos que causam para a empresa contratante e para os servidores contratados.

Portanto, todo aprendizado adquirido durante o curso servirá de suporte para atuação na área de segurança privada obtendo mais qualidade no serviço e oferecendo mais confiança para a empresa que o contratar.

REFERÊNCIAS

BAYLEY, David H.; SHEARING, Clifford D. The new structure of policing: description, conceptualization, and research agenda. New York: National Institute of Justice, 2001. Disponível em. Acessado em 20/04/2021.

São Paulo: Edusp, 2001 (Série Polícia e Sociedade, nº 1).

CALDEIRA, Teresa Pires do Rio. Cidade de muros – crime, segregação e cidadania em São Paulo. São Paulo: Ed. 34 / Edusp, 2000.

Enclaves fortificados: a nova segregação urbana. *Novos Estudos CEBRAP*, 47, 1997.

COELHO, Fernando da Cruz. Estudo da política institucional da segurança privada – um estudo comparado. Monografia de conclusão do Curso de Especialização. Minas Gerais, 98 Centro de Estudos de Criminalidade e Segurança Pública (Crisp) da Universidade Federal de Minas Gerais, 2006.

CUBAS, Viviane de Oliveira. *A Expansão das Empresas de Segurança Privada em São Paulo*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP. São Paulo: USP, 2002.

Segurança privada. A expansão dos serviços de proteção e vigilância em São Paulo. São Paulo: Associação Editorial Humanitas, Fapesp, 2005.

HERINGER, Rosana Rodrigues. A indústria da segurança privada no rio de janeiro. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Sociologia. Rio de Janeiro, Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro (IUPERJ), 1992.

KAHN, Túlio. *Cidades Blindadas – ensaios de criminologia*. Conjuntura Criminal, São Paulo, 2001.

KOWARICK, Lúcio. Viver em risco: sobre a vulnerabilidade no Brasil urbano. *Novos Estudos Cebrap*, São Paulo, n. 63, p. 9-30, 2001.

MINHOTO, Laurindo Dias. Privatização de presídios e criminalidade – a gestão da violência no capitalismo global. São Paulo: Max Limonad. 2000.

MUNIZ, Jacqueline e **ZACCHI**, José Marcelo. “Avanços, Frustrações e Desafios para uma Política Progressista, Democrática e Efetiva de Segurança Pública no Brasil”. *Textos PROSUR / Segurança Cidadã*. Junho de 2004.

MUSUMECI,Leonarda; *Serviços Privados de Vigilância e Guarda no Brasil:um Estudo a partir de Informações da PNAD – 1985/95 IE/UFRJ*, 1998.

OCQUETEAU, F. A expansão da segurança privada na França: privatização submissa da ação policial ou melhor gestão da segurança coletiva? *Tempo Social – Revista de Sociologia da USP*, v.9, n.1, p. 185-195, 1997.

OLIVEIRA, Aryeverton Fortes de. Empresas de vigilância no sistema de prestação de serviços de segurança patrimonial privada: uma avaliação da estrutura de governança. Tese de Doutorado apresentada. Piracicaba, Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” (Esalq), 2004.

PAIXÃO, Luiz Antônio. Segurança privada, direitos humanos e democracia – notas preliminares sobre novos dilemas políticos. *Novos Estudos Cebrap*, 31, 1991.

ZANETIC, André. A questão da segurança privada. Estudo do marco regulatório dos serviços particulares de segurança. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Política. São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da USP, 2005.

www.sindesp-pa.com.br – Sindesp-PA. Disponível em: Acesso em: 21 de setembro de 2016.

www.vigilantecntv.org.br – Confederação Nacional dos Vigilantes. Disponível em: Acesso em: 20/042021.

www.fenavist.com.br – Federação Nacional das Empresas de Segurança e Transporte de Valores. Disponível em: Acesso em: 20/042021.



www.abso.org.br – Associação Brasileira dos Profissionais em Segurança Orgânica. Disponível em: Acessado em: 20/04/2021.

<http://www.poliserviceservicos.com.br/empresa-de-seguranca-clandestinas-conhecimentos-riscos-da-contratacao/>. Disponível em: Acessado dia 22/04/2021.

A RESPONSABILIDADE DO TOMADOR DE SERVIÇOS NAS TERCEIRIZAÇÕES

RAFAEL BRUNO MONTEIRO NERI:
Bacharelado em Direito pelo Centro
universitário São Lucas.

LUCIANA ADÉLIA SOTTILI

(orientadora)⁷⁸

Resumo: O presente artigo tem por finalidade compreender o instituto da Responsabilidade do Tomador de Serviços nas Terceirizações quanto aos direitos do trabalhador. No que diz respeito à terceirização, houve mudança efetivada pela Reforma Trabalhista que alterou a Lei 6.019/74 e passou a regulamentar a prestação de serviços à terceiros. Diante disso, surgiu a seguinte problemática, qual a responsabilidade do tomador de serviços nas terceirizações? Para maior compreensão acerca da responsabilidade do tomador de serviços é necessário estudar o posicionamento sobre o tema na doutrina e jurisprudência sumulada. Para alcançar informações que comprovem a responsabilidade do tomador de serviços deve ser levado em consideração questões relacionadas as espécies de terceirização, a análise das diferenças entre as empresas prestadoras de serviços e as empresas tomadoras de serviços e verificar os benefícios da Lei n. 13.429 de 2017 referentes à terceirização. Quanto ao procedimento metodológico, esta pesquisa se dá pelo método exploratório, com a abordagem qualitativa descrevendo a complexidade do problema e a interação de variáveis, através do método indutivo que corresponde à extração discursiva do conhecimento a partir de premissas gerais aplicáveis a hipóteses concretas. Do ponto de vista dos procedimentos técnicos, será elaborada pesquisa bibliográfica por meio de doutrinas e artigos.

Palavras-chaves: Responsabilidade. Serviços. Terceirização trabalhista. Tomador. Lei nº 13.429/2017.

Abstract: The purpose of this article is to understand the Institute of Responsibility of the Service Provider in Outsourcing regarding the rights of the worker. With regard to outsourcing, there was a change made by the Labor Reform that changed Law 6,019 / 74 and started to regulate the provision of services to third parties. In view of this, the

78 Orientadora. Advogada. Mestra em Direito e Justiça Social (FURG). Professora do Centro Universitário São Lucas (UNISL/RO)

following problem arose, what is the responsibility of the service provider in outsourcing? For a better understanding of the service borrower's responsibility, it is necessary to study the positioning on the theme in the summarized doctrine and jurisprudence. In order to obtain information that proves the responsibility of the service provider, issues related to the types of outsourcing must be taken into account, the analysis of the differences between the service provider companies and the service provider companies and verify the benefits of Law no. 13,429 2017 related to outsourcing. As for the methodological procedure, this research is done through the exploratory method, with a qualitative approach describing the complexity of the problem and the interaction of variables, through the inductive method that corresponds to the discursive extraction of knowledge from general premises applicable to concrete hypotheses. From the point of view of technical procedures, bibliographic research will be developed through doctrines and articles.

Keywords: Responsibility. Services. Labor outsourcing. Policyholder. Law nº 13.429/2017.

Sumário: Introdução. 1. Fundamentos teóricos da terceirização. 1.1. Espécies de terceirização. 1.1.1. Terceirização lícita. 1.1.2. Terceirização ilícita. 2. A regulamentação da terceirização e a lei nº 13.429/2017. 2.1. Empresa prestadora de serviço. 2.2. Empresa tomadora de serviço. 3. A responsabilidade civil do tomador de serviço. 3.1. A responsabilidade solidária da tomadora de serviço. 3.2. A responsabilidade subsidiária da tomadora de serviço. Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

O artigo tem como tema a responsabilidade do tomador de serviço nas terceirizações, que está inserido na seara do Direito Trabalhista e encontra-se fundamentado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) e na nova Lei nº 13.429 de 2017 (Lei da terceirização).

Como a demanda da terceirização pelas grandes empresas vem crescendo em ritmo acelerado é fundamental que se estude minuciosamente esse instituto e se busque apontar as questões relacionadas ao aparecimento da terceirização e as suas espécies e demonstrar o posicionamento sobre o tema da doutrina e jurisprudência sumulada, assim como a responsabilidade civil.

No que diz respeito às responsabilidades das empresas terceirizadas e das tomadoras de serviços quanto aos direitos do trabalhador a responsabilidade da prestadora de serviço deverá ser solidária e subsidiária, além disso, a empresa tomadora de serviço deverá ser responsável pelos direitos dos empregados.

Nesse sentido, qual a responsabilidade do tomador de serviços nas terceirizações?

Para responder a este questionamento, será imprescindível que se analise o instituto da terceirização, distinguindo a responsabilidade da empresa prestadora de serviços, bem como da tomadora de serviços, a fim de realçar os pontos positivos e negativos desse instituto.

Com base nessas perspectivas sobre a reforma trabalhista, entre outras que irão ser abordadas no decorrer dessa pesquisa, percebe-se que a Lei n. 13.429 de 2017 (terceirização) trouxe muitos benefícios referentes à terceirização, especialmente à classe empregadora. Entretanto, essas alterações poderão acarretar a extensão da insegurança jurídica para a classe dos empregados.

O tema proposto mostra-se relevante por implicar diretamente na relação trabalhista entre tomador de serviço, prestador de serviço e trabalhador, atrelados aos direitos individuais e sociais inerentes ao indivíduo. Além disso, essa pesquisa tem o intuito de contribuir com o debate sobre o uso da terceirização na atividade fim da empresa.

1. FUNDAMENTOS TEÓRICOS DA TERCEIRIZAÇÃO

De acordo com o autor Maurício Godinho Delgado (2005) acerca do instituto da terceirização que teve surgimento por meados da década de 1970 (antes não havia previsão sobre tal instituto) as tarefas da empresa passaram a serem executadas de forma indireta, por meio de contrato de intermediação de prestação de serviço por meio da implementação do Decreto-Lei nº 200 de 1967.

Além disso, com relação a possibilidade de terceirização dos serviços públicos a Lei nº 5.645/70 menciona quais seriam os tipos de serviços sujeitos a terceirização a serem executados por meio de contrato previamente firmado, que são as "*atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas*" (BRASIL, 1970, p. 33).

Ademais, é oportuno mencionar que Lei nº 8.863/94 possibilitou a abrangência da terceirização para a "*área de vigilância patrimonial, pública ou privada, inclusive para as pessoas físicas*" (BRASIL, 1994^a, online).

Nesse sentido, a terceirização é um método administrativo que viabiliza a transferência a terceiros da atividade-meio da empresa, assim o titular dessa empresa poderá concentrar-se na sua atividade principal.

Valentim Carrion (2009, p. 307) ensina que a "terceirização é o ato pelo qual a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta".

Nota-se que a terceirização tem o condão de transferir parte da competência de determinada empresa, para terceiro (outra empresa) que assumirá a obrigação de realizar determinadas tarefas secundárias. É uma maneira da empresa tomadora de serviço focalizar em atividades de maior relevância, como a atividade principal.

Para melhor clarificar o conceito desse instituto, necessário se faz trazer à baila o ensinamento de Martins:

"Vários nomes são utilizados para denominar a contratação de terceiros pela empresa para prestação de serviços ligados a sua atividade-meio. Fala-se em terceirização, subcontratação, filialização, desverticalização, exteriorização do empregado, focalização, etc. Consiste a terceirização na possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens, como de serviços, como ocorre na necessidade de contratação de empresa de limpeza, de vigilância ou até para serviços temporários" (2009, p. 176).

Depreende-se dos dizeres de Martins que a terceirização somente ocorrerá em atividades que não constituam objeto principal da empresa tomadora de serviço. Os três personagens na visão de Martins (2009) são: o trabalhador, que é aquele que verdadeiramente vai praticar o labor demandado; o intermediador, que é a empresa que vai fornecer a mão-de-obra e o tomador do serviço, que é o titular da atividade transferida.

O instituto ora em análise transfere determinadas atividades do tomador de serviço, atividades essa periféricas, ao empregador aparente (intermediador) que se utiliza de mão-de-obra de trabalhador apto a exercer determinada atividade. Essa transferência jamais poderá ser de atividades fins da tomadora, somente de atividade meio.

Nesse sentido, fica claro que a atividade meio está diretamente ligada as atividades periféricas, trata-se de atividades que não representam o objetivo final do tomador do serviço. Ao contrário, a atividade fim é aquela considerada primordial à empresa, são atividades insubstituíveis, razão da existência da empresa tomadora.

O autor Martins Filho imputa à terceirização como sendo um instituto de transferência de atividade de uma empresa para outra:

“Transferência das atividades de uma empresa para outra, que passa a funcionar como terceiro no processo produtivo, entre trabalhador e a empresa principal (intermediação de mão de obra) ou entre o consumidor e as empresas principais (prestação de serviços)”.(MARTINS FILHO, 2007, p. 62)

Ante esses conceitos, fica cristalino que o instituto da terceirização diz respeito à contratação de serviços por meio de empresa (empregador aparente), para exercer atividades acessórias do tomador do serviço, mediante contrato de prestação de serviço. O vínculo trabalhista se faz entre o trabalhador e a empresa prestadora de serviço, e não diretamente com o contratante (tomador).

Compreendido de modo geral sobre o instituto da terceirização, vale mencionar que existem duas espécies de terceirização, a terceirização lícita e a terceirização ilícita. Ambos os conceitos são essenciais para a compreensão de tal instituto e serão analisados no tópico a seguir.

1.1. ESPÉCIES DE TERCEIRIZAÇÃO

A terceirização pode ser interpretada como lícita e ilícita, sendo necessário observar algumas regras para sua diferenciação.

Nesse sentido, a terceirização lícita é o que ocorre na atividade-meio da empresa tomadora de serviços. Já ilícita seria a terceirização que ocorre na atividade-fim da tomadora. Desta forma, é necessário a distinção entre elas (lícita e ilícita), por meio de seus conceitos, que serão abordados na sequência.

1.1.1 TERCEIRIZAÇÃO LÍCITA

A terceirização lícita está relacionada à atividade-meio do tomador, inexistindo a personalidade e a subordinação direta do serviço prestado, conforme previsto na Súmula 331, do TST (BRASIL, 2011).

Além disso, Fagundes menciona acerca do entendimento do STF, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 16 sobre a responsabilização da Administração Pública no âmbito da terceirização que *“não é responsabilizada de forma subsidiária, visto que inexistem vícios na terceirização, mas caso a Administração Pública deixar de fiscalizar as obrigações do*

*contratado, a responsabilidade será somente do ente público”
(FAGUNDES, 2020, p.01).*

Já no caso da empresa terceirizada ser privada, a responsabilização será da tomadora dos serviços de forma solidária, em caso de inadimplemento da prestadora de serviços por exemplo, pois a terceirização é lícita neste caso.

1.1.2. TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA

No caso de terceirização ilícita não pode ocorrer na terceirização de atividade-fim, uma vez que os trabalhadores não podem também estar subordinados à empresa tomadora dos serviços no qual está firmado a terceirização.

No caso de ocorrer a terceirização no Brasil nas hipóteses de trabalho temporário, é necessário que ocorra a substituição transitória de forma permanente do indivíduo trabalhador ou de sua demanda complementar relacionada aos serviços prestados, como no caso de serviços de vigilância, conservação e limpeza, e nos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, conforme a Súmula 331 do TST (BRASIL, 2011).

Por oportuno vale mencionar a respeito das atividades-meio exercidas pela empresa tomadora de serviços são *“apenas de apoio ao trabalho diretamente vinculado ao atingimento dos fins desse mesmo empreendimento, sem que com este trabalho se confundam ou, ainda, que tenham caráter temporário”*. (SANTOS, 2005, p. 1246).

Desta forma, para caracterizar a terceirização ilícita, deve ocorrer a regularidade da empresa com relação ao trabalho temporário ou terceirizado. Na terceirizada ilícita deve ser comprovado que há vínculo entre o trabalhador e a empresa tomadora de serviço por meio de *“contrato de trabalho por prazo indeterminado, nesse caso há o direito de pleitear uma lide para que possa ser solicitado os direitos trabalhistas que não lhe foi reconhecida como trabalhador terceirizado”* (SANTOS, 2005, p. 1246).

Portanto a empresa tomadora de serviços não pode contratar trabalhadores terceirizados de maneira irregular, pois pode ser considerado como uma fraude à legislação trabalhista e será imputado a diversos direitos ao trabalhador contratado em eventual lide, uma vez que a empresa tomadora de serviços será responsabilizada neste caso.

Deste modo, é necessário que a terceirização da empresa esteja em conformidade com a Lei nº 13.429 de 2017, para que assim possa assegurar os direitos trabalhistas aos trabalhadores, conforme se observará no próximo tópico.

2. A REGULAMENTAÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO E A LEI Nº 13.429/2017

A Lei nº 13.429/2017 regulamentou a terceirização trabalhista em 23 de março de 2017. A Câmara dos Deputados ressuscitou e aprovou o Projeto de Lei 4.302/1998 para alterar os dispositivos da Lei nº 6.019/1974, que tratam sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dispõe sobre as relações de trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros. Em 31 de março, tal projeto foi transformado na Lei Ordinária 13.429 (BRASIL, 2017).

A discussão em torno dessa regulamentação já vinha ocorrendo pela sociedade e pelo Congresso há algum tempo, através do Projeto de Lei 4.330/2004. Contudo, a regulamentação dos serviços terceirizados foi integrada às alterações da Lei 6.019 (BRASIL, 1974).

Segundo Borin, embora a Lei 13.429/17 venha para normatizar a relação trabalhista terceirizada, não poderá sobrepor os direitos constitucionais assegurados aos trabalhadores. Isto é, a justiça deverá se encarregar das ilicitudes provenientes dessa relação. *In verbis*:

“O objetivo dessa nova Lei foi trazer um novo modelo de trabalho terceirizado. Diante da falta de regulamentação específica muitas fraudes eram praticadas pelas empresas empregadora e tomadora de serviços. Ocorre, porém, que caberá aos Juízes Trabalhistas e ao Ministério Público do Trabalho evidenciar e punir as empresas que praticarem fraudes nos contratos de trabalho. Em outras palavras, a Lei não poderá substituir as garantias constitucionais asseguradas aos trabalhadores (BORIN, 2017, p. 12).”

Acontece que a redação dessa nova Lei, em seu art. 4º-A, caput, acerca da contratação dos serviços define que a *“empresa prestadora de serviços a terceiros é a pessoa jurídica de direito privado destinada a prestar à contratante serviços determinados e específicos”*. Isto é, os serviços contratados foram ampliados, uma vez que *“serviço determinado e específico”* pode ser entendido tanto como atividade-meio quanto atividade-fim (BRASIL, 2017, on-line).

Na sequência, os parágrafos 1º e 2º do citado *caput* rezam o seguinte:

“§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante” (BRASIL, 2017, on-line).

Nesse particular, denota-se que a empresa prestadora pode não só fornecer a mão-de-obra, mas também subcontratá-la, caso ache necessário, ou seja, a ela é permitido terceirizar sua própria atividade econômica.

Além disso, não haverá vínculo empregatício entre a empresa prestadora e a tomadora de serviço, quer dizer, não haverá qualquer subordinação entre os trabalhadores ou sócios da empresa prestadora com a contratante. Contudo, se a relação trabalhista for ilícita e se constatar subordinação direta e pessoal entre o trabalhador e empresa tomadora, nos termos do art. 9º da CLT, ocorrerá o vínculo, podendo, portanto, responder subsidiariamente pelas obrigações trabalhistas (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017).

De acordo com o artigo 19-B da Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017:

“Art. 19-B: O disposto nesta Lei não se aplica às empresas de vigilância e transporte de valores, permanecendo as respectivas relações de trabalho reguladas por legislação especial, e subsidiariamente pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943” (BRASIL, 2017, on-line).

Vê-se que a Lei exclui as empresas de vigilância e transportes de valores, mas não deixa claro se as regras podem ser aplicadas ao setor público e às empregadas domésticas, por exemplo.

Ante esse panorama, pode-se perceber que a regulamentação da terceirização é recente e pode sofrer várias mudanças, em razão de ter deixado lacunas que podem ser usadas para fraudar a legislação trabalhista, fiscal e previdenciária. A subcontratação dificulta a fiscalização trabalhista. Além do mais, esse vácuo deixado pela lei precariza a qualidade dos serviços e desvaloriza a mão-de-obra do trabalhador, porque o trabalhador poderá ser contratado com salário inferior.

Sendo assim, é indispensável a regulamentação da terceirização das empresas para que não ocorra nenhum tipo de irregularidade no tramite de sua terceirização, o que também pode gerar sua ilicitude. Desta forma, é essencial identificar se a empresa é prestadora de serviços ou tomadora de serviço para análise do caso concreto, consoante análise a seguir.

2.1. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO

A empresa prestadora de serviços é aquela que destina um determinado serviço a outra empresa que não esteja relacionado as atividades-fim da empresa prestadora. Além disso as características da empresa prestadora de serviços estão previstas no art. 2º da Instrução Normativa nº 3:

“Art. 2º: (a) a relação entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e a empresa contratante é regida pela lei civil (art. 2º, § 1º); (b) a relação de trabalho entre a empresa de prestação de serviços a terceiros e seu empregado é disciplinada pela CLT (art. 2º, § 2º); (c) em se tratando de empresa de vigilância e de transporte de valores, as relações de trabalho estão reguladas pela Lei 7.102/83, e, subsidiariamente, pela CLT (art. 2º, § 3º); (d) dependendo da natureza dos serviços contratados, a prestação dos mesmos poderá se desenvolver nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local por ela determinado (art. 2º, § 4º); (e) a empresa de prestação de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado a seus empregados (art. 2º, § 5º); (f) os empregados da empresa de prestação de serviços a terceiros não estão subordinados ao poder (diretivo, técnico e disciplinar) da empresa contratante (art. 2º, § 6º)” (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017, on-line).

Sendo assim, é possível compreender que as empresas tomadoras de serviços sempre contratam o serviço prestado por outra empresa de forma temporária. Nesse sentido, quem possui responsabilidade perante os trabalhadores são as empresas terceirizadas, uma vez que o trabalho é exercido de forma temporária, ou seja, a relação jurídica está relacionada com a empresa de contrato temporário e não com os trabalhadores em si.

Por oportuno, também é necessário conceituar o termo “empresa tomadora de serviços” para que não seja confundido com o termo “empresa prestadora de serviços”, pois ambos os termos são distintos, mas possuem ligação com a terceirização.

2.2. EMPRESA TOMADORA DE SERVIÇO

De acordo com Jorge Neto e Cavalcante (2017, on-line), a *“empresa tomadora é a pessoa natural ou jurídica de Direito Público ou Privado que celebra contrato com empresas de prestação de serviços a terceiros”* com a finalidade de contratar serviços.

Nesse mesmo sentido, a Instrução Normativa nº 3 prevê as características da empresa tomadora de serviços, o qual está relacionado que o *“contratante e a empresa prestadora de serviços a terceiros devem desenvolver atividades diferentes e ter finalidades distintas”*. Além disso, deve observar também, que o *“contratante não pode manter trabalhador em atividade diversa daquela para a qual o mesmo fora contratado pela empresa de prestação de serviços a terceiros”* (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017, on-line)

Já com relação as empresas do mesmo grupo econômico, onde a prestação de serviços se dê junto a uma delas, o vínculo empregatício se estabelece entre a contratante e o trabalhador colocado à sua disposição de acordo com o disposto no art. 2º da CLT; o contrato de prestação de serviços a terceiros pode abranger o fornecimento de serviços, materiais e equipamentos (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017).

Nesse caso, a empresa prestadora de serviços possui sim vinculação com os trabalhadores que prestam os serviços e a empresa tomadora de serviços, uma vez que é a responsável por todos os débitos trabalhistas de seus empregados. Além disso, a forma de terceirização ocorre por prestação de serviços ou pessoal, deste modo, a contratação dos serviços da empresa prestadora será como mencionado com a empresa tomadora.

Vale informar que a empresa tomadora de serviços poderá ser pessoa física ou jurídica que poderá celebrar contrato com empresa prestadora de serviços para execução das atividades não vinculadas a atividade-fim da empresa. De acordo com os autores Jorge Neto e Cavalcante (2017) acerca da responsabilidade da empresa tomadora de serviços com relação ao vínculo empregatício:

“Se houver o desvio, haverá o vínculo de emprego com a tomadora; os serviços contratados poderão ser executados nas instalações físicas da empresa contratante ou em outro local, de comum acordo entre as partes; é responsabilidade da contratante garantir as condições de segurança, higiene e salubridade dos trabalhadores, quando o trabalho for realizado em suas dependências ou local previamente convencionado em contrato. A Instrução Normativa nº 3 e a Súmula 331 não dispunham de forma expressa quanto a responsabilidade da empresa tomadora pelas normas de tutela à saúde e a

incolumidade física e psíquica do trabalho, apesar de que a ordem jurídica já previa a responsabilidade civil da empresa tomadora” (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017, on-line).

Ademais, *“a empresa contratante poderá estender ao trabalhador da empresa de prestação de serviços que estejam dentro das dependências da contratante, ou local por ela designado”,* pois há necessidade de tratamento diferenciado para os serviços prestados na forma terceirizada. (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017, on-line)

Além disso, a empresa tomadora de serviços possui responsabilidades quanto aos seus atos, que podem ser de responsabilidade civil objetiva ou de responsabilidade civil subjetiva, que é definido por meio da caracterização da culpa ou não, do agente causador do dano, o que será melhor aclarado no tópico a seguir.

3. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO TOMADOR DE SERVIÇO

A relação jurídica empregatícia é bilateral, equiparando-se a uma moeda na qual se tem de um lado o poder diretivo (empregador) e, do outro, a subordinação (empregado). Além disso, a pessoalidade e a subordinação são elementos previstos nos conceitos de empregador e de empregado. Deste modo, os trabalhadores serão subordinados somente à empresa prestadora.

Portanto, *“a relação jurídica é triangular, existindo entre a empresa tomadora e a prestadora um contrato regido pelas leis do Direito Civil, de evidente prestação de serviços. Entre a empresa prestadora e o trabalhador há um contrato de trabalho”* (JORGE NETO; CAVALCANTE, 2017, on-line).

Ademais, existem dois conceitos de responsabilidade, a responsabilidade civil subjetiva e a responsabilidade civil objetiva. A responsabilidade civil subjetiva foi adotada pelo Código Civil brasileiro, onde é necessário para a caracterização de ato ilícito, a culpa do autor do dano, o dano propriamente dito e o nexo de causalidade. *“Já a responsabilidade civil objetiva, baseia-se no risco, na responsabilização sem a necessidade de caracterização da culpa do agente causador do dano, nos termos da teoria clássica”* (STOCO, 2001, p. 112).

De acordo com Jorge Neto e Cavalcante (2017, on-line) *“assenta-se na equação binária cujos polos são o dano e a autoria do evento danoso, sem cogitar a imputabilidade ou investigar a antiguidade de fato danoso”,* deste modo deve ser sempre verificado se de fato ocorreu o evento danoso para aplicar o ressarcimento, ou seja, deve verificar se o causador do dano é de fato responsável pelo prejuízo causado.

Além disso, após a identificação do tipo de responsabilidade civil da empresa tomadora de serviços, é de suma importância também analisar a questão da responsabilidade subsidiária e solidária da mesma, uma vez que a empresa ficará ciente de suas responsabilidades no que diz respeito aos encargos trabalhistas e tributários por exemplo.

3.1. A RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇO

Há solidariedade quando, existindo multiplicidade de credores ou de devedores na obrigação, ou de uns e outros, cada credor tem direito à totalidade da prestação, *“como se fosse o único credor, ou cada devedor estará obrigado pelo débito todo, como se fosse o único devedor. A solidariedade não se presume. Decorre da lei ou da vontade das partes”* (SILVA, 2008, p. 86).

De acordo com o art. 265 do Código Civil (BRASIL, 2002) dificilmente a solidariedade decorre do contrato, pois o tomador não irá querer responder pela dívida do prestador dos serviços. A solidariedade tem fundamento na lei ou na vontade das partes.

A solidariedade possui duas espécies: na solidariedade ativa os credores solidários tem direito de exigir do devedor o cumprimento da prestação por inteiro. Já na solidariedade passiva, o credor tem direito de exigir e receber de um ou de alguns dos devedores, parcial ou totalmente, a dívida comum (MARTINS, 2007).

Além disso, sobre a solidariedade no Direito do Trabalho, está prevista no parágrafo único do art. 8º da CLT. E havendo omissão na CLT, aplica-se o Direito Civil. A teoria da solidariedade ativa não é pacífica no âmbito do Direito do Trabalho. É considerado apenas o empregador, pois ele é o credor do trabalho do empregado (BRASIL, 1943).

Esta regra é encontrada no § 2º. do art. 2º. da CLT, que, trata da solidariedade ativa quando estabelece que o empregador é o grupo de empresas (BRASIL, 1943). O grupo pode exigir o trabalho do empregado, entre as várias empresas do grupo, é possível a transferência do empregado de uma empresa para outra do mesmo grupo econômico. É contado o tempo de serviço de uma empresa para outra, como para efeito de férias e indenização (SILVA, 2008).

Caso evidenciada a responsabilidade solidária em grupo econômico empresarial, a jurisprudência tem entendido que os trabalhadores possuem seus direitos contra todas as empresas do mesmo grupo econômico, cabendo também, responsabilidade solidária, vejamos:

“Ementa: PROCESSO SOB A ÉGIDE DA LEI N. 13.467/2017. I - GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Incontroversa a formação de grupo econômico entre as reclamadas, em cujos presentes autos, conforme o largo acervo probatório constituído, constatou-se a presença de efetivos laços de coordenação e interesses comuns entre as empresas demandadas, revelando a interligação entre todas, assim, justificada a inclusão da ora recorrente CENTRAL ADMINISTRAÇÃO e sua permanência como codevedora, a responsabilização solidária de todas as envolvidas ao pagamento das verbas deferidas ao reclamante é medida que se impõe. Inteligência do art. 2º, 2º da CLT. II (...)

(TRT-14 - RO: 00001741520195140006 RO-AC 0000174-15.2019.5.14.0006, Relator: VANIA MARIA DA ROCHA ABENSUR, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 07/08/2019). (TRT-14, 2019ª, on-line)

“Ementa: GRUPO ECONÔMICO. CENTRAL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. Uma vez demonstrada nos autos a existência de grupo econômico entre as empresas reclamadas, tem-se como justificada a inclusão e a permanência de todas no polo passivo da ação, com a consequente possibilidade jurídica de responsabilização solidária ao pagamento das verbas trabalhistas reconhecidas no feito, nos termos do art. 2º, 2º da CLT. (...)

(TRT-14 - RT: 00002070220195140007 RO-AC 0000207-02.2019.5.14.0007, Relator: ILSO ALVES PEQUENO JUNIOR, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 12/09/2019). (TRT-14, 2019ª, on-line)

Verifica-se na solidariedade que a responsabilidade entre duas ou mais empresas é igual desde que elas estejam ligadas pelo quadro societário, pelos sócios ou pelas empresas.

3.2. A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA TOMADORA DE SERVIÇO

Acerca da responsabilidade subsidiária o inciso IV da Súmula 331 do TST informa que foi reformulado o entendimento e que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços:

“IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços, quanto àquelas obrigações, inclusive quanto aos órgãos da administração direta, das autarquias, das fundações públicas, das empresas públicas e das sociedades de economia mista, desde que hajam participado da relação processual e constem também do título executivo judicial” (BRASIL, 2011, on-line).

A Responsabilidade subsidiária é uma espécie de benefício de ordem, pois deve ser paga para aquele que foi beneficiado pelos serviços prestados pela empresa tomadora de serviços:

“Não pagando o devedor principal (empresa prestadora de serviços), paga o devedor secundário (a empresa tomadora dos serviços). Se a tomadora é beneficiada da prestação de serviços do autor, deve responder subsidiariamente, conforme a orientação do inciso IV da Súmula 331 do TST. Não é possível determinar o retorno do empregado ao status quo ante, porque não pode ser devolvida sua energia de trabalho. Assim, ele tem de receber de quem foi beneficiado da prestação dos serviços” (SILVA, 2008, p. 87).

O TST falou em responsabilidade subsidiária, por se aplicar, analogicamente, o art. 228 e o art. 455 da CLT, não se trata de responsabilidade solidária, pois a solidariedade não se presume, resulta da lei ou da vontade das partes. O inciso IV da Súmula 331 do TST interpreta, portanto, corretamente o dispositivo consolidado ao se falar em responsabilidade subsidiária. O tomador dos serviços não é, portanto, solidário com o prestador dos serviços, segundo a orientação da Súmula 331 do TST (BRASIL, 2011).

O tomador dos serviços somente responderá se o prestador dos serviços não pagar a dívida trabalhista ou se o seu patrimônio for insuficiente para o pagamento do débito. A responsabilidade subsidiária só existe se o devedor principal não adimplir a obrigação. Nesse caso, o responsável subsidiário irá responder desde que tenha

participado da relação processual e tenha havido o trânsito em julgado da decisão (SILVA, 2008).

Caso evidenciada a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, a jurisprudência tem entendido que o tomador de serviços é responsabilizado por todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, conforme se observa nas transcrições abaixo colacionadas:

“Ementa: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. TERCEIRIZAÇÃO. EMPRESA PRIVADA. Demonstrada a prestação de serviços do reclamante ao terceiro reclamado (Metro Jornal), ainda que em atividade-meio, é cabível a responsabilização subsidiária nos termos da Súmula nº 331 do C. TST. Ressalta-se que esta responsabilidade decorre não de reconhecimento de vínculo empregatício entre tomador e trabalhador terceirizado, mas sim da prestação de serviços em benefício daquele, destacando-se que, em decisão do STF no RE nº 958252, definiu-se como tese de repercussão geral que, embora lícita a terceirização, seja na atividade-fim ou meio, mesmo nas relações preexistentes à Lei nº 13.429/2017, (...) mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”. (TRT-2 10013453420175020025 SP, Relator: ALVARO ALVES NOGA, 17ª Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 06/08/2020).” (TRT-2, 2020, on-line)

“Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. LEI 13.467/2017. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DE EMPRESA PRIVADA. TRANSCENDÊNCIA. Não há transcendência da causa relativa à responsabilização subsidiária da reclamada, empresa privada e tomadora dos serviços, quando constatado o inadimplemento de verbas trabalhistas em detrimento de empregado da prestadora, a abranger todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral, nos termos da Súmula 331, IV do c. TST. Transcendência do recurso de revista não reconhecida e agravo de instrumento desprovido. (TST - AIRR: 10018319820165020010, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 11/03/2020, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2020).” (TST, 2020, on-line)

“Ementa: RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO. SÚMULA Nº 331 DO TST. DECLARAÇÃO DE CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, 1º, DA LEI Nº 8.666 /93. ADC Nº 16. A Súmula nº 331, IV e V, do TST concluiu pela responsabilidade subsidiária do ente público, tomador dos serviços, quando demonstrada a inobservância do seu dever de fiscalizar, tornando-se como premissa o dever legal dos atores contratuais de implementar medidas que impeçam lesão ou ameaça a direito. A declaração de constitucionalidade do art. 71, 1º, da Lei nº 8.666 /93, no julgamento da ADC 16, pelo STF, por sua vez, não exclui a conclusão sumular ou mesmo as premissas que a fundamentam, revelando harmonia entre ambas. Desse modo, não há contradição a ser declarada. SÚMULA Nº 331 DO TST. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ALCANCE. A declaração de responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços implica no pagamento da totalidade dos créditos destinados ao trabalhador, inclusive multas e indenizações de ordem material e moral. Recurso conhecido e não provido. (TRT-14 - RT: 00000125620195140091 RO-AC 0000012-56.2019.5.14.0091, Relator: ILSON ALVES PEQUENO JUNIOR, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 15/08/2019).” (TRT-14, 2019, on-line)

Verifica-se na subsidiariedade, que, se a empresa de serviços não cumprir com suas obrigações trabalhistas, a responsabilidade será da tomadora dos serviços.

Além disso, em relação a responsabilidade subsidiária ou solidária, caso a empresa prestadora de serviço e a empresa tomadora não possuam meios financeiros para quitar os encargos sociais, trabalhistas e tributários, os sócios das empresas deverão arcar com as referidas obrigações, conforme se depreende do Código Civil em seu art. 50, que trata de franca aplicação do princípio da desconsideração em prol de maior proteção ao trabalhador e da jurisprudência anteriormente colacionada. (BRASIL, 2002).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O instituto da terceirização é a contratação de serviços por meio de empresa para exercer atividades acessórias do tomador do serviço, mediante contrato de prestação de serviço.

A terceirização pode ser interpretada como lícita e ilícita, sendo necessário observar algumas regras para ser considerada como tal. A terceirização lícita é o que

ocorre na atividade-meio da empresa tomadora de serviços, e a terceirização ilícita seria a terceirização que ocorre na atividade-fim da tomadora.

As empresas tomadoras de serviços sempre contratam o serviço prestado por outra empresa de forma temporária e as empresas prestadoras de serviços possuem vinculação com os trabalhadores que prestam os serviços da empresa tomadora de serviços.

Além disso, a terceirização está sendo usada por muitas empresas com o objetivo de uma melhor gestão de modernização e posicionamento competitivo nos dias atuais e para melhor adequar-se as necessidades do mercado de trabalho, indicando como um meio para melhorar a eficiência na execução dos serviços.

Por meio da Lei nº 13.429 de 2017 ocorrem algumas mudanças acerca da terceirização, tanto para o prestador de serviços e seus trabalhadores, quanto para os tomadores. O empregado que executa o serviço na empresa terceirizada terá de ter seus direitos ampliados, e assumir os benefícios que são concedidos, contudo isso garantirá os mesmos direitos que um empregado efetivo contratado pela mesma empresa tomadora de serviços.

Outro ponto relevante sobre a reforma trazida pela Lei nº 13.429 de 2017 é sobre a responsabilidade das empresas tomadoras de serviço com um possível processo trabalhista. Antes o empregado poderia entrar com uma ação trabalhista contra a empresa tomadora de serviços e contra a empresa que contratou com pedido de responsabilidade subsidiária da tomadora. Agora só é cabível pleitear contra a empresa tomadora de serviços, uma vez que a mesma é responsável por todas as verbas decorrentes ao período da prestação laboral, conforme entendimento pacificado pela maioria dos tribunais regionais do trabalho.

Desta forma, cabe à empresa tomadora de serviços certificar-se da idoneidade da empresa de terceirização de mão de obra, fiscalizando o correto pagamento de seus funcionários e observando as limitações que esse tipo de contratação impõe, principalmente no tocante à subordinação do trabalhador terceirizado e ao tipo de atividade terceirizada, para evitar riscos quanto a responsabilidade que assumirá.

Acerca da responsabilidade subsidiária, o inciso IV da Súmula 331 do TST prevê que o inadimplemento das obrigações trabalhistas pelo empregador implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços

Conclui-se, portanto, que há responsabilidade subsidiária da empresa tomadora de serviços, pois a jurisprudência tem entendido que o tomador de serviços

deve ser responsabilizado por todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Teoria Geral das Obrigações**. São Paulo: Atlas, 2004.

BORIN, Ana Karina Bloch Buso. **Lei da terceirização traz novo modelo de trabalho**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/dino/lei-da-terceirizacao-traz-novo-modelo-de-trabalho-dizespecialista,ae95c657802b5ed7ac8bce3ed74fc0beotg6ba2v.html>. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. (Constituição (1988)). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, (2016). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 22 jul. 2020.

BRASIL. **Decreto Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967**. Dispõe sobre a organização da Administração Federal, estabelece diretrizes para a Reforma Administrativa e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0200.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Consolidação das Leis de Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 out. 2020.

BRASIL. **Instrução Normativa TEM nº 3 de 29 de agosto de 1997**. Dispõe sobre a fiscalização do trabalho nas empresas de prestação de serviços a terceiros e empresas de trabalho temporário. Disponível em: <https://www.jobcenter.com.br/livro-recomendado/4-5-instrucao-normativa-tem-no-3-29-de-agosto-de-1997/>. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 5.645, de 10 de dezembro de 1970**. Estabelece diretrizes para a classificação de cargos do Serviço Civil da União e das autarquias federais, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L5645.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Dispõe sobre o Trabalho Temporário nas Empresas Urbanas, e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6019.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.863, de 28 de março de 1994^a**. Altera a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8863.htm. Acesso em: 24 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.949 de 09 de dezembro de 1994^b**. Acrescenta parágrafo ao art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) para declarar a inexistência de vínculo empregatício entre as cooperativas e seus associados. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/11271038/lei-n-8949-de-09-de-dezembro-de-1994>. Acesso em: 27 set. 2020.

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: 22 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017**. Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13429.htm. Acesso em: 22 out. 2020.

CARRION, Valentim. **Comentários à consolidação das leis do trabalho**. 34. ed. Atualizada por Eduardo Carrion. Legislação Complementar e jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2009.

CASSAR, Vólia Bonfim. **Direito do Trabalho**. São Paulo: Método, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 15. ed. São Paulo: LTr, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009. v.2.

FAGUNDES, Amanda. **Terceirização lícita e ilícita**. Disponível em: <http://estudojustrabalhista.blogspot.com/2013/06/consideracoes-acerca-da-terceirizacao.html>. Acesso em: 03 nov. 2020.

JORGE NETO, Francisco Ferreira; CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa. **A terceirização, o Direito do Trabalho e a Lei 13.429/17**. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/05/08/terceirizacao-o-direito-trabalho-e-lei-13-429171/>. Acesso em: 03 nov. 2020.

MARTINS FILHO, Ives Granda da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **À terceirização e o direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas S.A, 2009.

MAYER, Eric Luís Silva. **A regulamentação da terceirização trabalhista e os limites da responsabilidade subsidiária: uma análise a partir da lei nº 13.429/17**.

Disponível em: <https://www.seer.furg.br/juris/article/view/8916/7377>. Acesso em: 09 mar. 2021.

SILVA, Hildemar da. **Terceirização de contrato de trabalho responsabilidade subsidiária e solidária do tomador dos serviços**. Disponível em: <http://siaibib01.univali.br/pdf/Hildemar%20da%20Silva.pdf>. Acesso em: 25 out. 2020.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial - REsp 225051 DF 1999/0068128-2**. Processo civil. Execução de título judicial. Responsabilidade patrimonial. Art. 592, CPC. Ofensa à coisa julgada. Inexistência. Vínculo societário. Obrigação e responsabilidade. Invocação exemplificativa. Recurso desacolhido. 4ª Turma - REsp n. 225.051-DF, Relator Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 7 nov. 2000. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8088823/recurso-especial-resp-225051-df-1999-0068128-2-stj>. Acesso em: 09 fev. 2021.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial - REsp 965810 SP 2007/0153729-2**. Processual civil e administrativo. Art. 535 do cpc. Concessionária de energia elétrica. Uso das faixas de domínio das rodovias. Recorrente: Elektro eletricidade e serviços S/A e Dr. Cândido Da Silva Dinamarco, pela parte: Recorrido: concessionária ecovias dos imigrantes S/A. Resp. nº 965.810-SP. Relator Ministro Castro Meira. DJ 02/10/2007. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19206987/recurso-especial-resp-965810-sp-2007-0153729-2/inteiro-teor-19206988>. Acesso em: 09 fev. 2021.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula 331 do TST**. Prevê responsabilidade subsidiária em relação a todas as verbas trabalhistas. Disponível em: http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em: 23 out. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **Súmula 239 do TST**. Ancário. Empregado de empresa de processamento de dados. Res. 129/2005, DJ 20, 22 e 25.04.2005.

Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=237.3871&seo=1>.
Acesso em: 24 out. 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TRT-14 – Recurso Ordinário/AC: 0000207-02.2019.5.14.0007**. Relator: ILSON ALVES PEQUENO JUNIOR, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 12/09/2019^a. Disponível em: <https://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/756840356/recurso-ordinario-trabalhista-rt-2070220195140007-ro-ac-0000207-0220195140007>. Acesso em: 15 dez 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TRT-14 – Recurso Ordinário/AC: 0000174-15.2019.5.14.0006**. Relator: VANIA MARIA DA ROCHA ABENSUR, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 07/08/2019^b. Disponível em: <https://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745111495/recurso-ordinario-ro-1741520195140006-ro-ac-0000174-1520195140006?ref=serp>. Acesso em: 15 dez 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TRT-2 10013453420175020025 SP**. Relator: ALVARO ALVES NOGA, 17^a Turma - Cadeira 5, Data de Publicação: 06/08/2020. Disponível em: <https://trt-2.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/894270395/10013453420175020025-sp?ref=serp>. Acesso em: 15 dez 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TST – Agravo de instrumento em recurso de revista: 10018319820165020010**. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 11/03/2020, 6^a Turma, Data de Publicação: DEJT 13/03/2020. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/825647179/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-10018319820165020010>. Acesso em: 15 dez 2020.

TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. **TRT-14 - Recurso Ordinário/AC 0000012-56.2019.5.14.0091**. Relator: ILSON ALVES PEQUENO JUNIOR, SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 15/08/2019^c. Disponível em: <https://trt-14.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/745109590/recurso-ordinario-trabalhista-rt-125620195140091-ro-ac-0000012-5620195140091>. Acesso em: 15 dez 2020.

FGTS: DO SURGIMENTO À APLICAÇÃO NO FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – UMA ABORDAGEM HISTÓRICA E FINS SOCIAIS

CLEIDIANE TOLEDO LOPES OLIVEIRA:

Bacharelanda do curso de Direito pelo Centro Educacional São Lucas Ji-Paraná – UniSL

DAYANE BERNARDI DE LIMA⁷⁹

(coautora)

RENATA MIRANDA DE LIMA⁸⁰

(orientadora)

Resumo: O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) foi instituído pela Lei nº 5.107/1966, tendo por principais objetivos proteger os trabalhadores da dispensa arbitrária, bem como garantir a estes, caso dispensados, um meio de se sustentar por determinado período de tempo. Não somente isso tornou o FGTS tão fundamental ao trabalhador nacional, mas também todas as outras garantias que este proporcionava, bem como aos projetos ligados a este, como são os casos dos planos habitacionais, de infraestrutura e saneamento básico, os quais são financiados diretamente pelo fundo monetário. Com o avanço legislativo, no ano de 1990, o FGTS passou a vigorar através da Lei nº 8.036, a qual trouxe diversas mudanças ao referido benefício, sendo uma delas as diversas modalidades que o trabalhador poderia fazer jus ao saque do montante depositado, assegurando ainda mais os direitos trabalhistas do empregado nacional. Como metodologia, trata-se de uma pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa, com objetivos explicativo e exploratório, utilizando-se como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica. A lei referente a este benefício tende a evoluir cada vez mais, garantindo ainda mais direitos aos trabalhadores, como foi o caso das multas inerentes a dispensa sem justa causa ou por culpa recíproca ou ainda por força maior. Assim, é certo que este benefício em muito favorece a classe trabalhadora, que tanto contribui para o desenvolvimento nacional.

Palavras-chave: FGTS. Trabalhador. Benefício. Direito.

Abstract: The Guarantee Fund for Length of Service (FGTS) was established by Law No. 5,107 / 1966, whose main objectives are to protect workers from arbitrary dismissal, as

⁷⁹ Acadêmica do 9º período do curso de Direito no Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná. E-mail:

⁸⁰ Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano – CEULJI, Ji-Paraná, RO. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto, RS. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR

well as guaranteeing them, if dismissed, a means of sustaining themselves for a certain period of time. Not only did this make FGTS so fundamental to the national worker, but also all the other guarantees it provided, as well as the projects related to it, such as housing, infrastructure and basic sanitation plans, which are directly financed by the monetary fund. With the legislative advance, in the year 1990, FGTS came into force through Law No. 8,036, which brought several changes to the referred benefit, one of which being the various modalities that the worker could be entitled to withdraw from the deposited amount, also ensuring plus the national employee's labor rights. As a methodology, it is an applied research, with a qualitative approach, with explanatory and exploratory objectives, using bibliographic research as a methodological procedure. The law regarding this benefit tends to evolve more and more, guaranteeing even more rights to workers, as was the case with fines inherent in dismissal without just cause or due to reciprocal guilt or force majeure. Thus, it is certain that this benefit greatly favors the working class, which contributes so much to national development.

Keywords: FGTS. Worker. Benefit. Right.

1 INTRODUÇÃO

O Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, popularmente conhecido por FGTS, é um benefício estatal concedido a todos os trabalhadores nacionais, por determinação da Lei n. 8.036/1990. A criação em si, deste benefício, adveio através da Lei 5.107/1966, e durante toda sua trajetória, houveram diversas mudanças e características, com as quais tornaram o FGTS um dos principais benefícios assegurados aos trabalhadores.

O foco deste benefício é de simples compreensão, pois o FGTS tem por função proporcionar a garantia de emprego e sustento para os trabalhadores e famílias em todo o Brasil, ao passo que, aqueles que fazem jus ao benefício, podem fazer de uso deste, no momento que mais necessitam.

O dever de recolhimento do benefício é obrigatório a todos os empregadores nacionais, nas alíquotas de 8% para todos os trabalhadores comuns e domésticos, e 2% para jovens aprendizes. Havendo ainda a possibilidade de o empregado receber o valor de 40% sob todo o valor depositado em sua conta vinculada em caso de dispensa sem justa causa, e 20% em caso de dispensa por culpa recíproca ou por força maior.

Importante frisar que o FGTS não só beneficia o trabalhador nacional, mas também toda a sociedade através de sua aplicabilidade nos planos de ação ligados à habitação, ao saneamento básico e a infraestrutura. Assim, aqueles que almejam por seu domicílio próprio, podem fazer jus a este direito através do fundo do FGTS, contando ainda com as premissas ligadas a saneamento e a infraestrutura local.

Diante disso, o presente artigo tem por foco demonstrar como este benefício tem proporcionado melhores condições de vida a todos os trabalhadores nacionais, bem como a toda sociedade. Para isto, será delimitado uma trajetória histórica demonstrando as peculiaridades do FGTS, bem como conceituando-o, e exemplificando suas características.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FGTS

O surgimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) retoma os primórdios do reconhecimento e inclusão do Direito do Trabalho no Brasil, antes ainda da criação da Constituição de 1937, o qual buscou proteger e firmar os princípios da continuidade das relações de emprego e a inserção dos trabalhadores no mercado de trabalho. Partindo dessa premissa, é necessário analisar o seu contexto no âmbito da evolução das constituições brasileiras e a forma com que os direitos dos trabalhadores foram ganhando espaço dentro do ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 CONSTITUIÇÃO DE 1824

A Constituição Política do Império do Brasil foi outorgada pelo Imperador D. Pedro I no dia 25 de março de 1824, na qual formou-se um conselho de estado composto por 10 membros que juntamente elaboraram a existência da primeira carta magna do país, nela foi estabelecido o modelo tetradimensional (executivo, legislativo, judiciário e moderador), o poder moderador era exercido pela figura do imperador o qual predominava sobre os outros, podendo desfazer decisões tomadas, desse modo foi estabelecida, nessa constituição, como forma de governo a monarquia hereditária e representativa.

Nesse período, que ainda imperava a escravidão, uma vez que o governo, ainda estava sobre forte influência do governo português, assim, somente em 1888, no dia 13 de maio, foi constituída a Lei Áurea, que deu fim à escravidão, dessa forma, o surgimento dessa Constituição veio com o objetivo de assegurar a Liberdade de trabalho, permitindo toda e qualquer atividade laboral, ao abolir as corporações de ofício, conforme preconiza o art. 179, inciso XXV.

Art. 179 [...] XXIV- Nenhum gênero de trabalho, de cultura, indústria ou comércio pode ser proibido, uma vez que não se oponha aos costumes públicos, à segurança e saúde dos cidadãos.

XXV- Ficam abolidas as Corporações de Ofícios, seus Juizes, Escrivães e Mestres.

Segundo Sérgio Pinto Martins (2020, p. 56), “A Constituição de 1824 apenas tratou de abolir as corporações de ofício (art. 179, XXV), pois deveria haver liberdade do exercício de ofícios e profissões”.

Nota-se que, essa Constituição não positivou normas de interesse trabalhista, e nem assegurava o trabalho aos empregados. O que previa somente, era certa estabilidade para os militares, assim, em seu artigo 149, apresenta: “oficiais do Exército e da Armada não podem ser privados de suas patentes, senão por sentença proferida em juízo competente”.

2.2 LEI ELOY CHAVES

Na década de 1920 foi instituída a primeira lei (nº 4.682 de 24 de janeiro de 1923) para tratar sobre as aposentadorias dos ferroviários, as quais vinham proporcionando a estabilidade decenal, ao estabelecer as CAPs (caixa de aposentadorias e pensões), pois o empregado precisava estar segurado no emprego para que se mantivessem as contribuições para custear os benefícios oferecidos aos aposentados e pensionistas.

Data de 1923 a lei federal que fez dos ferroviários, no setor privado, os precursores do direito a um pagamento mensal durante a velhice. Conhecida como Lei Eloy Chaves, a norma é considerada a origem da Previdência Social. Foi sobre esse alicerce que o sistema previdenciário cresceu até chegar ao modelo atual, que paga aposentadorias, pensões e outros benefícios a 35 milhões de brasileiros nos setores público e privado. (WESTIN, 2019, - Disponível em <https://www12.senado.leg.br>, acesso em 20/11/2020, 14:24)

A Lei foi proposta pelo Deputado Federal Eloy Chaves (SP), que permitia a aposentadoria a todo trabalhador que tivesse 30 anos de atividade ferroviária, e no mínimo 50 anos de idade, porém devido o trabalho infantil ser permitido na época, abria espaço para aposentadorias de pessoas mais novas, do que a idade mínima prevista, porque ingressaram ainda crianças nas ferrovias, e que já tinham cumprido o prazo de trabalho.

A Estabilidade Decenal foi também uma novidade, permitida para aquele empregado que atingisse 10 anos de serviço efetivo nas ferrovias, que somente poderia ser dispensado por falta grave constatada em inquérito administrativo, previsto no artigo 42 da lei. No entanto, era limitado a uma única categoria a dos ferroviários, com o passar dos anos outras categorias foram sendo beneficiadas, bem como os portuários, navegações marítimas e aviação, seguindo a seguinte ordem:

[...] em 1926, Decreto no 5.109; em 1927, os Decretos no 17.940 e 17.941; em 1928, a Lei no 5.485; em 1931, o Decreto no 20.465, alterado em 1932, pelo Decreto no 21.081; em 1933, o Decreto no 22.872; em 1934, o Decreto no 24.273, regulamentado no mesmo ano pelo Decreto no 183; ainda em 1934, o Decreto no 24.615, regulamentado pelo Decreto no 83, que protegia a categoria dos bancários, tendo assegurado a Estabilidade a esta categoria após dois ou mais anos de serviço prestados no mesmo estabelecimento.

Mais tarde, em 1943 com o surgimento da CLT, em seu art. 492 a Estabilidade Decenal foi expandida para todas as classes trabalhadoras, vale ressaltar que os trabalhadores rurais ainda não faziam parte dessa garantia, a qual veio a ser incorporada na Constituição de 1946, posteriormente foi criado o FGTS em 1966 que permitia a escolha, por parte do empregado, o tipo de regime, essa opção teve fim com a promulgação da constituição de 1988 ao adotar somente o FGTS.

2.3 CONSTITUIÇÃO DE 1934

Em 1934, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, foi considerada, de fato, a primeira a tratar sobre o Direito Trabalhista, sobre a ordem econômica e social em nosso País, trazendo os direitos mínimos aos trabalhadores.

José Francisco Siqueira Neto assim nos ensina (1996, p. 199),

Na concepção liberal, qualquer intervenção estatal no campo de atuação das partes, fere frontalmente a liberdade de contratação dos indivíduos, restando assim ao Estado o papel de espectador, atuando somente para assegurar os efeitos e as consequências daquilo livremente estipulado pelas partes. É nesse contexto que as relações de trabalho são assimiladas: como mais uma forma de contrato. O advento do capitalismo decorrente da revolução industrial derrubou inapelavelmente as teses liberais e impulsionou a intervenção do Estado nas relações de trabalho, criando assim as condições para o aparecimento do Direito do Trabalho.

Foi constituído em um momento histórico e decisivo devido à revolução Industrial, dessa forma, com a criação da justiça trabalhista no Brasil, aplicando a Consolidação das Leis do Trabalho, sendo esta promulgada no fim do governo de Getúlio Vargas em um período ditatorial que ocorreu em 1940, com o Decreto Nº 6.596 de 12 de dezembro.

Art. 1 - Fica aprovado, para execução dos Decretos-leis número 1. 237, de 2 de maio de 1939, e 2.851, de 10 de dezembro de 1.940, o regulamento da Justiça do Trabalho, que a este acompanha, assinado pelo Ministro de Estado dos Negócios do Trabalho, Indústria e Comércio.

Foi a primeira Constituição das Leis Magnas do Brasil a instituir expressamente o Direito Econômico e a segunda Constituição no mundo a incluir em seu rol os Direitos Sociais, de forma expressa, em seu título IV, a partir dos seus artigos 115 até o artigo 143, conforme o artigo 115 "A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existências digna".

Os sindicatos e as associações tiveram o seu direito contendo reconhecimento e autonomia na sua formação, conforme o artigo 120, "Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei". Isso trouxe muitos avanços sociais para os trabalhadores, garantindo o seu direito de estabilidade, de modo a assegurar uma existência digna.

Pode-se destacar que o artigo 121, vem sendo representado na Constituição atual pelo artigo 7º, o artigo 121 foi a essência da consagração dos Direitos Sociais nessa Constituição. Vê-se que a Constituição de 1934 foi de suma importância para os trabalhadores, durando apenas 03 anos, considerada a que ficou em menor prazo de vigência dentro do ordenamento brasileiro.

2.4 CONSTITUIÇÃO DE 1937

A Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1937 foi a quarta constituição criada, outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, no período da ditadura do Estado Novo, que perdurou até 1945, se diferenciava dos demais textos constitucionais liberais anteriores por apresentar aspecto autoritário e centralista. Sua principal característica consistia na concentração do poder judiciário na figura do chefe do Executivo.

Segundo Sérgio Pinto Martins (2020, p. 57),

A Constituição de 1937 instituiu o sindicato único, imposto por lei, vinculado ao Estado, exercendo funções delegadas de poder público, podendo haver intervenção estatal direta em suas atribuições. [...] Estabeleceu-se a competência normativa dos tribunais do trabalho, que tinha por objetivo principal evitar o entendimento direto entre trabalhadores e empregadores.

Observa-se que essa constituição reconheceu a Entidade Sindical, prevista no art. 138, no entanto somente poderia existir uma de cada categoria profissional dentro de um mesmo território, estabelecendo também às contribuições sindicais. Trouxe a ideia de que o Estado deveria regular e preservar a ordem social e acabar com o direito de greve dos trabalhadores, pois era visto como prática contrária aos objetivos de crescimento da sociedade e economia, conforme o art. 139 da referida norma.

Outros preceitos trabalhistas foram expressos no art. 137, de acordo a alínea f, ao conferir caráter constitucional à estabilidade decenal, "nas empresas de trabalho contínuo, a cessação das relações de trabalho, em que o trabalhador não haja dado motivo, e quando a lei não lhe garanta a estabilidade no emprego, cria-lhe o direito a uma indenização proporcional aos anos de serviço".

2.5 CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DE TRABALHO

A Consolidação das Leis de Trabalho – CLT teve o seu surgimento pelo Decreto nº 5.452 de 1943 e foi sancionado pelo Presidente Getúlio Vargas no período do Estado Novo. Ocasinou um grande progresso à classe trabalhadora e teve com objetivo de unificar a relação de trabalho e emprego.

Art. 1º Fica aprovada a Consolidação das Leis do Trabalho, que a este decreto-lei acompanha, com as alterações por ela introduzidas na legislação vigente.

Parágrafo único. Continuam em vigor as disposições legais transitórias ou de emergência, bem como as que não tenham aplicação em todo o território nacional.

Art. 2º O presente decreto-lei entrará em vigor em 10 de novembro de 1943.

A CLT ficou conhecida por um grande marco na classe trabalhadora, trazendo uma segurança aos trabalhadores, pode-se destacar os principais direitos trabalhistas garantidos pela CLT, como vínculo empregatício, jornada de trabalho, hora extra, FGTS, 13º salário, férias, licença maternidade e paternidade, seguro desemprego, vale transporte, adicional de insalubridade e periculosidade, aviso prévio, rescisão de contrato, descanso semanal remunerado e recebimento de indenização em razão de ofensa ou material.

Com os principais direitos estabelecidos pela CLT, a estabilidade veio sendo regulada, com intuito de favorecer praticamente quase todos os empregados, tanto urbanos como rural, mas contendo um critério que o emprego deveria estar submetido ao um contrato de duração indeterminado.

No entanto, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, foi extinta a estabilidade no emprego para o empregado regidos na CLT, ficou permanecendo no Capítulo VII nos artigos 492 à 500 da CLT, conforme o artigo 492 descreve que “O empregado que contar mais de 10 (dez) anos de serviço na mesma empresa não poderá ser despedido senão por motivo de falta grave ou circunstância de força maior, devidamente comprovadas”.

Contudo, a estabilidade não implica ao empregado que terá um emprego vitalício, portanto isso demonstra que o estável pode ser transferido em caso de necessidade, mas não poderá ser dispensado, salvo mediante a isso, só caberá a perda da estabilidade por motivo de circunstância de força maior ou cometendo falta grave.

2.6 CONSTITUIÇÃO DE 1946

O surgimento da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 veio com a derrubada do Estado Novo, com a queda do presidente Getúlio Vargas. Tornou-se um regime democrático, expressando valores liberalismo, garantido princípios e mantendo alguns aspetos conservadores.

A Mesa da Assembleia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente, e manda a todas as autoridades, às quais couber o conhecimento e a execução desses atos, que os executem e façam executar e observar fiel e inteiramente como neles se contêm.

O direito trabalhista que foi garantido desde Constituição de 1934 e 1937, veio sendo mantido alguns direitos, com a chegada da Constituição dos Estados Unidos de 1946, isso não assegurou totalmente o direito à greve, conforme o artigo 158 “É reconhecido o direito de greve, cujo exercício a lei regulará” ficou uma redação vaga possibilitando transgressões pelo governo.

Portanto, o artigo 157, inciso XII da Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946, veio assegurando o direito da estabilidade decenal, assim manteve esse direito durante a sua vigência e foi estendido pela Lei nº 4.214 de 1969, conhecido como Estatuto do Trabalhador Rural.

2.7 A EXTINÇÃO DA ESTABILIDADE E A CRIAÇÃO DO FGTS

Criou-se, então, em 1966, no dia 13 de setembro, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) pela Lei nº 5.107, pelo ministro de Planejamento Roberto Campos, durante o regime militar, no governo do Marechal Castello Branco, embora só tenha entrado em vigor em 1º de janeiro de 1967. O objetivo central era pôr fim a

estabilidade, o que só ocorreu na Constituição de 1988. Essa lei foi revogada posteriormente pela Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990, a qual atualmente, vem regendo sobre o FGTS.

Esse novo regime, permitia o empregado escolher a estabilidade decenal, prevista na CLT ou pelo Fundo de Garantias do Tempo de Serviço, conforme o art. 1º da Lei nº 5.107/66 “Para garantia do tempo de serviço ficam mantidos os Capítulos V e VII o Título IV da Consolidação das Leis do Trabalho, assegurado, porém aos empregados, o direito de optarem pelo regime instituído na presente Lei”. Tratava-se de uma escolha ilusória, pois aqueles que não optassem pela renúncia a estabilidade não eram contratados, a livre escolha na verdade pertencia à empresa.

Na estabilidade decenal os empregados só poderiam ser demitidos por justa causa quando alcançasse o período de 10 anos, o que acontecia muitas vezes, era que o empregado era dispensado antes mesmo de completar este período, por exemplo, aqueles com 09 (nove) anos na empresa, nesses casos o empregador tinha que pagar uma indenização no valor de um salário por ano trabalhado (cerca de 08%), isso pesava muito no bolso dos patrões, pois era um montante alto para ser custeado de uma só vez.

O FGTS proporcionou uma alternativa melhor de rescisão de contrato que ao mesmo tempo proporcionasse segurança para o empregado, garantia a ele também uma reserva ao fim do tempo prestado de trabalho naquela determinada empresa, ao ser depositado nas contas vinculadas dos funcionários a porcentagem de 8% do salário de forma mensal e multa de 40%, caso este fosse demitido sem justa causa ou poderia permanecer com a estabilidade decenal caso “preferisse”.

Com a recepção da matéria na constituição de 1988 (art. 7º, inciso III), os trabalhadores passaram a ingressar no Fundo de Garantia de Tempo de Serviço de maneira automática, extinguindo a garantia de permanecer na mesma empresa ao completar os anos que lhe garantiam a estabilidade, porém permanecia para aqueles trabalhadores que já possuíam o direito adquirido em 05 de outubro de 1988. O FGTS, no entanto, trouxe segurança para o empregado caso ele fosse demitido sem justa causa, no sentido de proporcionar a formação de uma reserva remuneratória, que poderia ser sacada após a rescisão do contrato de trabalho.

3 FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO

Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é o instituto que rege pela Lei nº 8.036/90, o qual será analisado com intuito de descrever como concretizou o direito do trabalhador, onde a sua finalidade é de proporcionar ao empregado uma garantia quando fosse dispensado sem justa causa, porém o FGTS não garante o tempo de serviço, apenas uma reserva ou poupança para o empregado, ter o direito de saque.

3.1 FGTS

O FGTS fundou-se como um sistema de proteção para o empregado visando proteger a estabilidade da duração do seu vínculo empregatício, essa proteção vem de um dos princípios vigentes no direito do trabalho, a manutenção do vínculo de emprego.

Sérgio Pinto Martins destaca que (2020, p. 718),

O nome do instituto em estudo é Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), porém este não garante o tempo de serviço, apenas uma poupança para o trabalhador, ao contrário do que ocorria com a indenização.

O FGTS é um depósito bancário destinado a formar uma poupança para o trabalhador, que poderá ser sacada nas hipóteses previstas na lei, principalmente quando é dispensado sem justa causa. Servem os depósitos como forma de financiamento para aquisição de moradia pelo Sistema Financeiro de Habitação.

Em virtude do artigo 492 da CLT, que vinha estabelecendo um regime de estabilidade, favorecendo aos empregados que contabilizavam 10 anos de serviço ou mais, eram beneficiados com a estabilidade decenal, com grandes controversas dos empregadores sobre a estabilidade decenal, aconteceu a criação da Lei nº 5.107/66, que fundou o FGTS de modo que o empregado poderia optar pela estabilidade cumprindo todos os requisitos ou pelo sistema do FGTS.

A Constituição Federal de 1988 generalizou o sistema do FGTS e tornou-se regra, conforme o artigo 7º, III "São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: III - fundo de garantia do tempo de serviço", inclusive a equiparação aos trabalhadores avulsos, rurais e domésticos constituiu o direito ao FGTS.

Atualmente o FGTS é regido pela Lei nº 8.036/90, trazendo formas mais claras e objetivas sobre contrato de trabalho, sendo depositada em conta vinculada em nome do empregado, na importância de 8% calculado em base a remuneração. Tendo o empregador o dever de realizar este depósito mensalmente até o sétimo dia de cada mês subsequente sobre prestação de serviço.

Entretanto, em caso de suspensão de contrato de trabalho, em situação de acidente de trabalho e prestação de serviço militar obrigatório, o empregador é obrigado a dar continuidade ao depósito do FGTS, garantindo o direito do trabalhador.

Desta forma o instituto do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço veio com intuito de proporcionar ao trabalhador um benefício de constituir uma conta poupança vinculado em seu nome, assistindo o empregado utilizar os recursos em situações de dificuldades em virtude de uma demissão sem justa causa ou em caso de doenças grave, podendo usar os recursos em fundos de investimentos.

3.2 EMPREGADO

A expressão da palavra trabalhador vem no sentido em que o empregado é toda pessoa física que trabalha dispondo de sua energia pessoal em benefício próprio ou alheio, visando a um resultado determinado. Portanto, nem todo trabalhador é empregado, mas todo empregado é trabalhador.

O Código de Consolidação das Leis de Trabalho – CLT traz a definição de empregado, como dispõe o artigo 3º que, “considera-se empregada toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”.

Com a definição de empregado são encontrados cinco requisitos essenciais que caracteriza a figura de empregado, primeiro ser pessoa física, segundo todo empregado tem um caráter não eventual na prestação de serviços, terceiro sua atividade é exercida por dependência, quarto é uma pessoa assalariada que recebe pela prestação de serviços ao empregador e por último tem pessoalidade na prestação de serviços.

Segundo Sérgio Pinto Martins (2020, p. 230),

O primeiro requisito para ser empregado é ser pessoa física. Não é possível o empregado ser pessoa jurídica ou animal. A legislação trabalhista tutela a pessoa física do trabalhador. Os serviços prestados pela pessoa jurídica são regulados pelo Direito Civil.

Todo empregado é trabalhador, mas nem todo trabalhador é empregado, como os autônomos.

Contudo, na CLT tem-se diferentes modalidades de espécies de trabalhador, é possível considerar que nem todo empregado é trabalhador, e que nem todos constituem direito ao FGTS, como os trabalhadores individuais, autônomos, portanto pessoas que não possuem vínculo empregatício.

Modestamente, o empregado é como uma espécie de trabalhador subordinado que, com tal ânimo, de forma não eventual e mediante remuneração, coloca

pessoalmente a sua força de trabalho à disposição de outra pessoa física ou jurídica, em decorrência de um vínculo de trabalho.

Desta maneira a CLT considera que todo prestador de serviços é pessoa física, trabalha com continuidade, subordinação, pessoalmente e recebe uma remuneração pelo serviço, é empregado, e é assegurado pelas leis trabalhistas, contudo o trabalhador que presta serviços, sem subordinação não enquadra como empregado.

3.3 EMPREGADOR

O empregador tem a sua definição constituída na CLT, que é definido no artigo 2º que, "Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço".

No entanto, a CLT dispõe que o empregador é considerado a empresa. Em alguns entendimentos a empresa é sujeito de direito em outros é objeto de direito, sendo um conjunto de bens. Entretanto o empregador pode ter personalidade física ou jurídica, lembrando que, para ser empregador em pessoa física tem de seguir os requisitos previstos na CLT.

Sérgio Pinto Martins (2020, p. 319) salienta que,

A CLT dispõe que o empregador é a empresa. Para uns, empresa é sujeito de direito, enquanto para outros é objeto de direito, analisada como um conjunto de bens, que não seria equiparável a sujeito de direito. Empregador deveria ser a pessoa física ou jurídica para aqueles que entendem que o empregador não é sujeito, mas objeto de direito. Não deixa de ser empregador aquela atividade organizada que vende bens ou serviços no mercado, mas que não tem finalidade de lucro, como as associações, as entidades de beneficência etc.

O Código de Consolidação das Leis de Trabalho vem especificando várias espécies de empregadores, assim têm empregadores por equiparação e são consideradas entidades de beneficência ou as associações, mostrando que independentemente de suas entidades, mesmo que não se considera empregadores assumem riscos de suas atividades.

Concluindo, o empregador pode ser adotado dando como pessoa física ou jurídica, contendo fins lucrativos ou sem fins lucrativos, e que contrata trabalhadores como empregados.

3.4 EMPRESA

Na CLT artigo 2º considera empregador a empresa, portanto a empresa se enquadra como uma atividade econômica organizada com destinação de produzir bens ou serviços, no entanto são exploradas essas atividades pelo empresário, considerado com um sujeito de direito, podendo ser tanto uma pessoa física ou jurídica.

Conceitua Sérgio Pinto Martins (2020, p. 319),

A empresa tem característica eminentemente econômica e seu conceito é encontrado, principalmente, na Economia.

As atividades empresariais são voltadas para o interesse da produção, em oposição ao sistema anterior em que as atividades eram mais artesanais ou familiares.

Numa concepção econômica, a empresa é a combinação dos fatores da produção: terra, capital e trabalho. Hodiernamente, a empresa tem, portanto, suas atividades voltadas para o mercado.

É importante ressaltar a diferenciação entre a empresa e o estabelecimento no direito do trabalho, de modo explicativo para assegurar o direito do empregado, o tempo de serviço é contado com base na sua permanência na empresa e não no estabelecimento.

Deste modo, um dos principais requisitos da empresa é o seu fim econômico, alcançando lucros em sua atividade exercida, onde encontra a figura importante o empresário que exercita esta atividade.

3.5 NATUREZA JURÍDICA

O FGTS, regido pela Lei 8.036/90, presente no ordenamento jurídico brasileiro, tem uma grande relevância para os empregados, sendo marcada sua história constante no judiciário, destacando sua importância como natureza trabalhista e sua relevância como fundo social.

Diante disso, o FGTS é definido como um depósito bancário vinculado em nome do empregado, portanto para buscar uma definição sobre a natureza jurídica, tem-se um diverso entendimento jurisprudencial, causando controvérsia entre doutrinadores. Tornando assim, um tema difícil de chegar a um entendimento como se forma a natureza jurídica.

Na posição de Sergio Pinto Martins (2020, p. 721), “A natureza jurídica do FGTS é controvertida. Ela deve ser diferenciada sob dois aspectos: sob o ângulo do empregado e sob a ótica do empregador, daí o porquê se poderia dizer que sua natureza jurídica é híbrida”.

Sérgio Pinto Martins (2020, p. 721) ensina que,

Não há dúvida de que o FGTS é um depósito bancário vinculado feito numa conta aberta em nome do empregado.

A natureza jurídica do FGTS é controvertida. Ela deve ser diferenciada sob dois aspectos: sob o ângulo do empregado e sob a ótica do empregador, daí por que se poderia dizer que sua natureza jurídica é híbrida.

Alguns doutrinadores defendiam a teoria de um fundo social, onde a causa do depósito sobre o FGTS teria que existir um contrato de trabalho firmado entre as partes. Ocorreria que sobre a remuneração do empregado, seria calculado e os depósitos seriam realizados em uma conta vinculada do FGTS que constituiriam numa reserva, este fundo serviria como uma reserva para compensar o tempo trabalhado na empresa.

Salienta Sérgio Pinto Martins (2020, p. 721),

Poderia a natureza jurídica do FGTS ser entendida como salário diferido. É um salário adquirido no presente que será utilizado no futuro, uma poupança diferida, uma forma de pecúlio para o trabalhador. O empregado adquire o direito ao FGTS com o ingresso na empresa, decorrente do contrato de trabalho. Parte do salário do empregado não é paga diretamente ao obreiro, mas é destinada ao referido fundo, visando à formação de um somatório de recursos que futuramente irá prover a subsistência do operário, quando, pela ocorrência de um evento (dispensa, aquisição de casa própria etc.), terá direito de levantar os valores depositados.

Há entendimentos que o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS pretende fundamentar a natureza jurídica como remuneração atual, a prestação de serviço do empregado, o empregador fará a retribuição da remuneração em duas formas: Primeiro, o pagamento do salário é entregue diretamente ao empregado, sendo uma retribuição pelos serviços prestados; a segunda forma obrigatoriamente é

designada ao FGTS, para seus fins. Essas duas formas visam garantir ao empregado quando for dispensado ou em outra hipótese prevista em lei.

A Constituição Federal demonstra cinco espécies tributárias: Imposto, taxa, contribuição de melhoria, contribuições e empréstimo compulsório. Conforme o 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 (...)", as contribuições sociais distinguem das demais espécies tributárias, tendo características e regime jurídico próprio. Além disso, o Supremo Tribunal Federal traz um entendimento que o FGTS é uma contribuição social, portanto as contribuições sociais não seriam tributos.

Diante dos vários posicionamentos citados acima, entende-se que a natureza jurídica do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço é uma contribuição social, e com vários posicionamentos de doutrinadores, firmam sobre a natureza jurídica ser híbrida, tendo que ser observada de duas formas, do empregador e do empregado.

4. CARACTERÍSTICAS DO FGTS

4.1 ADMINISTRAÇÃO

A respeito da administração do FGTS de acordo com a Lei n.8.036 de 1990, em seu art. 3º, será regido por normas e diretrizes estabelecidas por um Conselho Curador, um colegiado tripartite, sendo este composto por representantes dos trabalhadores, empregadores e órgãos e entidades governamentais, pela forma prevista pelo Poder Executivo, no qual atuam por meio de ordens deliberativas e fiscalizatórias zelando para as finalidades sociais da instituição que a compõem.

Os representantes dos trabalhadores (Central Única dos Trabalhadores, União Geral dos Trabalhadores e Força Sindical) e dos empregadores e seus suplentes (Confederação Nacional da Indústria, Confederação Nacional do Sistema Financeiro e Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo) serão indicados pelas respectivas centrais sindicais e confederações nacionais, serão nomeados pelo Poder Executivo, terão mandato de 2 (dois) anos e poderão ser reconduzidos uma única vez, (art. 3º, §3º da Lei 8.036 de 1990).

As reuniões, deste Conselho, acontecerão a cada bimestre de forma ordinária, sendo convocado pelo Presidente, caso não tenha ocorrido convocação, fica a critério dos membros para fazê-la dentro de 15 (quinze) dias, ou caso tenham necessidade poderá convocar reuniões extraordinárias (§4º do art. 3º da Lei 8.036 de 1990). Sendo essas decisões estabelecidas nos encontros de reunião tomadas com a presença da maioria simples dos membros, contudo possui o presidente voto de qualidade (§5º do art. 3º da Lei 8.036 de 1990).

Para que sejam desempenhadas com segurança as funções atribuídas aos representantes dos trabalhadores membros do conselho, efetivos e suplentes, é garantido a estabilidade no emprego, da nomeação até um ano após o término do mandato de representação, com dispensa justificada por falta grave devidamente comprovada por meio de processo sindical, previsto no §9º do art. 3º da Lei 8.036 de 1990.

As principais competências do Conselho Curador do FGTS, estão discriminadas no Art. 5º da Lei do FGTS, por exemplo, o dever de estabelecer diretrizes e os programas de alocação de todos os recursos do Fundo, acompanhar a gestão econômica dos recursos, aprovar programas anuais, pronunciar sobre as contas do FGTS, antes mesmo de serem encaminhadas ao órgão de controle interno, corrigir atos e fatos do gestor da aplicação e da CEF que prejudiquem o desempenho das finalidades dos recursos, aprovar o regimento interno, fixar normas e valores de remuneração do agente operador e dos agentes financeiros e divulgar no Diário Oficial da União as decisões tomadas pelo Conselho.

A presidência do Conselho Curador é de responsabilidade do Ministro de Estado da Economia ou do representante (art. 3º, §1º da Lei n.8.036 de 1990). É um órgão responsável por executar a Política Fiscal do país, agindo por meio de medidas que visam organizar as finanças públicas englobando o planejamento financeiro do Estado tanto como o planejamento orçamentário, fiscalizando a forma que o governo arrecada e gasta os recursos financeiros, dentre eles as contribuições do FGTS.

Já, a Caixa Econômica Federal atua como agente operador, sendo esta integrante da administração pública indireta, como entidade administrativa, ou seja, é a descentralização administrativa, que consiste na criação de novos entes de direito público ou privado, com personalidade jurídica própria, que tem o intuito de atribuir para si uma função específica da administração. Assim cabe a ela, manter, controlar e centralizar o dinheiro que entra nas contas vinculadas dos trabalhadores, estabelecendo diretrizes administrativas operacionais, dos bancos depositários, dos agentes financeiros, dos empregadores e de todos aqueles que fazem parte do sistema do FGTS.

4.2 DEPÓSITOS, PRAZOS E SAQUES

Por ser agente responsável e por controlar e manter as contas vinculadas dos empregados (Art. 7, Inc. I), a Caixa Econômica Federal participa da rede arrecadadora dos depósitos feitos pelos empregadores. Anteriormente era facultativo a abertura em outros bancos desde que fossem autorizados pelo Banco Central do Brasil, conforme apontava a Lei n. 5.107/1966, em seu art. 2º, parágrafo único.

Segundo Mauricio Godinho Delgado (2018, p. 1507) “Desde o início da década de 1990, verifica-se plena concentração das contas vinculadas na Caixa Econômica Federal, que se tornou agente centralizador e operador do FGTS (arts. 4º, 7º, 11 e 12, ilustrativamente, da Lei n. 8.036/90)”.

Os depósitos são realizados até o 7º dia de cada mês subsequente aquele trabalhado, no entanto se o 7º dia não for dia útil o recolhimento é antecipado de forma imediata para o dia anterior, dessa forma são dias não úteis o sábado e o domingo e aqueles previsto no Calendário Nacional de feriados bancários do BACEN (Banco Central do Brasil), caso o empregador perca o dia de realizar o devido depósito fica a cargo do mesmo o pagamento de juros e correção monetária.

Os valores dos depósitos correspondem a 8% sobre o salário bruto percebido pelo obreiro, sendo estes valores de obrigação exclusiva do patrão não sendo descontado do salário do empregado, podendo sofrer variações em sua porcentagem no que se refere ao tipo de contrato de trabalho, como os contratos de aprendizagem (Lei n. 11.180/05).

Já o percentual correspondente a 2%, diz respeito aos contratos por prazo determinado, sendo regido por Lei especial conforme o Art. 428 da Lei n. 5.452, de 1943. E, por fim, para os empregados domésticos que a partir de 1º de outubro de 2015 tiveram seus direitos garantidos através da Lei Complementar n. 150 de 1º de junho de 2015 o percentual correspondente varia de 8% a 11% de contribuição previdenciária, conforme art. 20 da Lei nº 8.212/1991.

Além dos 8% de recolhimento pecuniário mensal, fica ainda a cargo dos empregadores mais 0,5% sobre a remuneração devida, respeitando um prazo de 60 meses, isto criado através da Lei complementar n. 110, de 29 de junho de 2001 a chamada “Contribuição Social”, uma forma encontrada pelo governo de obter recursos para cobrir as correções das contas vinculadas. Neste sentido, versa Mauricio Godinho Delgado (2011, p. 1508),

[...] O recolhimento mensal feito empregador passa a 8,5%, embora esse ½ por cento adicional seja recolhido a título de estrita contribuição social, e não direito trabalhista. Em síntese, trata-se de contribuição mensal, cujo credor não é, obviamente, o obreiro, mas o Estado (União), por meio da Caixa Econômica Federal.

A comprovação dos referidos depósitos está prevista no Art. 17-A, § 1º da Lei 8.036/90, estabelecendo a responsabilidade e obrigação pela empresa empregadora de elaborar folha de pagamento e nela discriminar os dados relacionados aos valores depositados do FGTS, devendo observar e cumprir os prazos e condições que

estabelece o Conselho Curador, essas informações servem como declarações e reconhecimento desses valores, servindo como meio para a realização de cobrança de Crédito de FGTS.

No que tange ao prazo de depósito do FGTS, este deve ocorrer até o quinto dia útil do mês subsequente ao trabalhado, assim como aponta o §1º, do art. 459 da CLT,

Art. 459. O pagamento do salário, qualquer que seja a modalidade do trabalho, não deve ser estipulado por período superior a 1 (um) mês, salvo no que concerne a comissões, percentagens e gratificações.

§1º Quando o pagamento houver sido estipulado por mês, deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

Ainda sobre o prazo, aponta Sérgio Pinto Martins (2020, p. 733),

O empregador que não realizar os depósitos do FGTS, no prazo legal, responderá pela incidência da Taxa Referencial (TR) sobre a importância correspondente (art. 22 da Lei nº 8.036/90). Sobre o valor dos depósitos, acrescido da TR, incidirão, ainda, juros de mora de 0,5% ao mês ou fração e multa, sujeitando-se, também, às obrigações e sanções previstas no Decreto-Lei nº 368/68.

Assim, é claro o dever de depósito no prazo correto, podendo o empregador que não o faz, receber multas diárias ou mensais até que o valor devido seja pago de forma integral.

Ao contrário do que se pensa, o FGTS pode ser sacado em inúmeros casos, não só apenas quando o empregado é demitido sem a justa causa ou quando se aposenta, assim como aponta o art. 20 da Lei n. 8.036/1990. Assim, o empregado pode fazer uso de seu FGTS caso seja realmente necessário, sendo muito benéfico para este, garantindo seu direito digno de vida.

Com o advento da pandemia ocasionada pelo Sars-Cov-19 (Covid-19), muitos trabalhadores fizeram o uso de uma das modalidades de saque do FGTS, mais especificamente a exposta no art. 20, inciso XVI, que versa o seguinte,

XVI - necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de desastre natural, conforme disposto em regulamento, observadas as seguintes condições:

- a) o trabalhador deverá ser residente em áreas comprovadamente atingidas de Município ou do Distrito Federal em situação de emergência ou em estado de calamidade pública, formalmente reconhecidos pelo Governo Federal;
- b) a solicitação de movimentação da conta vinculada será admitida até 90 (noventa) dias após a publicação do ato de reconhecimento, pelo Governo Federal, da situação de emergência ou de estado de calamidade pública; e
- c) o valor máximo do saque da conta vinculada será definido na forma do regulamento.

Conforme aponta o referido inciso, o saque do FGTS poderá ser feito quando houver necessidade pessoal, cuja urgência e gravidade decorra de destrato natural, que é exatamente o que vem ocorrendo com a pandemia vivenciada pela humanidade, razão pela qual, tal direito encontra-se viável para a utilização.

Outro fato que reforça a garantia deste direito foi a promulgação da MP 946/2020, que versava o seguinte em seu art. 6º,

Art. 6º Fica disponível, para fins do disposto no inciso XVI do caput do art. 20 da Lei nº 8.036, de 1990, aos titulares de conta vinculada do FGTS, a partir de 15 de junho de 2020 e até 31 de dezembro de 2020, em razão do enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020, e da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente da pandemia de coronavírus (covid-19), de que trata a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, o saque de recursos até o limite de R\$ 1.045,00 (mil e quarenta e cinco reais) por trabalhador.

Assim sendo, todo trabalhador que desejar fazer o saque de seu FGTS pelo motivo exposto acima poderá fazê-lo, haja vista que a necessidade do cidadão deve sempre sobrepor qualquer outra medida, garantindo assim o direito a dignidade da pessoa humana que é assegurada pela Constituição Federal.

4.3 RESCISÃO DO CONTRATO DE TRABALHO, INDENIZAÇÃO E PRESCRIÇÃO

Conforme exposto, existem diversas formas de retirar o valor referente ao FGTS, contudo, essas possibilidades são ligadas inteiramente a como o empregado foi demitido, não havendo assim, um direito certo ao levantamento do FGTS, mas sim, circunstâncias.

Caso o empregado venha a pedir demissão ou este venha a ser demitido por justo motivo, não há possibilidade de retirada do FGTS, pois tais previsões não encontram base legal, assim como aponta Sérgio Pinto Martins (2020, p. 738),

O levantamento do FGTS pelo empregado será feito, entre outras hipóteses já descritas, quando o empregador dispensar o empregado. Assim, se este pedir demissão ou for dispensado por justa causa não terá direito ao levantamento dos depósitos fundiários.

Dessa forma, apenas as possibilidades apresentadas no art. 20 da Lei n. 8.036/1990 que dão pleno direito ao empregado fazer o saque do montante referente aos depósitos do FGTS, não havendo outras possibilidades admitidas pelas cortes do trabalho.

Ante a demissão sem justa causa, ou a rescisão contratual por culpa recíproca ou força maior, o empregador é incumbido de depositar para o empregado quantia referente à multa em ambas as situações. No caso da rescisão contratual sem justa causa, o empregador deverá depositar na conta vinculada do empregado quantia equivalente a 40% do saldo total, assim como aponta o §1º do art. 18 da Lei nº 8.036/1990,

Art. 18. Ocorrendo rescisão do contrato de trabalho, por parte do empregador, ficará este obrigado a depositar na conta vinculada do trabalhador no FGTS os valores relativos aos depósitos referentes ao mês da rescisão e ao imediatamente anterior, que ainda não houver sido recolhido, sem prejuízo das cominações legais.

§ 1º Na hipótese de despedida pelo empregador sem justa causa, depositará este, na conta vinculada do trabalhador no FGTS, importância igual a quarenta por cento do montante de todos os depósitos realizados na conta vinculada durante a vigência do contrato de trabalho, atualizados monetariamente e acrescidos dos respectivos juros.

Já no caso da rescisão por culpa recíproca ou força maior, a qual deve ser reconhecida pela Justiça do Trabalho, o empregador fica obrigado a depositar apenas 20% do saldo total do FGTS na conta vinculada do empregado, assim como aponta o §2º do artigo supracitado, "quando ocorrer demissão por culpa recíproca ou força maior, reconhecida pela Justiça do Trabalho, o percentual de que trata o §1º será de 20 (vinte) por cento".

Importante frisar que segundo o §3º do referido artigo, todos os depósitos que forem advindos das multas de 20 ou 40% devem ser comprovadas através de documentos que demonstrem o recolhimento dos valores devidos a título de rescisão contratual, a fim de não haver inconsistências ou tentativas de fraude.

Outro ponto muito importante sobre o direito ao FGTS é sem dúvidas o prazo decadencial e prescricional, ou seja, o prazo para efetivamente propor uma ação trabalhista e buscar pelos direitos inerentes ao benefício. No que tange ao prazo decadencial, é certo que este é de dois anos, conforme o entendimento do TST, no inciso II da Súmula 362.

No entanto, acerca do prazo prescricional, este passou por determinadas mudanças inerentes a seu prazo, que anteriormente era de trintas anos, e em razão de diversas discussões judiciais e doutrinarias, o legislador postulou que este passasse a ser de apenas cinco anos, devendo obedecer ao que aponta a Súmula 362 do TST,

Súmula nº 362 do TST

FGTS. PRESCRIÇÃO (nova redação) - Res. 198/2015, republicada em razão de erro material – DEJT divulgado em 12, 15 e 16.06.2015

I – Para os casos em que a ciência da lesão ocorreu a partir de 13.11.2014, é quinquenal a prescrição do direito de reclamar contra o não-recolhimento de contribuição para o FGTS, observado o prazo de dois anos após o término do contrato;

II – Para os casos em que o prazo prescricional já estava em curso em 13.11.2014, aplica-se o prazo prescricional que se consumir primeiro: trinta anos, contados do termo inicial, ou cinco anos, a partir de 13.11.2014 (STF-ARE-709212/DF).

Desta feita, ficou decidido que, para as ações trabalhistas postuladas até a data de 13/11/2014, o prazo prescricional seria de trinta anos, já as ações apresentadas após a referida data, o prazo seria reduzido para apenas cinco anos, sempre devendo o trabalhador postular a ação em até dois anos após a rescisão contratual.

4.4 FATOR GERADOR, BASE DE CALCULO E ALÍQUOTA DO FGTS

O fato gerador do FGTS é muito fácil de ser compreendido, ao passo que, para haver tal cabimento, basta que o empregado esteja efetivamente contratado pela empresa, ou seja, a partir do momento que o trabalhador se encontra em labore, o fato gerador foi alcançado, assim como aponta Ricardo Resende (2020, p. 894),

O recolhimento do FGTS é obrigatório a todo empregador. Com efeito, a CRFB/1988 tornou obrigatório o FGTS em relação a todo empregado, urbano e rural, com uma única exceção: o doméstico. Todavia, o recolhimento do FGTS para o empregado doméstico, que era facultativo por força de legislação infraconstitucional, também passou a ser obrigatório a partir da promulgação da Emenda Constitucional 72/20132.

No que tange a base de cálculo do FGTS, essa pode ser compreendida como o salário percebido pelo trabalhador, contando também horas extras e adicionais eventuais, assim como aponta a Súmula 63 do TST, “A contribuição para o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço incide sobre a remuneração mensal devida ao empregado, inclusive horas extras e adicionais eventuais”.

Neste sentido, explica Ricardo Resende (2020, p. 896),

Observe-se, por oportuno, que qualquer parcela cuja natureza seja remuneratória compõe a base de cálculo do FGTS, independentemente da habitualidade do pagamento, conforme a regra geral de integração em outras parcelas trabalhistas. Todavia, há que se fazer uma importante distinção: uma parcela tipicamente salarial paga uma única vez (portanto, ausente a habitualidade) integra a base de cálculo do FGTS; por sua vez, o salário-utilidade só será assim considerado se o fornecimento da utilidade for habitual. Logo, as parcelas in natura fornecidas ao empregado (como, por exemplo, alimentação ou habitação) integrarão a base de cálculo do FGTS se o fornecimento for habitual, pois, do contrário, elas não configuram salário-utilidade.

É importante frisar que, segundo a Súmula 305 do TST, os valores referentes ao aviso prévio têm incidência de FGTS, ou seja, complementam a base de cálculo para fins de recebimento pecuniário, “Súmula 305 - O pagamento relativo ao período de aviso prévio, trabalhado ou não, está sujeito a contribuição para o FGTS”.

Acerca da alíquota do FGTS, Ricardo Resende (2020, p. 895) explica que,

O FGTS mensal é devido, em regra, à razão de 8% da remuneração mensal do empregado (art. 15, caput, Lei nº 8.036/1990).

Para os aprendizes, a alíquota é de 2% sobre a remuneração mensal (art. 15, § 7º), salvo previsão mais benéfica em cláusula contratual, regulamentar ou norma coletiva. Também para os trabalhadores contratados sob a modalidade contrato de trabalho “verde e amarelo” a alíquota é de 2% sobre a remuneração mensal (art. 7º da MPV nº 905/2019).

Quanto à multa compensatória, devida no caso de dispensa sem justa causa, a alíquota aplicável é de 40% sobre o montante dos depósitos mensais devidos (art. 18, § 1º).

Se a rescisão ocorrer por culpa recíproca ou força maior, a alíquota da multa compensatória é de apenas 20% (art. 18, § 2º). A alíquota da multa também será de 20% em caso de extinção do contrato de trabalho por acordo entre empregado e empregador, nos termos do disposto no art. 484-A, I, b, da CLT, acrescentado pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017), bem como na extinção do contrato de trabalho “verde e amarelo”, independentemente da modalidade rescisória (art. 6º, §§ 1º e 2º, da MPV nº 905/2019).

Assim sendo, conforme exposto, existem diversas alíquotas que compõem o cálculo do FGTS, sendo a mais comum a de 8% em razão da remuneração mensal do empregado, a de 2% em razão de ser jovem aprendiz, a de 40% em caso de dispensa sem justa causa, e de 20% se houver acordo mútuo no momento da dispensa.

É importante frisar também que, no caso de empregado doméstico o valor a ser percebido será o mesmo do trabalhador normal, ou seja, 8% sobre o salário mensal percebido, contudo, no que tange a indenização compensatória, deve o empregador depositar o montante a 3,2% sobre a remuneração devida, no mês anterior, a qual será destinada ao pagamento de indenização por perda de emprego, sem justa causa ou por culpa do empregador.

4.5 INCIDENCIA E NÃO INCIDENCIA DO FGTS

Acerca da incidência, esta é composta por tudo aquilo que o FGTS atinge, ou seja, de onde deve o empregador descontar o valor do benefício trabalhista. Desta feita, há incidência do FGTS sobre o salário, abonos, adicionais, aviso prévio, comissões, 13º salário, gorjetas e afins.

Doutro giro, a não incidência, nada mais é que onde não há alcance do FGTS, ou seja, o que não é calculado no momento que o empregador deve retirar o valor do benefício. Neste sentido, alguns exemplos de não incidência do FGTS são, o abono

pecuniário de férias, valores referentes ao acidente de trabalho, auxílio doença, auxílio creche, dentre outros.

5. APLICABILIDADE DOS RECURSOS DO FGTS

Como demonstrado neste trabalho, uma das premissas do FGTS é proporcionar ao trabalhador um fundo em espécie de poupança com findo a acumulação de recursos, o qual pode ser sacado nas conformidades do art. 20 da Lei n. 8.036/1990.

Contudo, o FGTS ainda possui outra premissa que é ligada as Políticas Públicas em programas de habitação popular, saneamento básico e infraestrutura urbana, assim como aponta a Lei 8.036/1990, em seu artigo 9º e parágrafos,

Art. 9º As aplicações com recursos do FGTS serão realizadas exclusivamente segundo critérios fixados pelo Conselho Curador do FGTS e em operações que preencham os seguintes requisitos:

[...]

§ 2º Os recursos do FGTS deverão ser aplicados em habitação, em saneamento básico, em infraestrutura urbana e em operações de crédito destinadas às entidades hospitalares filantrópicas, bem como a instituições que atuam no campo para pessoas com deficiência, e sem fins lucrativos que participem de forma complementar do SUS, desde que as disponibilidades financeiras sejam mantidas em volume que satisfaça as condições de liquidez e de remuneração mínima necessária à preservação do poder aquisitivo da moeda.

Neste ponto, é importante frisar que, conforme aponta o §3º do referido artigo, o programa de aplicação do FGTS, deve aplicar no mínimo 60% dos valores em investimentos ligados a habitação, e 5% em investimentos ligados a hospitais, entidades filantrópicas, além de instituições que atuam na linha de frente no apoio a pessoas com deficiência.

Tais valores são de suma importância pois favorecem em muito o trabalhador brasileiro que almeja por sua moradia própria, por esse motivo a porcentagem referente a este benefício é tão alta. Doutro giro, é também importante que haja maiores cuidados com a saúde e apoio à pessoas com deficiência, por isso o fundo destina também uma quota parte do valor.

Por fim, importante frisar também que o §4º ainda versa que os programas ligados à infraestrutura e saneamento básico financiados pelo fundo devem ter ligação

direta ao sistema de habitação, ou seja, não basta que sejam construídas residências para os mais necessitados, mas que estes tenham direito a uma condição de vida digna e saudável.

Assim sendo, pode-se observar que a finalidade do FGTS é a de proporcionar empregos, qualidade de vida e redução nas desigualdades sociais, bem como amparar trabalhadores que em muito contribuíram para a sociedade ou tiveram sua dispensa perpetrada sem justo motivo.

5.1 FINANCIAMENTO DA HABITAÇÃO

O sistema de financiamento de habitação no Brasil, de início, era composto por sistemas isolados que envolviam a Caixa Econômica Federal e propostas estaduais de institutos de previdência e de seguros, contudo, tais setores não estavam proporcionando o retorno esperado pelo Governo, ocasião que surge o Sistema Financeiro de Habitação, e a Lei nº 4.380/64 (Banco Nacional de Habitação).

De início, o novo sistema de habitação fora muito benéfico para aqueles que necessitavam de moradia no País, no que se refere à população de classe baixa. O investimento que este fundo utilizava advinha das cadernetas de poupança, contudo, com o aumento da sociedade, tais recursos mostraram-se insuficientes para custear a habitação nacional.

Foi assim que, com intuito a proporcionar uma melhor qualidade de vida aos trabalhadores nacionais, surge o FGTS, que tem por prioridade o investimento em habitação popular. É notório que o investimento gerado pelo FGTS ampliou em muito o financiamento habitacional, ao passo que, dentro de um período de 15 anos, mais de 913 mil habitações foram financiadas.

Para se ter uma ideia da verdadeira revolução que o SFH significou para o país, basta registrar que, nos primeiros 15 anos de seu funcionamento, de 1965 a 1979, os fartos recursos do FGTS financiaram nada menos que 1,56 milhão de unidades habitacionais. Outras 913 mil habitações foram financiadas com recursos dos depósitos de poupança. Isto significa dizer que, nesses primeiros 15 anos, foi financiado 20 vezes mais do que tudo que havia sido financiado nos 30 anos anteriores. Foi como multiplicar por 40 a produção do setor habitacional após a criação do SFH (BRASIL, 2009, p. 39).

Assim sendo, o FGTS pode ser investido na área da habitação pelos programas de cartas de crédito disponibilizadas por bancos, diretamente aos trabalhadores que

possuem contas vinculadas ao FGTS (pró-cotistas), pela pró-moradia dos Estados, Municípios e órgãos da administração pública direta ou indireta, dentre outros.

Desta feita, percebe-se o quão benéfico é o FGTS aos trabalhadores nacionais, ao passo que não só favorece aqueles que buscam por uma aposentadoria ou uma ajuda financeira, mas também todos aqueles que almejam possuir sua moradia própria e digna.

5.2 **APLICAÇÃO EM SANEAMENTO E INFRAESTRUTURA**

Outros setores que têm apoio do fundo referente ao FGTS são os de saneamento básico e infraestrutura, tendo em vista que tais setores, assim com o caso de setor de habitação, necessitavam de uma maior atenção do Estado, que pode ser feita através de Políticas Públicas mais eficazes.

Conforme apontam relatos históricos, a situação da população nacional na década de 60 era totalmente precária, ao passo que apenas cerca de 47,9% dos domicílios urbanos possuíam rede de água, e 27,6% redes de esgoto. Tal situação era deveras maléfica à sociedade, que era acometida por diversas doenças como malária e febre amarela, resultantes do descaso público.

De acordo com o censo do IBGE realizado em 1960, 47,9% dos domicílios urbanos estavam ligados à rede de água e 27,6% às redes de esgoto. Somadas as residências urbanas com fossas sépticas, o índice de acesso ao esgotamento sanitário chegava a 47,3%. Esses números refletem, assim como no setor habitacional, a falta de fontes de financiamento para um setor tão estratégico e de uma política de governo (BRASIL, 2009, p. 10/11).

Como primeira medida que visava sanar tal problema, foi instituído no ano de 1967 o Decreto-Lei nº 200, no qual confiava ao Ministério do Interior o dever de confeccionar e executar um plano nacional para o setor, bem como confiou ao Banco Nacional de Habitação (BNH) a função de administrar os recursos.

Dois anos após tal medida, foi instituído o Decreto-Lei nº 949, que criou o Plano Nacional de Saneamento Básico, autorizando o BNH a utilizar os recursos que eram referentes ao FGTS, que pode garantir a milhares de brasileiros os direitos básicos inerentes ao saneamento básico, melhorando, assim, em muito a vida da sociedade nacional.

Ao mesmo tempo, o Plano Nacional de Saneamento Básico (Planasa), que desde 1971 vem recebendo recursos do Fundo, fez

subir os índices de acesso ao saneamento básico. Em 1960, cerca de 47% dos domicílios urbanos tinham água canalizada ou esgotamento sanitário por rede geral ou fossa séptica. Agora, 71% têm água canalizada e 58,1% estão ligados às redes de esgoto ou têm fossas (BRASIL, 2009, p. 12).

Contudo, o Planasa fora extinto no ano de 1986, passando a competência, a partir de 1988, aos Entes Federativos (União, Estados e Municípios), sendo que as diretrizes gerais advinham da União. Assim, apenas o FGTS que é administrado pela Caixa Econômica Federal, é fonte principal do setor de saneamento e infraestrutura nacional.

Insta salientar que no ano de 2008 ocorreu a ampliação nos projetos que envolviam infraestrutura, através da Lei nº 11.491/07 que criou o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FI-FGTS), assim como aponta o art. 1º da referida lei,

Art. 1º Fica criado o Fundo de Investimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FI-FGTS, caracterizado pela aplicação de recursos do FGTS, destinado a investimentos em empreendimentos dos setores de aeroportos, energia, rodovia, ferrovia, hidrovía, porto e saneamento, de acordo com as diretrizes, critérios e condições que dispuser o Conselho Curador do FGTS.

A referida lei favoreceu em muito a sociedade brasileira pois ampliou o rol que poderia haver investimentos com o fundo do FGTS, assim, diversos setores de empreendimentos ligados a aeroportos, energia, rodovia, ferrovia, hidrovía e afins, sendo que estes passaram a ser favorecidos por esta mudança, ganhando mais relevância e possibilidade de melhoria.

5.3 INVESTIMENTO COM O FGTS

Para aqueles que almejam por conseguir uma renda extra, o inciso XII do art. 20 da Lei n. 8.036/1990 oportuniza a possibilidade de aplicação de até 50% do valor do saldo do FGTS em ações regidas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Assim, trabalhadores de todo o país, que tenham conhecimento do mercado podem muito bem investir em ações da Petrobrás ou Vale ao seu bel prazer.

Mais de 66% dos trabalhadores que aplicaram no FMP investiram volumes de até R\$5 mil, 36% tinham acima de 40 anos e 43,5% possuíam até 5 anos de serviço. Vale assinalar que a imensa maioria dos cotistas do FGTS não se encaixa nesse perfil, que é

de trabalhadores de menor renda, baixa escolaridade e grande rotatividade no mercado de trabalho (BRASIL, 2009, p. 33).

Ao garantir este direito, o Estado almejava não só possibilitar que o trabalhador buscasse por sua independência financeira, mas também pela premissa de que, quanto mais se fomenta o mercado nacional de ações, melhor será para todos.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante o que se apresentou, percebe-se que o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) é um benefício fundamental a todo trabalhador nacional, ao passo que não há possibilidade visível para uma possível extinção deste, em virtude ao amplo alcance de direitos que este proporciona.

O FGTS, em si, garante a população trabalhadora nacional tanto o direito a um emprego digno, quanto ao pagamento por dispensa sem justo motivo, além de assegurar um bônus no momento da aposentadoria a todos aqueles que trabalharam em uma ou mais empresas por um longo período de tempo.

De um lado o FGTS favorece o trabalhador nacional, do outro ainda consegue beneficiar toda a população carente através de suas aplicações e investimentos nos setores ligados a habitação, saneamento básico e infraestrutura nacional, onde ambos devem andar em um conjunto, pois não basta que o Governo forneça residências aos que precisam, mas também estes sejam dignos de uma vida plena e saudável.

Posto isto, pode-se considera que o FGTS é de primordial importância ao trabalhador nacional, devendo sempre ser atualizado legalmente com a evolução da sociedade, com a finalidade de sempre proporcionar aos trabalhadores melhores garantias e benefícios, bem como apoiar planos de ação que estes precisarem.

O fato é que, durante o atual cenário mundial, devido a pandemia ocasionada pelo Sars-Cov-19 (Covid 19), o trabalhador nacional pode fazer usufruto dos valores depositados no FGTS, ou seja, este pode fazer saque do montante que fora depositado na conta vinculada deste, como forma de se sustentar durante o período vivenciado.

O motivo ligado a este saque encontra-se exposto no art. 20, inciso XVI, da Lei nº 8.036/1990, por ser caso de necessidade ocasionado por urgência e gravidade ocasionada por desastre natural, ou seja, o cenário vivenciado pelo Covid 19 habilitou esta modalidade de saque, podendo o empregado ir até sua conta vinculada e requerer os valores lá depositados.

Por fim, insta salientar que, para melhor elucidar este direito, foi promulgado no ano de 2020 a MP 946, a qual expõe esse direito do trabalhador, assegurado pelo

Estado, e devido ao cenário que a população tanto nacional quanto mundial tem vivenciado.

REFERÊNCIAS

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 7. ed. São Paulo: Editora LTDA, 2011.

BRASIL, Agência IBGE Notícias. **PNAD Contínua**: taxa de desocupação é de 13,8% e taxa de subutilização é de 30,1% no trimestre encerrado em julho de 2020. 2020. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/28998-pnad-continua-taxa-de-desocupacao-e-de-13-8-e-taxa-de-subutilizacao-e-de-30-1-no-trimestre-encerrado-em-julho-de-2020>>. Acesso em 20 nov. 2020.

BRASIL, Caixa. **Fundo de Investimento do FGTS - FI-FGTS**. 2020. Disponível em: <<https://www.caixa.gov.br/aceso-a-informacao/fi-fgts/Paginas/default.aspx>>. Acesso em 20 nov. 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-5452-1-maio-1943-415500-normaatualizada-pe.html>>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, Câmara dos Deputados. **Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990**. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1990/lei-8036-11-maio-1990-365155-normaatualizada-pl.html>>. Acesso em 20 nov. 2020.

BRASIL, Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1937**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1946**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, Casa Civil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.
Acesso em: 20 nov. 2020.

BRASIL, Casa Civil. **Constituição Política Do Império Do Brazil 1824**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em
20 nov. 2020.

BRASIL, União. **Medida Provisória Nº 946**. 2020. Disponível em:
<<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-946-de-7-de-abril-de-2020-251562794>>. Acesso em 20 nov. 2020.

BRASIL, União. **Socializando Benefícios**: o alcance social em todo país. Brasília/DF:
Centro Gráfico, 2009. Disponível em: <https://www.caixa.gov.br/Downloads/fgts-relatorios-acoes-resultados-fgts/Livro40Anos_s.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

BRASIL, União. **Trabalhando pela maioria**: A segurança para os trabalhadores.
Brasília/DF: Centro Gráfico, 2009. Disponível em:
<https://www.caixa.gov.br/Downloads/fgts-relatorios-acoes-resultados-fgts/Livro40Anos_T.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2021.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 17. ed. São Paulo:
Editora LTDA, 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 36. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020.

RESENDE, Ricardo. **Direito do Trabalho**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. **Direito do trabalho & democracia**: apontamentos e
pareceres. São Paulo, LTr, 1996.

WESTIN, Ricardo. Senado. **Primeira lei da Previdência, de 1923, permitia
aposentadoria aos 50 anos**. 2019. Disponível em:
<<https://www12.senado.leg.br/noticias/especiais/arquivo-s/primeira-lei-da-previdencia-de-1923-permitia-aposentadoria-aos-50-anos#:~:text=Primeira%20lei%20da%20Previd%C3%Aancia%2C%20de,aos%2050%20anos%20%E2%80%94%20Senado%20Not%C3%ADcias&text=Se%20o%20governo%20propusesse%20uma,%2C%20embates%2C%20impasses%2C%20pol%C3%AAmica.&text=Conhecida%20como%20Lei%20Eloy%20Chaves,a%20origem%20da%20Previd%C3%Aancia%20Social>>. Acesso em 20 nov. 2020.

A (IN) VIABILIDADE DA IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E POSSÍVEL IMPACTOS AO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

FLÁVIA BEZERRA ANDRADE:

Bacharelanda do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná.

RODRIGO VENÂNCIO FERREIRA⁸¹

(coautor)

CLAUDENIR DA SILVA RABELO⁸²

(orientador)

RESUMO: A criação do juiz de garantias ocorreu através da busca por uma reforma no sistema processual penal brasileiro, em que pese garantir maior eficácia entre a fase de investigação e a fase de julgamento. Propõe discutir a possível (in) viabilidade da implantação do juiz das garantias e possível impactos ao ordenamento jurídico brasileiro. Que tem como objetivo analisar se há constitucionalidade na criação do juízo de garantias, à luz das doutrinas; delinear o perfil das comarcas e possíveis dificuldades para aplicação do juiz de garantias; analisar sua eficácia no tocante a dar celeridade no trâmite de processos nos tribunais brasileiros. A pesquisa desenvolveu-se através de análise de textos, referências bibliográficas e documentos jurídicos que ofereçam conteúdo para contribuição com o tema de pesquisa, em busca de analisar sobre o prisma teórico qual é a finalidade de criação do juiz de garantias, bem como sua inserção no judiciário e possíveis problemas enfrentados a partir de sua implementação, sendo analisada diversas obras teóricas sobre o tema. Diante disso, verifica-se que a inserção do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro torna-se inviável devido à falta de estrutura do judiciário e o grande impacto financeiro que ocasionará.

Palavras-chave: Juiz. Garantias. Imparcialidade. Celeridade.

ABSTRACT: The creation of the guarantees judge occurred through the search for a reform in the Brazilian criminal procedural system, in spite of guaranteeing greater effectiveness between the investigation phase and the judgment phase. It proposes to discuss the possible (in) feasibility of implementing the judge of guarantees and possible impact on the Brazilian legal system. That aims to analyze whether there is constitutionality in the creation of the guarantee judgment, in the light of doctrines;

81 Acadêmico do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná.

82 Professor orientador do artigo. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano – CEUJI, Ji-Paraná/RO.

delineate the profile of the counties and possible difficulties for the application of the guarantee judge; to analyze its effectiveness in terms of speeding up the proceedings in Brazilian courts. The research was developed through the analysis of texts, bibliographic references and legal documents that offer content to contribute to the research theme, in an attempt to analyze from the theoretical point of view what is the purpose of creating the judge of guarantees, as well as their insertion in the judiciary and possible problems faced from its implementation, being analyzed several theoretical works on the theme. In view of this, it appears that the insertion of the judge of guarantees in the Brazilian legal system becomes unfeasible due to the lack of structure of the judiciary and the great financial impact it would cause.

Keywords: Judge. Warranties. Impartiality. Speed.

Sumário: 1. Introdução. 2. Juiz das Garantias. 2.1 Conceito. 2.2 Criação e Análise ao Direito Comparado. 2.3 Surgimento no Brasil. 2.4 Constitucionalidade. 3. Direitos e Garantias Constitucionais. 3.1 Devido Processo Legal. 3.2 Princípio da Imparcialidade. 3.3 Celeridade Processual. 4. A (in) viabilidade da implantação do juiz das garantias e possível impacto ao ordenamento jurídico brasileiro. 5. Conclusão. 6. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

No Brasil muitas são as estratégias que os dirigentes públicos adotam como forma de, a seu ponto vista, beneficiar a população. Em todos os níveis dos poderes constituídos, sobretudo ao se tratar dos direitos e garantias estabelecidos pela Constituição de 1988.

Em se tratar de matéria de direito penal e processual penal, considerando ser o Código de Processo Penal de 1941, em que vigorava a constituição de 1937, e as diversas alterações com o objetivo de adequação às realidades sociais, culturais e demais evoluções existentes, através de leis dispersas, se via a necessidade de algumas adequações quanto aos direitos e garantias do acusado frente a persecução penal, bem como qual seria o real limite estabelecido do poder punitivo deliberado ao Estado.

Nesse sentido, por assim entender os legisladores que o juiz se deixaria influenciar em sua decisão por participar da fase de investigação, surge a criação do juiz das garantias, por meio da Lei 13.964/19 com o “pacote anticrime”, incluindo a existência do juiz de garantias como um terceiro imparcial responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais, no qual passa a pertencer a fase de instrução do processo.

Contudo, despertou grandes questionamentos no ordenamento jurídico brasileiro por se demonstrar em diversos pontos inviável, pelo fato de buscar

comprovar sua aplicabilidade, como também aumentar a já existente morosidade que trará ao julgamento dos processos nos casos mais complexos como os de corrupção, visto o grande número de processos que surgem todos os dias e por não haver juízes suficientes para tamanha demanda.

A pesquisa realizada é de suma importância e visa buscar compreender os possíveis impactos na instalação do juiz das garantias, sendo fruto de pesquisa e busca no anseio de poder observar pontos positivos e negativos a respeito do tema. O conhecimento técnico jurídico pautado em discussões teóricas pode contribuir significativamente a respeito da instalação deste mecanismo, podendo ser fonte futura de outras pesquisas e buscas, visando alcançar a possível pacificação e entendimento quanto à sua instalação.

Pautada na análise de textos, referências bibliográficas e documentos jurídicos que ofereçam conteúdo para contribuição com o tema de pesquisa, em busca de analisar sobre o prisma teórico qual é a finalidade de criação do juiz de garantias, bem como sua inserção no judiciário e possíveis problemas enfrentados a partir de sua implementação, sendo analisada diversas obras teóricas sobre o tema.

2. JUIZ DAS GARANTIAS

Decorrente do Projeto de Lei 156/2009, a inserção da figura do juiz das garantias ocorreu por meio da Lei 13.964/19, no qual buscava por um avanço no direito processual penal brasileiro, sendo intitulado como “Pacote Anticrime”.

2.1 CONCEITO

A criação do juiz das garantias busca controlar e garantir ao acusado desde a fase da investigação criminal seus direitos e garantias constitucionais, como bem menciona o art. 3º-B caput, do Código de Processo Penal.

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

Desta forma, trata Norberto Avena (2020, pg.93):

A verdade, enfim, é que não se pode ver o juiz das garantias como um supervisor das investigações criminais, mas, sim, a figura de um juiz a que atribuída competência para exercer, durante a investigação, funções jurisdicionais relacionadas, exclusivamente, à observância dos direitos legal e constitucionalmente assegurados ao investigado durante a

efetivação das diligências destinadas à elucidação do fato potencialmente criminoso, bem como à legalidade do constrangimento impingido ao investigado por ocasião da instauração do inquérito e de sua tramitação.

Atua como a figura de um terceiro imparcial, ou seja, caberá sua atuação apenas na fase pré-processual, no qual garante ao acusado ser julgado por um juiz totalmente imparcial, seguindo sempre da presunção de que ninguém será culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

2.2 CRIAÇÃO E ANÁLISE AO DIREITO COMPARADO

O surgimento da figura do juiz das garantias não é novidade apenas no ordenamento jurídico brasileiro, instituto este também inserido em diversos países, sendo um deles a Alemanha.

De acordo com o STF (2020, p. 115).

As primeiras ideias sobre juiz de garantia no mundo surgiram na Alemanha, nos anos 1970. Lá, esse magistrado é chamado de juiz de investigação ou “Ermittlungsrichter”, em alemão. Ele decide sobre questões como busca e apreensão, interceptação telefônica, oitiva de testemunhas e prisões antes do início da ação penal. Normalmente, uma câmara de magistrados é que sentença o processo.

Forma está também utilizada no Brasil, elencadas nos incisos do artigo 3º-B do Código de Processo Penal, no qual o juiz na fase de investigação busca assegurar um julgamento imparcial.

Podemos destacar o Decreto-Lei 78/87 em Portugal no qual possui grande relevância devido tratar sobre a inserção deste mecanismo em seu Código de Processo Penal, fazendo assim referência aos casos que possuem grande evidência. Faz grande relação ao adotado no Brasil pelo pacote Anticrime, em que a fase de instrução se separa da fase de julgamento.

Nesse âmbito, SANTOS (2020, pg. 51) diz que: “Em Portugal, também há a figura do juiz instrutor, que, apesar do adjetivo, aproxima-se do juiz das garantias estabelecido no Brasil, pela Lei nº 13964/19”.

Segundo Santos (2020, p. 51).

Na França igualmente se separa o juiz da investigação do de julgamento. O Código de Processo Penal francês ainda conserva a figura vetusta do juiz instrutor, investido de poderes investigatórios (art. 151), cuja competência irradia-se até o arquivamento ou a admissibilidade da denúncia. Ao término da investigação, os autos são encaminhados ao Ministério Público, na forma do art. 175, para fins de pronunciamento.

Embora ao cenário do direito comparado o juízo das garantias possuir grande efetividade, deve-se observar a realidade do poder judiciário de cada um, visto ser algo que produz efeitos em diversas áreas, no qual poderá causar possíveis impactos em nosso ordenamento jurídico brasileiro.

Como bem mencionou o STF (2020, p. 68).

In casu, com a devida vênia ao pensamento contrário, e ainda em sede perfunctória e não definitiva, o simples argumento do “sucesso” da implementação do “Juiz de Garantias” em outros países (e.g. Alemanha, Portugal e Itália) merece cautela, sob pena de se realizar um verdadeiro transplante acríptico de ideias e de instituições.

Neste mesmo pensamento é o entendimento da Associação dos Magistrados Brasileiros (2020, p. 4).

Essa conclusão decorre, sobretudo, da premissa de que não se pode falar abstratamente em uma figura universal denominada de “Juiz de Garantias”. Ao contrário: faz-se necessário examinar a implementação concreta desse instituto em determinada realidade jurídica, procurando identificar suas características particulares, sob pena de incorrer em equívocos e imprecisões.

São características pertinentes a cada país, visto ser algo que envolve não somente a estrutura do judiciário, como também as características e formas diferentes de aplicar a lei processual penal.

2.3 SURGIMENTO NO BRASIL

Em 2009 por meio de uma proposta do Senado Federal, houve a criação do Projeto de Lei nº 156, ressaltando a imprescindibilidade de um novo código, trazendo a inserção da figura do juiz das garantias. Não sendo ainda de conhecimento de muitos brasileiros, mas que logo causou os primeiros debates sobre as adequações quanto a instalação deste instituto. Sendo encaminhado à Câmara dos Deputados sob o nº 8.045/2010.

Porém, foi somente em 24 de dezembro de 2019 com a promulgação da Lei 13.964 denominada Pacote Anticrime que houve a criação do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, com a inserção no Código de Processo Penal dos artigos 3º-A a 3º-F.

Sendo assim busca fixar maior aplicação do sistema processual penal acusatório, que é o adotado em nosso país em que a Constituição Federal garante tal aplicação, relativo a todos os seus elementos, sendo assim exercida pelo Ministério Público a função da ação penal pública no qual se cumpre por um juiz competente e imparcial.

Diferentemente aos demais sistemas processuais, visto o sistema inquisitório não permite ao acusado as garantias e direitos constitucionais como o direito ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, não cumprindo também o estabelecido no art. 5º, LVII, da CF/88 que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Da mesma forma o sistema misto, não permitindo ao acusado na fase de investigação poder provar sua inocência, tendo o juiz como aquele que prova a culpa.

Desta forma, o juiz das garantias no Brasil surgiu visando fortalecer o sistema acusatório puro, trazendo ao acusado maior garantia de seus direitos, ou seja, a presunção da investigação sempre partirá do ponto que o mesmo não seja o culpado, seguindo por um julgamento imparcial, e conseqüentemente o cumprimento do devido processo legal.

2.4 CONSTITUCIONALIDADE

Com a implementação da Lei 13.964/2019 especialmente sobre o juiz das garantias, debates calorosos vem se levantando nas mais diversas esferas da sociedade a respeito do tema que extrapolou a esfera do âmbito jurídico dada sua relevância e vem mexendo com os ânimos de não apenas operadores do direito e servidores do judiciário como da sociedade civil em geral.

A inserção da figura do juiz das garantias no ordenamento jurídico ocorreu através do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019). Ressalta-se, preambularmente, que a impossibilidade de implementação do instituto do Juiz das Garantias perpassa por flagrantes inconstitucionalidades, formais e materiais, originadas pelo modo em que estatuído no normativo.

Para Bittencourt, “a inconstitucionalidade é um estado – estado de conflito entre uma lei e a Constituição” (1949, p. 132).

Diante deste cenário começaram a surgir diversas questões e apontamentos suscitando Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) por parte da Associação dos

Magistrados do Brasil (AMB) e da Associação dos Juízes Federais (Ajufe) que acrescentaram fundamentos à inicial da ADI. Para o partido político PSL que também ingressou com ADI na prática, o trabalho que hoje é feito por um único juiz passará a ser feito por dois, argumenta o PSL. Segundo o partido, ainda que a ideia do instituto pareça boa, não houve qualquer estudo prévio do impacto econômico, orçamentário e organizacional desse novo órgão jurisdicional em toda a Justiça brasileira. A lei está obrigando os estados, no que diz respeito aos Tribunais de Justiça, a abrirem créditos suplementares ou especiais para fazer frente às novas despesas, violando o pacto federativo, sustenta.

As associações lembram no aditamento que a ação impugna o modelo instituído pela lei federal e não a existência, em si, do juiz das garantias. Segundo a petição, a inconstitucionalidade é da forma adotada pelo legislador que torna sem eficácia os diversos modelos já instituídos, como o do Departamento de Inquéritos Policiais (Dipo), do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), por exemplo. Preocupa, portanto, as autoras o fato de que o modelo agora instituído pela lei federal acarrete a perda de eficácia da legislação estadual eventualmente existente, pois nos termos do § 4º do art. 24 da Constituição, a superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário, dizem as associações. (AMB,2021).

Assim sendo, as ADIs 6.298, 6.299, 6300 e 6305 tratam sobre as possíveis inconstitucionalidades existentes. As alegações se dão por diversos pontos relacionados, dentre eles a reorganização da justiça criminal, impacto financeiro, ausência de prévia dotação orçamentária, imparcialidade do juiz; ademais, a falta de material humano. Em que conseqüentemente por liminar do então presidente do Supremo Tribunal Federal, Dias Toffoli, houve a suspensão de sua implementação no período de 180 dias. Sendo revogada e assim suspenso o prazo por tempo indeterminado, pelo relator Ministro Luiz Fux.

Segundo o Ministro, a inconstitucionalidade do juiz das garantias reside, sumariamente, nos seguintes fatores: no âmbito formal, pela violação às normas de organização judiciária (art. 96, CF/88) e no âmbito material, pela ausência de dotação orçamentária e de estudos de impacto prévios para sua implementação, além do "impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade".

Para Fux (2020, p. 10 e 11).

Em apertada síntese, os autores das ações apresentaram os seguintes argumentos para sustentar o *fumus boni iuris* da medida cautelar pleiteada: (I) Inconstitucionalidade formal da Lei n. 13.964/2019, em razão de dispor sobre procedimentos

processuais (e.g. normas sobre a fase pré-processual do inquérito), matérias de competência legislativa concorrente entre os Estados e a União, nos termos do artigo 24, XI e §1º, da Constituição; (II) Inconstitucionalidade formal em face de vício de iniciativa relativo à competência legislativa do Poder Judiciário para alterar a organização e a divisão judiciária, nos termos do artigo 96, I, “d”; e II, “b” e “d”, da Constituição; (III) Inconstitucionalidade formal em razão da instituição do juiz das garantias por meio de lei ordinária, em violação ao artigo 93, caput, da Constituição; (IV) Inconstitucionalidade material em razão de violação ao princípio do juiz natural (art. 5º, LIII), da isonomia (art. 5º, caput), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII) e da regra de autonomia financeira e administrativa do Poder Judiciário (artigo 99, caput, Constituição); (v) Inconstitucionalidade material em razão da ausência de prévia dotação orçamentária para a implementação das alterações organizacionais acarretadas pela lei, nos termos do artigo 169, §1º, da Constituição, bem como da violação do novo regime fiscal da União, instituído pela Emenda Constitucional nº 95 (art. 104, do ADCT), e do mandamento do art. 113, do ADCT; (vi) Desproporcionalidade da *vacatio legis* de apenas 30 (trinta) dias para implementação das alterações organizacionais requeridas pela lei; (VII) Inconstitucionalidade material em relação ao acordo de não persecução penal, por permitir o controle judicial do mérito da avença, desafiando a prerrogativa constitucional do Ministério Público, decorrente da sua titularidade exclusiva da ação penal pública, e a imparcialidade do juiz. No tocante ao *periculum in mora*, os autores das quatro ações sustentam que a lei entrará em vigor em prazo exíguo, de modo que o Poder Judiciário e o Ministério Público serão incapazes de promover, em tempo hábil, as necessárias reformas estruturais a fim de atender às novas exigências legais. Assim, ter-se-ia uma situação de completa insegurança jurídica e instabilidade institucional.

Nos ensina Luís Roberto Barroso (2006, p. 177) é pertinente no que diz respeito à declaração de inconstitucionalidade de lei:

A declaração de inconstitucionalidade de uma norma, em qualquer caso, é atividade a ser exercida com autolimitação pelo Judiciário, devido à deferência e ao respeito que deve ter em relação aos demais Poderes. A atribuição institucional de dizer a

última palavra sobre a interpretação de uma norma não a dispensa de considerar as possibilidades legítimas de interpretação pelos outros Poderes. No tocante ao controle de constitucionalidade por ação direta, a atuação do Judiciário deverá ser ainda mais contida.

Segundo José Afonso da Silva (2004, p. 415), “os direitos são bens e vantagens conferidos pela norma, enquanto as garantias são meios destinados a fazer valer esses direitos, são instrumentos pelos quais se asseguram o exercício e gozo daqueles bens e vantagens”. Diante deste cenário nos resta aguardar que seja referendada no plenário da corte a votação para só então vermos qual caminho nossa justiça brasileira irá decidir trilhar diante deste possível novo instituto.

3. DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

Ao tratarmos sobre processo penal, a Constituição Federal se torna primordial/fundamental neste curso, pois seria impossível expor os direitos e garantias de liberdade do cidadão, sem que recaia aos textos constitucionais, desta forma, tem como uma de suas finalidades, em limitar o Estado em casos que venham a agir de forma demasiada. Buscando o equilíbrio entre as partes durante todas as fases da persecução penal, como efeito a validade da prestação jurisdicional.

3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL

Ao tratar sobre o devido processo legal, direito este de todo e qualquer cidadão, conforme previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso LIV, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Para Rodrigues e Lamy (2019, p. 229).

Em sua feição processual estabelece que devem ser asseguradas às partes todas as garantias processuais e que é necessária a observância das normas e da sistemática previamente estabelecidas para o processo. Busca, nesse sentido, evitar o arbítrio do juiz, por meio da devida obediência aos procedimentos previstos em lei e da correta formação da relação processual – inclui, assim, as garantias ao procedimento legal e adequado e à correta constituição da relação jurídica processual.

Pode-se dizer que o devido processo legal é o princípio que decorre os demais princípios estabelecidos no curso do processo, cumprindo os requisitos estabelecidos em lei para um processo imparcial e justo, resguardando ao cidadão seus direitos, como o de participar durante todo o curso do processo, bem como se manifestar quanto ao seu direito do contraditório e ampla defesa.

Sob pena de sanções nos casos que incorrer ao descumprimento deste princípio, pois independe de qual seja a relevância do caso, o mesmo sempre deverá partilhar do direito. Todo o percurso do processo penal está sujeito a sanções em detrimento do devido processo legal. Pois tal princípio independe de qual seja a relevância do caso, o mesmo sempre deve partilhar do direito, sob pena de sofrer nulidades. Nulidade apresenta-se como a sanção penal aplicada ao processo, ou há algum ato processual defeituoso e com vícios, praticado sem observância da forma prevista em lei ou em forma proibida pela lei processual penal

O entendimento mais coerente para a natureza jurídica das nulidades é o de Tourinho Filho (2004, p.342) “sanção decretada pelo Órgão Jurisdicional, em relação ao ato praticado com inobservância dos parâmetros normativos. Nulo é o ato defeituoso, atípico, a que se aplicou a sanção de ineficácia”.

Desta forma, trilhando o curso do processo dentro da legalidade, atuando como segurança jurídica nos casos em que diante a inexistência de alguma garantia, venha a ser submetida ao devido processo legal a fim de alcançar a justiça.

3.2 PRINCÍPIO DA IMPARCIALIDADE

Pode-se dizer que o Princípio da Imparcialidade possui grande influência na criação do juiz das garantias, por assim entender os legisladores que retirar o juiz da fase de investigação trará ao acusado maior garantia de não ser julgado por um juiz que se deixará influenciar pelo momento que teve contato com as informações pré-processuais.

Desta forma, ao tratarmos sobre um julgamento imparcial, vale destacar a Declaração Universal dos Direitos Humanos que em seu art. 10 diz que:

Art. 10 - toda a pessoa tem direito, em plena igualdade, a que a sua causa seja equitativa e publicamente julgada por um tribunal independente e imparcial que decida dos seus direitos e obrigações ou das razões de qualquer acusação em matéria penal que contra ela seja deduzida.

Por sua vez, Thamay e Tesheiner (2019, p. 235) diz que:

A imparcialidade supõe que o juiz não seja parte, nem dependente de qualquer das partes e que tampouco haja outro motivo para que se possa duvidar de sua isenção, o que se traduz na ausência de causa de impedimento ou suspeição.

A imparcialidade do juiz em um processo ocorre pelo fato de não ser parte ou não ter nenhum tipo de relação com quaisquer das partes, não se permitindo influenciar em sua decisão, fazendo cumprir a investidura que é dada ao seu cargo conforme estabelecido no art. 5º, LIII, da F/88, e cumprindo com a garantia de cada cidadão em efeito ao devido processo legal.

Neste contexto, SARLET e col. (2019, p.843) dizem que: “A imparcialidade está na ausência de interesse judicial na sorte de qualquer das partes quanto ao resultado do processo”. Igualmente, a Constituição Federal em seu art. 5º XXXVII, ao tratar que “não haverá juízo ou tribunal de exceção”, reforça a segurança jurídica de um julgamento imparcial.

Por sua vez, Gomes Filho (2001, *apud*, MAYA, 2014, p. 46) tece seu comentário sobre imparcialidade,

“A imparcialidade constitui um valor que se manifesta sobretudo no âmbito interno do processo, traduzindo a exigência de que na direção de toda a atividade processual – e especialmente nos momentos de decisão – o juiz se coloque sempre *super partes*, conduzindo-se como um terceiro desinteressado, acima, portanto, dos interesses em conflito”.

De sorte que, a imparcialidade se submete a pressuposto de validade processual, atuando como um filtro, não permitindo que o acusado venha incorrer sob o julgamento de um juiz parcial.

3.3 CELERIDADE PROCESSUAL

Dispõe a Constituição Federal em seu artigo 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”, o que significa a consagração do princípio da celeridade processual.

“A justiça atrasada não é justiça; senão injustiça qualificada e manifesta.” (BARBOSA, 1997, p.40).

A Emenda Constitucional (EC) nº 45, que incluiu o princípio da razoável duração do processo entre os direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição Federal o inciso LXXVIII, alguns princípios constitucionais já, ainda que de forma implícita, garantiam a celeridade processual, que garante “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Sobre Celeridade e a razoável duração do processo nas prisões cautelares, importante citar o posicionamento dado pelo Ministro do STF, Gilmar Mendes (2018, p. 420), em sua obra Curso de Direito Constitucional.

O direito à razoável duração de processo, a despeito de sua complexa implementação, pode ter efeitos imediatos sobre situações individuais, impondo o relaxamento da prisão cautelar que tenha ultrapassado determinado prazo, legitimando a adoção de medidas antecipatórias, ou até o reconhecimento da consolidação de uma dada situação com fundamento na segurança jurídica.

Nesse sentido, são expressivos os precedentes do Supremo Tribunal Federal que concedem habeas corpus em razão do excesso de prazo de prisão cautelar. O Tribunal tem entendido que o excesso de prazo, quando não atribuível à defesa, mesmo tratando-se de delito hediondo, afronta princípios constitucionais, especialmente o da dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CF/88); devido processo legal (art.5º, LIV, da CF/88); presunção de inocência (art.5º, LVII, da CF/88); e razoável duração do processo (art.5º, LXXVIII, da CF/88), impondo-se, nesse caso, ao Poder Judiciário, o imediato relaxamento da prisão cautelar do indiciado ou réu. (HC 85.237/DF, Rel.Celso de Mello, DJ de 29-4-2005; HC 87.164/RJ, Rel. Gilmar Mendes, DJ de 29-9-2006).

Como demonstrado, a organização e estrutura do juiz das garantias possui como pressupostos de validade os direitos e garantias constitucionais pertinentes ao cidadão, em que ocorre por meio do cumprimento do devido processo legal, julgamento de forma imparcial e a celeridade processual. Busca-se com a criação desse novo instituto, sua aplicabilidade e eficácia diante os problemas existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

4. A (IN) VIABILIDADE DA IMPLANTAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS E POSSIVEL IMPACTOS AO ORDENAMENTO JURIDICO BRASILEIRO.

O juiz das garantias foi criado na busca de consagrar o sistema acusatório no ordenamento jurídico brasileiro, reafirmando a garantia dos direitos do acusado durante a persecução penal e maior eficácia entre a fase de investigação e a fase de julgamento. Ocorre que, sua implantação irá causar impactos, visto a atual situação do poder judiciário, tornando-o inviável nesse momento.

Nesse sentido, destaca-se quais são as possíveis causas de sua implantação sem a devida preparação orçamentária e material. Pois ao se remontar a primeira ideia do que seja a figura do juiz das garantias, todo e qualquer benefício se esbarra em algum

resquício de falta de aplicabilidade a realidade brasileira seja ela formal, material ou de pessoal.

A primeira inviabilidade ocorre na implantação do juiz das garantias em comarcas de varas únicas, no qual surge a necessidade da criação de novos cargos e assim, conseqüentemente gerando altos custos ao judiciário brasileiro. Tal criação é fundamentada na ideia de garantir ao acusado em ser julgado por um juiz totalmente imparcial, alegando que o mesmo poderá se contaminar com as informações recebidas na fase de investigação. Diante esse entendimento, qual seria o fundamento do magistrado em deixar de cumprir com o exercício de sua função, e ferir uma garantia constitucional do acusado? O fato de o juiz participar da fase investigativa, não o torna parcial, o mesmo não possui relação ou motivos para assim agir no processo e principalmente em sua decisão, pois sua atuação ocorre de forma democrática em todas as fases do processo, no qual não se permite influenciar entre as partes, cumprindo com o devido processo legal. Sendo essa uma das atribuições dada ao cargo do magistrado, a quem exerce/atende a cargo do poder público, em razão da lei.

Para Santos (2020, p.56).

Do que se parte, para tais afirmações, por vezes, é de um juízo daquilo que se imagina difícil, possível, ou provável acontecer..., mas de onde se retirou empiricamente a conclusão de que isso se passa na psique dos juízes? Sobretudo quando se deve levar em conta que, em nosso sistema jurídico o juiz não toma parte de investigação alguma; não é ele um membro do Ministério Público chamado de magistrado; não é o executor da coleta do material cujo meio de prova a Constituição o obriga a examinar apenas no cabimento formal.

Ao tratar sobre a imparcialidade no processo penal, seria válida quaisquer mudanças em parte do ordenamento jurídico brasileiro, para assim se aproximar a maior garantia aos direitos do acusado, ocorre que a investidura do juiz ao cargo já é dotada pelo princípio da imparcialidade, no qual não haveria motivo da criação de um juízo de garantias e seria em si uma redundância, para supostamente corrigir uma falha em que não possui argumentações concretas para fixar-se, ademais o alto custo que acarretaria.

Assim, com toda a adaptação entre comarcas e demandas para supostamente assegurar a imparcialidade, recai sobre a inviabilidade quanto a celeridade processual, pois se torna de fácil interpretação ao analisar todas as demandas necessárias para instalação do juiz das garantias principalmente em casos complexos como de organizações criminosas e corrupção.

De forma que, a figura a seguir traz a estatística de 19 Tribunais de Justiça, obtidos por meio de consulta pública e estudo de aplicabilidade realizada pelo CNJ, entre os dias 30 de dezembro de 2019 a 10 de janeiro de 2020 e será utilizada com informações pertinentes a este referido tema.

Tabela 1. Estrutura dos Tribunais

Estrutura						
Tribunal	1. Quantidade de comarcas ou subseções judiciárias que possuam um único juiz com competência criminal (incluindo os juízos únicos nesta situação)?	2. Em quantas dessas comarcas/subseções judiciárias consideradas na questão 1 o recebimento de novos processos criminais se dá por meio físico?	Percentual de comarcas ou subseções judiciárias que possuam um único juiz com competência criminal que recebem novos processos criminais por meio físico:	3. Em quantas dessas comarcas/subseções judiciárias consideradas na questão 2 a distância para a comarca mais próxima supera 70km?	Percentual de comarcas ou subseções judiciárias que possuam um único juiz com competência criminal que recebem novos processos criminais por meio físico e cuja distância para a comarca mais próxima supera 70km:	4. Quantidade de cargos de juízes com competência criminal que estão vagos:

razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Já a quarta coluna demonstra a quantidade de cargos de juízes com competência criminal que estão vagos. Vindo a se destacar o Tribunal de Justiça do estado de São Paulo com a quantidade de 300 vagas e um total de 762 vagas entre os estados que participaram da pesquisa. Apontando outra possível inviabilidade, visto ao grande número de vagas e o contra peso ante a necessidade de primeiro fortificar a base do judiciário, com o preenchimento dessas vagas proporcionando maior garantia ao acesso à justiça.

De acordo com os dados acima, demonstra-se que apenas os magistrados já existentes não seriam suficientes para remanejar todo o trabalho que se fará necessário, demandando a criação de novos cargos o que automaticamente iria onerar ainda mais o estado.

Contudo, considerando a hipótese de que o cenário brasileiro não possui base para custear altas despesas, e observando os meios impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, pelo inchaço da máquina pública e conseqüentemente pela onerosidade que a criação deste instituto trará à sociedade brasileira.

O trabalho se ateve apenas ao custo salarial de um magistrado, e demonstrara uma média de possíveis impactos no orçamento do judiciário brasileiro que a instalação do juiz das garantias dispõe. Tomando como exemplo o estado de Rondônia e seu tribunal de justiça fica claro a complexidade de adequação do instituto caso obtenha aprovação do pleno do STF em votação futura, das 23 comarcas existentes hoje no estado 14 dispõe de juízo único, ou seja, ao menos nestas comarcas teria que se fazer existir uma nova cadeira de juiz criminal para que se permitisse o rodízio de juiz de garantias e juiz julgador.

Tabela 2. Estrutura remuneratória

MEMBROS DA MAGISTRATURA	<u>SUBSÍDIO</u>
DESEMBARGADOR	35.462,22
JUIZ DE DIREITO DA 1ª ENTRÂNCIA	30.404,42
JUIZ DE DIREITO DA 2ª ENTRÂNCIA	32.004,65

JUIZ DE DIREITO DA 3ª ENTRÂNCIA	33.689,11
JUIZ SUBSTITUTO	28.884,20

FONTE: TJ RO 2021 (ANEXO III-C - RES. 102 DO CNJ)

Nestes termos apenas no estado de Rondônia a criação destas novas 14 vagas necessárias para aplicabilidade do instituto em todas suas comarcas levando em conta uma média salarial dos magistrados significaria um custo mensal aproximado de R\$ 448.458,00 e um custo anual aproximado de R\$ 5.829.956,00 sem contar com férias e benefícios e em estados como o de São Paulo as cifras seriam astronômicas levando em consideração a quantidade de vagas disponíveis para juízes.

Constatada a real necessidade de primeiro se corrigir as lacunas existentes, que é o pilar para um judiciário eficaz, com o preenchimento do grande número de comarcas com vagas em aberto, logo, fica demonstrado que de acordo com a atual situação do judiciário brasileiro, a instalação do juiz das garantias é passível de grandes impactos negativos, se tornando inviável, visto que há falta de estrutura para o recebimento deste instituto. De maneira que, apesar de possuir em sua teoria uma ampla aplicabilidade, embora já comprovada pelo direito comparado, neste momento o arcabouço do sistema judiciário brasileiro não se mostra apto para receber e arcar com tamanho investimento.

5. CONCLUSÃO

A presente pesquisa trata-se de uma busca acerca da instituição no ordenamento jurídico brasileiro do Juiz das Garantias e a consagração do sistema acusatório no Brasil, o qual requer a participação de uma figura além da existente atualmente, sendo um Juiz que findada a fase de investigação não participará de um possível julgamento.

Ao que tange quanto ao direito comparado e buscando alternativas para aprimorar nosso sistema processual acusatório buscou-se outros modelos com os quais pudéssemos nos espelhar. No Brasil, em 24 de dezembro de 2019 com a promulgação da Lei 13.964 denominada Pacote Anticrime houve a criação, marcando a tentativa oficial de instauração do juiz das garantias no ordenamento jurídico brasileiro, com a inserção no Código de Processo Penal dos artigos 3º-A a 3º-F.

Tendo em vista o resultado alcançado observamos que ainda não há entendimento quanto a constitucionalidade para implantação do referido instituto, visto que ainda se encontra suspenso por liminar, aguardando votação do Pleno do

STF. Ao presente momento o que se pode falar quanto ao devido processo legal do Juiz das Garantias é que não há pacificação do mesmo no sistema processual brasileiro condição impar que sem a qual acaba por não ainda existir para o direito penal brasileiro não permitindo que o mesmo seja invocado.

O princípio da imparcialidade vem sendo pilar da sustentação do ideal de instalação do Juiz das Garantias, pois acredita-se que o fato de um mesmo juiz investigar e julgar interfira no seu posicionamento resultando em parcialidade, no entanto, discordamos, visto que a imparcialidade é mais que um princípio orientador, já consagrado constitucionalmente para os juízes como uma obrigação para exercício da magistratura.

E dúvida a promessa de celeridade processual com o Juiz das Garantias levando-se em consideração o fato de grande parcela das comarcas brasileiras ainda fazerem uso de processos físicos onde necessita tramite de ir e vir o que por si só já demanda tempo. Ademais com o alto número de cadeiras de juízes criminais vagas inviabilizando o suposto rodizio a ser feito entre magistrados ora juiz de garantias ora juiz julgador.

Em pesquisa de impactos e aplicabilidade realizada pelo CNJ no seio técnico jurídico e sociedade civil, a pesquisa chegou à resposta de que a mesma não nos é positiva, evidenciando a fragilidade da estrutura atual sendo utópico o pensamento de que tão somente com a redistribuição de competências e reorganização e estrutura existente seja suficiente para recepcionar e abarcar o referido Juiz das Garantias, pois como visto nem todos tribunais já dispõe de processos totalmente eletrônicos resultando entre idas e vindas de malotes processuais o que por si só fere o princípio da celeridade, além de altos custos para criação de vagas específicas na varas criminais.

Levando-se em consideração o disposto nos parágrafos supracitados concluímos que o sistema jurídico brasileiro ainda não apresenta condições viáveis para implantação do Juiz das Garantias.

6. BIBLIOGRAFIA

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MAGISTRADOS. **Ao grupo de Trabalho, do Conselho Nacional de Justiça, destinados a analisar os impactos da Lei nº 13.964/2019.** Brasília, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em : http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 20 de fevereiro de 2021.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pela Emenda Constitucional nº 105/2019.

BARBOSA, Rui. **Oração aos Moços**. Edição popular anotada por Adriano da Gama Kury. 5 ed. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1999.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6.298 MC/DF**. Autores: Associação dos Magistrados Brasileiros e Associação dos Juizes Federais do Brasil. Rel. Min. Luiz Fux. Brasília, DF, dia da publicação.

BRASILIA. LEI Nº 13.964. **Presidência da República Secretária-geral Subchefia para Assuntos Jurídicos** 24 de Dez 2019. Brasília. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil/03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em 03 de março de 2021.

C. A. LÚCIO BITTENCOURT - **O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis** - Edição "Revista Forense" - Rio de Janeiro – 1949.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MAYA, André Machado. Imparcialidade e Processo Penal: Da Prevenção da Competência ao Juiz de Garantias. 2ª ed. Grupo Gen. 2014.

Poder judiciário do Estado de Rondônia. **Estrutura remuneratória - membros da magistratura (anexo III-C - res. 102 do CNJ)**. Rondônia, abril/2021. Disponível em: https://www.tjro.jus.br/gestaodepessoas/transparencia/tb_anexo_iii_cs Acesso em: 20 de abril de 2021.

RUIZ, Caio Henrique Machado. **Da razoável duração do processo penal. Do relaxamento/revogação das prisões cautelares por excesso de prazo.** **Revista JusNavigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 25, n. 6201, 23 jun. 2020.** Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/83315> Acesso em: 26 de abril de 2021.

SANTOS, Marco Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

SARLET, Wolfgang. **I. Curso de direito constitucional**. São Paulo. Saraiva, 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 23 ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

STF. **Juiz das Garantias: bibliografia, legislação e jurisprudência temática.** Brasília: STF. Secretaria de Documentação Coordenadoria de Biblioteca, maio de 2021.

THAMAY, Renan Faria Krueger e TESHEINER, José Maria Rosa. **Teoria Geral do Processo.** São Paulo. 5ª ed. Saraiva, 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal.** 26ª ed. São Paulo: Saraiva: 2004.

Wanderlei, Rodrigues, Horácio, e LAMY, Eduardo de Avelar. **Teoria Geral do Processo.** 6ª edição. Grupo GEN, 2019. [Minha Biblioteca].

O ABUSO SEXUAL INFANTIL INTRAFAMILIAR

MAYLA RUBIA PADULA DE FREITAS:

Bacharelada do Curso de Direito da
Universidade Brasil

ÉRICA CRISTINA MOLINA DOS SANTOS

(orientadora)

RESUMO: O presente artigo científico tem como objetivo estudar toda a sistemática do abuso sexual infantil intrafamiliar, e a dificuldade do Estado em identificar o abuso quando é praticado no âmbito familiar. O ordenamento jurídico passou por inúmeras mudanças a fim de garantir maior proteção à criança e ao adolescente, uma vez que são inseridos nas condições de vulneráveis e necessitam de proteção integral. Para garantir que os direitos da criança e do adolescente fossem cumpridos de forma plena e eficaz foram nomeados como seus protetores a família, a comunidade, a sociedade em geral e o poder público. Todavia, apesar das garantias legais aos infantes e as suas penalidade, ainda são notificados inúmeros casos de abusos infantil no Brasil. Deste modo, foi analisado que quando o abuso infantil ocorre no âmbito familiar, dificilmente o estado conseguirá identificar o abuso, pois a família que tinha papel de garantir a proteção aos infantes e notificar o caso, se torna cúmplice do crime. Para que nestes casos o abusador seja punido, se faz necessária a intervenção da educação.

Palavras-chaves: Abuso sexual infantil. Criança e adolescente. Intrafamiliar.

SÚMARIO: INTRODUÇÃO. 1 OS PROTETORES DA CRIANÇA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ECA. 1.1 D a Vulnerabilidade da Criança e do Adolescente. 2 O ABUSO SEXUAL INFANTIL INTRAFAMILIAR. 3 DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERAVEL. 4 A ATUAÇÃO DO ESTADO. 4.1 O Papel da Escola e da Educação. 5 CONSIDERAÇÕES; REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

O abuso sexual infantil é todo ato sexual envolvendo adulto e criança, ao qual pode ocorrer mediante contato físico, ou não. Quando tal violação ocorre entre membros da família, ou seja, entre a criança e o adulto do seu âmbito familiar ou de convívio, é denominado de abuso sexual infantil intrafamiliar.

Neste passo, entendendo a vulnerabilidade da criança e a maior necessidade de proteção, a Constituição Federal de 1988 juntamente com Estatuto da Criança e do Adolescente, delimitou como responsáveis por assegurar os direitos fundamentais da criança: a família, o Poder Público, a comunidade, e a sociedade no geral.

Porém, apesar dos infantes possuírem proteção assegurada por Lei, continuam sofrendo inúmeros abusos no Brasil.

Sendo assim, toda vez que o abuso sexual ocorre no âmbito familiar da criança, há uma omissão da família quanto a sua responsabilidade de proteção, necessitando os demais responsáveis buscar meios de garantir o integral amparo as crianças e adolescentes.

A questão é, enquanto o abuso sexual infantil estiver sendo praticado, a criança estará sujeita a diversos traumas psicológicos, emocionais, comportamentais, e sexuais, que refletirão em toda a sociedade.

Para obtenção de tais fins, foi realizada a pesquisa básica estratégica, através de doutrinas, leis, artigos acadêmicos, livros, entre outros, que são facilmente encontrados via internet, sendo exercida uma abordagem quantitativa e aplicando-se o método hipotético dedutivo.

Por conseguinte, quando se trata do abuso sexual infantil intrafamiliar, a maior dificuldade é fazer com que a criança consiga reconhecer o abuso e notificá-lo ao Poder Público, a comunidade ou a sociedade em geral, justamente pelo abusador ser alguém que a vítima confia. Desta forma os demais protetores dos infantes tem como objetivo buscar políticas de enfrentamento ao abuso infantil, como meio de atender de forma rápida as necessidades da vítima, bem como, garantir a punibilidade do agressor.

Logo, necessita-se o Estado de uma nova “ponte” entre a criança, uma vez que no abuso infantil intrafamiliar a família se torna omissa quanto aos seus deveres, rompendo-se a eficácia do Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

1 OS PROTETORES DA CRIANÇA A LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O ECA

Ao longo da história jurídica do Brasil o legislador se manteve omissos quanto as medidas de proteção à criança e adolescente, ao qual eram invisíveis para o direito, inexistindo o reconhecimento de sua vulnerabilidade. O cenário legislativo passou a reconhecer a dignidade da criança, somente no ano de 1988, através da Constituição Federal.

O Art. 227 da Constituição Federal de 1988, diz que:

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.

Nota-se que tal artigo, delimitou como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar a criança os direitos fundamentais para a dignidade humana, permitindo uma maior ênfase e distinção entre o adulto e a criança.

Expressamente o artigo 227 da Constituição Federal de 1988, não se ateve a restringir a obrigação de proteção somente a família, e sim em uma forma conjunta com a o Estado e sociedade, ou seja, na ausência ou omissão de um deles os outros responsáveis possuem dever legal de interferir.

Já no ano de 1990, por meio de Lei nº 8.069/90 criou-se o Estatuto da Criança e do Adolescente, mais conhecido como ECA, ao qual, atualmente é a mais importante legislação que versa sobre os direitos e deveres da criança e do adolescente.

O Art. 3º e 7º do Estatuto da Criança e do Adolescente, fala que:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 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.

Desta forma, conclui-se que o ECA foi justamente criado para complementar o artigo 227 da Constituição Federal, mantendo o dever da família, da comunidade, as sociedade em geral e do poder público, e incluindo inúmeros temas acerca do desenvolvimento da criança, bem como, reforçando os princípios da proteção integral, da dignidade da pessoa humana, da prioridade absoluta, e do melhor interesse do menor.

Acentua Pereira (2000, p. 388), que após a criação do ECA, foi extinta a doutrina situação irregular do menor, que restringia a proteção apenas aos abandonados e desprotegidos, para se assumir a proteção integral da criança e do adolescente, que

por sua vez, acolheu toda a população infanto-juvenil, colocando-lhes em situação especial.

Outro marco muito importante para a evolução da dignidade da criança foi a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, pois de nada adiantaria o legislador reconhecer a vulnerabilidade do menor e não se ater aos meios de efetivação das leis.

Desta forma, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, o Conanda, surgiu através da Lei nº 8.242, no ano de 1991, com intuito de garantir e efetivar a proteção da criança e do adolescente, ao qual se encontra prevista no artigo 88 da lei nº 8.069/90 do Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), ao qual atualmente é o órgão mais importante para a promoção de garantia de direitos. (GOVERNO FEDERAL, 2018).

Partindo dessa premissa, o Conanda teve seu início quase que simultaneamente com o ECA, justamente por agir como fiscalizador e até mesmo criador de políticas públicas para os menores, garantindo que todas as leis que agem em benefício da criança e do adolescente sejam de fato cumprida de forma total e integral.

1.1 Da Vulnerabilidade da Criança e do Adolescente

Toda a legislação voltada para a criança e o adolescente foi elaborada com principal finalidade em tentar colocar os infantes em situação igual perante as demais pessoas da sociedade, justamente por se assumir que as crianças se encontram em situação de maior vulnerabilidade.

É inegável que todos os seres humanos se encontram em situação de vulnerabilidade, ou seja, podem ter seus direitos feridos de alguma forma, todavia existem grupos específicos que necessitam de maiores cuidados, como no caso das crianças, deficientes, mulheres, homossexuais, idosos e outros. (JUVÊNCIO; PAIVA, 2016).

Quando falamos em maior vulnerabilidade, estamos dizendo que um tipo específico de pessoa se encontra em situação desigual perante as demais, sendo considerada "especial", ao qual requer maior cuidado e proteção. Desta forma, a intervenção jurídica se faz necessária para garantir que os direitos inerentes a pessoa humana sejam cumpridos de forma igual e eficaz para todos.

A criança, desde o nascimento, necessita de uma atenção maior, juntamente com uma legislação especial, pois até se tornar adulto passa por várias mudanças físicas, psicológicas e comportamentais. Justamente pensando em todas essas

mudanças a criança é colocada em situação de vulnerável, ao qual deverá a família, o Estado e a sociedade lhe garantir neste período de formação, cuidado, empatia, saúde e educação. (JUVÊNCIO; PAIVA, 2016).

Insta salientar que a família também é responsável pelo primeiro contato e educação sexual para com as crianças, entretanto quando o abuso sexual acontece no âmbito familiar há uma ruptura do dever legal. (MIZAKA, 2014).

Ocorre que, a vulnerabilidade da criança facilita a ocorrência abuso sexual intrafamiliar, pois a família que tinha o papel de garantir a proteção infringe um direito. Neste caso, muitas das vezes a criança não consegue identificar o abuso, ou até mesmo notificar a terceiro, o que conseqüentemente faz com que o Poder Público, e a sociedade em geral não tenham conhecimento da prática do abuso.

2 O ABUSO SEXUAL INFANTIL INTRAFAMILIAR

Preliminarmente, para conseguir entender toda a sistemática do abuso, é necessária uma breve análise quanto ao conceito de criança e adolescente. Conforme o artigo 2º do ECA, "Considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade".

Quanto ao abuso sexual intrafamiliar, insta salientar que não é uma prática nova na sociedade brasileira, contudo somente entrou em foco na última década, sendo atualmente muito comentado em meios de comunicações, escolas, projetos de leis etc. É notório que o abuso sempre ocorreu em diferentes âmbitos, contudo somente hoje é um assunto discutido na sociedade, rompendo inúmeros tabus acerca do tema.

Feito os esclarecimentos, o abuso sexual infantil pode ser conceituado como:

Abuso sexual infantil é todo envolvimento de uma criança em uma atividade sexual na qual não compreende completamente, já que não está preparada em termos de seu desenvolvimento. Não entendendo a situação, a criança, por conseguinte, torna-se incapaz de informar seu consentimento. São também aqueles atos que violam leis ou tabus sociais em uma determinada sociedade. O abuso sexual infantil é evidenciado pela atividade entre uma criança com um adulto ou entre uma criança com outra criança ou adolescente que pela idade ou nível de desenvolvimento está em uma relação de responsabilidade, confiança ou poder com a criança abusada. É qualquer ato que pretende gratificar ou satisfazer as necessidades sexuais de outra pessoa, incluindo indução ou coerção de uma criança para

engajar-se em qualquer atividade sexual ilegal. Pode incluir também práticas com caráter de exploração, como uso de crianças em prostituição, o uso de crianças em atividades e materiais pornográficos, assim como quaisquer outras práticas sexuais (WORLD HEALTH ORGANIZATION -WHO, 1999 apud ANDREINA MOURA, 2009).

Ou seja, todo ato de caráter sexual envolvendo criança e adolescente é considerado abuso sexual, pois devido a sua idade, não possui capacidade de expressar o seu consentimento.

Para Rodrigues (2017, p. 67), a violência sexual é praticada sem a anuência da vítima, violando os direitos humanos da criança e do adolescente, não sendo apenas uma submissão de caráter sexual imposta a outro, que quando praticada contra infantes constitui crime grave.

Neste passo, o abuso também pode ser classificado em extrafamiliar e intrafamiliar. O abuso intrafamiliar é aquele que o autor do crime possui algum laço afetivo ou sanguíneo com a vítima, ou seja, a pessoa é próxima da vítima; já no caso do abuso extrafamiliar o autor é pessoa desconhecida da vítima, sem qualquer tipo de vínculo.

Quando o abusador se encontra no âmbito de convívio da criança a violência se torna mais fácil, pois além de uma hierarquia, o abusador também possui a confiança perante a vítima. O abuso pode ser classificado em etapas, ao qual o primeiro estágio se inicia em atividades cotidianas da criança, sem conjunção carnal ou contato sexual, podem ser através de brincadeiras, massagens etc.; já na segunda fase o abusador começa a realizar atos sexuais, todavia sem a penetração; somente no terceiro estágio, após ter conquistado a plena confiança da criança é que o abusador se sente confortável para realizar a conjunção carnal (CARDIN; MOCHI; BANNACH, 2011).

No ano 2019 foram registradas 159 mil denúncias pelo Disque Direitos Humanos, ao qual 11% foram de violação sexual contra criança e adolescente, um número total de 17 mil ocorrências. Já o abuso praticado dentro da casa da própria vítima ou do abusador perfaz um total de 73% dos casos, sendo que 40% é realizado pelo próprio pai ou padrasto da vítima. Com as denúncias também foi possível delimitar o perfil do suspeito, tendo normalmente entre 25 e 40 anos, em 62% dos casos, bem como em 87% dos casos ser do sexo masculino (GOVERNO FEDERAL, 2020).

Analisando os dados é possível verificar que nos casos de abusos contra menores, o autor do crime na maioria das vezes é convivente com a vítima. Entretanto,

o perfil do agressor não é idêntico ou único, pois apesar de prevalecer o sexo masculino, a idade, a cor, a condição social, a escolaridade são variáveis.

É importante destacar que o abuso infantil no âmbito familiar não ocorre somente através do contato físico, ou conjunção carnal. Existem também outras formas de abuso sexual sem necessariamente haver o contato físico, como: o voyeurismo, que consiste em observar a criança em situação de nudez, total ou parcial; exibicionismo, que consiste em adultos mostrar órgãos genitais a criança; pornografia, que consiste na exploração da criança com condão econômico, de forma sexual, como por exemplo vídeos e fotografias etc (RODRIGUES, 2017, p. 86).

O abuso sexual intrafamiliar cometidos contra a criança e o adolescente deve ser combatido através de uma intervenção estatal, de forma que os infantes consigam a proteção nos órgãos públicos ou na comunidade. A criança para romper o silêncio necessita de confiar em terceira pessoa, a fim de que o abusador seja punido.

3 DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERAVEL

Inicialmente, o Código Penal estabeleceu como vulnerável, a pessoa com menos de 14 anos incompletos, justamente por se encontrar em situação de desigualdade e de maior necessidade de proteção. O Código também menciona como vulnerável a pessoa portadora de enfermidade ou deficiência mental, que não possua discernimento para a prática do ato sexual, ou que por qualquer outra situação não consiga oferecer resistência (VEDANA; WENDRAMIN, 2019).

Além dos crimes sexuais contra menores de quatorze anos, o Código Penal traz também os crimes contra a dignidade sexual, que por sua vez não se restringe apenas aos vulneráveis, correspondendo a pessoa maior de 14 anos completos.

A tipificação dos crimes sexuais contra vulnerável é encontrado no Título VI, Capítulo II, do Código Penal, que possui finalidade de garantir a punibilidade do abusador, bem como buscar maior proteção a criança e ao adolescente. Neste capítulo são abordados os crimes de estupro de vulnerável, corrupção de menores, satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, e favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração de vulnerável.

O estupro de vulnerável, é encontrado no artigo 217-A do Código Penal, ao qual é tipificado como "ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos".

Neste artigo, não importa se a conjunção carnal ou o ato libidinoso é praticado mediante ameaça ou constrangimento, ou com consentimento da vítima, pois devido a sua idade, a criança não possui discernimento em entender o teor sexual, ou seja, o consentimento da vítima é desconsiderado.

Frisa-se que além da conjunção carnal, qualquer ato libidinoso com finalidade de satisfazer a libido de outro será tipificado no artigo 217-A, que para Prado, 2019 outros libidinosos são compreendidos como:

“fellatio ou irrumatio in ore, o cunni-lingus, o pennilingus, o annilingus (espécies de sexo oral ou bucal); o coito anal, o coito inter femora; a masturbação; os toques ou apalpadelas com significação sexual no corpo ou diretamente na região pudica (genitália, seios ou membros inferiores etc.) da vítima; a contemplação lasciva; os contatos voluptuosos, uso de objetos ou instrumentos corporais (dedo, mão), mecânicos ou artificiais, por via vaginal, anal ou bucal, entre outros”.

O artigo 217-A traz o mesmo conceito do artigo 213, que tipifica o estupro, porém mostra-se a ressalva quanto o sujeito passivo, que sempre será a pessoa vulnerável, em especial a criança menor de 14 anos incompletos.

A pena para tal crime é de reclusão de 8 a 15 anos; com aumento de pena de 10 a 20 anos, se o estupro resultar em lesão corporal grave; além de aumento de pena de 12 a 30 anos, se o estupro resultar em morte da vítima.

O segundo artigo dos crimes sexuais contra vulnerável, ao qual está descrito no artigo 218 do Código Penal, que diz que “Induzir alguém menor de 14 (catorze) anos a satisfazer a lascívia de outrem”.

Neste artigo o autor do crime não irá agir diretamente nos atos sexuais envolvendo a criança, mas sim oferecer assistência à libidinagem à terceiro, podendo obter vantagem econômica ou não. O verbo induzir descrito não se enquadra em coautoria, e sim participação (NUCCI, 2020).

Além disso, é importante destacar que essa satisfação a lascívia jamais será comparada com a conjunção carnal ou outros atos libidinosos, pois senão haveria o crime anteriormente descrito, quer seja, o estupro de vulnerável. São descritos como satisfação a lascívia o convencimento da vítima em realizar um ensaio nu, tomar banho na frente de terceiro, fazer danças eróticas nua ou seminua, e outras situações nesse sentido (GRECO, 2017).

Tal crime possui pena de reclusão de 2 a 5 anos.

Na sequência temos o artigo 218-A do Código Penal, que corresponde ao crime de satisfação de lascívia mediante presença de criança ou adolescente, que é tipificado como “Praticar, na presença de alguém menor de 14 (catorze) anos, ou

induzi-lo a presenciar, conjunção carnal ou outro ato libidinoso, a fim de satisfazer lascívia própria ou de outrem”.

São duas as ações do autor do crime, que pode ser em praticar ato libidinoso na presença do menor, ou então fazer com que o menor observe qualquer tipo de ato sexual. Assim como no artigo anterior, o autor do crime não pratica nenhum ato sexual, sob pena de ser tipificado no crime de estupro de vulnerável (NUCCI, 2020).

A pena é de reclusão de 2 a 4 anos.

O quarto crime corresponde ao favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, com previsão legal no artigo 218-B, do Código penal, ao qual diz:

Submeter, induzir, ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone.

O primeiro aspecto relevante é que diferente dos artigos anteriores, o sujeito passivo deste crime não é apenas o menor de 14 anos, mas também o menor de 18 anos, compreendendo a criança e o adolescente.

Neste caso, para que ocorra no âmbito familiar, o autor deverá possuir algum vínculo com a vítima e convencê-la a se prostituir, ou até mesmo, facilitar que se prostitua, ou ainda não deixar cessar a prostituição. Ressalva-se que o autor não precisa obter vantagem econômica, todavia se a obtiver será aplicada multa, junto a pena privativa de liberdade. Também será punido pelo mesmo artigo, aquele que efetivar a conjunção carnal ou praticar qualquer ato libidinoso com menor de 18 anos e maior de 14 anos; bem como o proprietário (podendo ser o gerente ou responsável) pelo local em que se permite que a prostituição ocorra. A prostituição em si não é punida juridicamente.

Incorre na pena de reclusão de 4 a 10 anos.

O último crime previsto, trata-se de divulgação de cena de estupro ou de cena de estupro de vulnerável, de cena de sexo ou de pornografia, o artigo 218-C do Código Penal, diz que:

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.

Tal artigo surgiu recentemente, pela Lei nº 13.718, de 24 de setembro de 2018, tipificando, de maneira resumida, a circulação de imagens, vídeos, áudios que contenham conteúdos sexuais, uma vez que devido a tecnologia se tornou mais fácil a circulação de tais conteúdos, expondo a vítima ao extremo constrangimento. Menciona-se tanto o estupro previsto no artigo 213, tanto o estupro de vulnerável previsto no artigo 217, ambos do Código Penal.

Possui pena de reclusão de 1 a 5 anos.

Todos os mencionados artigos visam proteger de forma integral os direitos da criança e do adolescente, ao qual quando qualquer um dos crimes anteriores forem praticados por pessoa que possuir autoridade perante a criança será aumentada em metade a pena. O artigo 226, inciso II, do Código penal, diz que a pena será aumentada "De metade, se o agente é ascendente, padrasto, ou madrasta, tio, irmão, cônjuge, companheiro, tutor, curador, preceptor, ou empregador da vítima, ou por qualquer outro título tiver autoridade sobre ela".

Enfim, presumisse que quando os crimes sexuais contra vulneráveis (que tipificam os tipos de abusos infantil) for praticado no âmbito intrafamiliar haverá o aumento de pena, em decorrência da vulnerabilidade da criança e a "superioridade do adulto".

4 A ATUAÇÃO DO ESTADO

A família possui total autonomia sobre a criança, ao qual toda a criação e ensinamentos são realizados sem intervenção de terceiros, tampouco do Estado. Todavia, existem algumas exceções, uma vez que tal autonomia não é absoluta, pois quando há a violação dos direitos humanos da criança e do adolescente o Estado se torna responsável pela proteção, bem como, pela aplicação de penalidades ao descumpridor do direito.

Para que tal proteção ocorra forma integral surgiu o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, que compreende em:

O sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente compreende centros de defesas, delegacias especializadas, a vara da infância e juventude, as promotorias da infância e juventude, conselho tutelar, conselho de direitos, entre outros. Essas

instituições podem ser acionadas em caso de denúncia de abuso sexual (NATIVIDADE, 2017, p. 98).

Inúmeros são os órgãos responsáveis por garantir a proteção da criança e do adolescente, bem como garantir a punibilidade do agressor. Entretanto, os mencionados órgãos somente conseguem efetivar integral proteção se tiverem conhecimento do abuso, e para isso a criança precisa ser ouvida.

No abuso extrafamiliar, a criança que sofre o abuso de desconhecido facilmente conseguirá quebrar o silêncio e exprimir o ocorrido a família, ou até mesmo a família conseguirá identificar o abuso, através dos sinais que a criança apresenta depois do ocorrido. Desta forma, a família acionará o Estado para que todo o amparo a criança seja realizado, bem como seja o abusar punido juridicamente.

Já no abuso intrafamiliar, a criança vítima do abuso dificilmente conseguirá notificar ao abuso ao Estado, pois a família serve como ponte para a quebra do silêncio. No abuso intrafamiliar a família que tinha a obrigação de proteger e denunciar o abuso, se torna o autor do crime, tornando quase impossível que o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente seja efetivado de modo rápido e pleno.

Para que o Estado seja notificado do abuso infantil quando cometido por alguém próximo da vítima, é necessária uma intervenção direta da escola, para conseguir fazer com que a criança identifique o abuso e possa denunciá-lo.

4.1 O Papel da Escola e da Educação

Atualmente as escolas brasileiras não adotam em seu curriculum escolar a educação sexual, tratando de forma geral quando abordado o corpo humano nas aulas de biologia.

Como já mencionado, a intervenção da Escola se faz necessária como ferramenta de auxílio para garantir que o sistema de garantia dos direitos da criança e do adolescente seja cumprida, uma vez que através da educação sexual de uma forma adequada a criança conseguira identificar o abuso seja ele no âmbito familiar ou não, e até mesmo denuncia-lo.

Recentemente, um caso de abuso infantil foi muito noticiado em diversos meios de comunicação. O caso da menina de 10 anos que engravidou do tio de 33 anos, que a estuprava desde os 6 anos de idade (G1, 2020).

Tal notícia trouxe em foque a importância da implementação da educação sexual no currículo escolar infantil, como medida de prevenção do abuso. No mencionado caso a criança se manteve em silêncio por quatro anos, talvez por não no

início não ter conhecimento para entender que estava sendo estuprada, ou até mesmo a família não perceber os sinais que a criança demonstrava.

Quando o abuso é praticado por alguém próximo da criança, a mesma não se sente segura para notificar o abuso para a família, pois muitas vezes o abusador faz parte de seu vínculo familiar. É neste momento que a criança reconhece a escola como o único lugar seguro para revelar a violência sexual, ao qual, através de profissionais capacitados saberá a forma correta de agir e encaminhar a denúncia para o Estado. (PROVENZI, 2020).

Os protetores da criança e do adolescente, em especial o Estado, somente conseguirá punir o agressor do abuso e garantir a proteção da vítima se houver a quebra do silêncio e do medo. Não basta a existência do sistema de garantias da criança e do adolescente, mas sim uma efetiva política pública dentro das escolas, que garanta um lugar seguro e aberto para o diálogo, com profissionais especializados e capacitados para desenvolver um melhor atendimento aos infantes.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, foi perceptível que o Brasil como meio de assegurar a proteção integral da criança e do adolescente adotou inúmeras medidas preventivas, lhes garantindo equiparação entre os demais.

Apesar do ordenamento jurídico tipificar expressamente os crimes sexuais contra vulnerável, o abuso infantil intrafamiliar ainda é um enorme problema no Brasil, ao qual mesmo havendo a punição os abusadores muitas vezes não são punidos, tampouco identificados, havendo uma enorme falha no Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente.

É inegável, que o Sistema de Garantia dos Direitos da Criança e do Adolescente, se encontra atualmente ineficaz quando ocorre no âmbito familiar, pois os casos não conseguem ser notificados, havendo um ciclo silencioso, ao qual todos os direitos dos infantes são brutalmente feridos, violados e ignorados, por aqueles que tinham a obrigação legal de lhes garantir proteção.

Neste passo, conclui-se que o abuso infantil intrafamiliar pede urgentemente a implementação da educação sexual no âmbito escolar, com a finalidade ser intermediador entre a criança e o Estado, nos casos em que a família se torna o abusador e não protetor.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, L. **Em debate no Brasil, educação sexual nas escolas é realidade na Argentina.** Disponível em: <ducacaointegral.org.br/reportagens/educacao-sexual-nas-escolas-e-realidade-na-argentina/>. Acesso em: 16 out. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 set. 2020.

BRASIL ESCOLA. **Violência sexual intrafamiliar e a proteção a luz do ECA.** Disponível em: <https://monografias.brasile scola.uol.com.br/direito/violencia-sexual-intrafamiliar-e-a-protecao-a-luz-do-eca.htm#indice_1>. Acesso em: 09 out. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 8.069, DE 13 DE JULHO DE 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF, 13 de jul. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm> Acesso em 27 set. 2020.

BRASIL. **LEI Nº 8.242, DE 12 DE OUTUBRO DE 1991.** Cria o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda) e dá outras providências. Brasília, DF, 12 de out. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8242.htm> Acesso em 27 set. 2020.

CARDIN, Valéria S. G.; MOCHI, Tatiana F. G.; BANNACH, Rodrigo. **O abuso sexual intrafamiliar:** Uma Violação aos Direitos da Personalidade da Criança e do Adolescente. 2011. 32. Dissertação (Mestrado) – Centro Universitário de Maringá – CESUMAR, Maringá, 2011.

GOVERNO FEDERAL. **Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (Conanda).** Disponível em: <https://www.gov.br/mdh/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselho-nacional-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-conanda/conanda>. Acesso em: 11 out. 2020.

GOVERNO FEDERAL. **Ministério divulga dados de violência sexual contra crianças e adolescentes.** Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/maio/ministerio-divulga-dados-de-violencia-sexual-contra-criancas-e-adolescentes#:~:text=Dos%20159%20mil%20registros%20feitos,corresponde%20a%2017%20mil%20ocorr%C3%AAncias>>. Acesso em: 11 out. 2020.

GRECO, R. **Curso de direito penal:** parte geral. 19. ed. Impetus: Niterói, 2017.

G1. **Menina de 10 anos estuprada pelo tio no Espírito Santo tem gravidez interrompida:** Criança, que é de São Mateus, passou pelo procedimento em hospital de referência em Pernambuco. Disponível em: <<https://g1.globo.com/pe/pernambuco/noticia/2020/08/17/menina-de-10-anos->

[estuprada-pelo-tio-no-es-tem-gravidez-interrompida.ghtml](#)> Acesso em: 01 out. 2020.

JUVÊNCIO, Juliana A.; PAIVA Cristiane G. T. **Violência sexual intra-familiar infantil à luz do Estatuto da Criança e do Adolescente e legislação penal.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/53855/violencia-sexual-intra-familiar-infantil-a-luz-do-estatuto-da-crianca-e-do-adolescente-e-legislacao-penal>> Acesso em 08 out. 2020.

MISAKA, M. Y. **Violência sexual infantil intrafamiliar:** Uma visão interdisciplinar. Disponível em: <<https://uenp.edu.br/pos-direito-teses-dissertacoes-defendidas/direito-dissertacoes/5546-marcelo-yukio-misaka/file>> Acesso em: 11 out. 2020.

MARIA NATIVIDADE SILVA RODRIGUES. **Violência intrafamiliar:** o abuso sexual contra crianças e adolescentes. Jundiaí: Paco Editorial, 2017.

MOURA, A. **Alguns aspectos sobre o abuso sexual contra crianças.** Disponível em: <<http://crianca.mppr.mp.br/pagina75.html#:~:text=Abuso%20sexual%20infantil%20%C3%A9%20todo,incapaz%20de%20informar%20seu%20consentimento.>> Acesso em: 07 out. 2020.

PEREIRA, T. S. **O melhor interesse da criança:** um debate interdisciplinar. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

PORTO SEGUNDO, V. A. **Abuso sexual infantil, suas fragilidades e exposições legais de proteção.** Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-176/abuso-sexual-infantil-suas-fragilidades-e-exposicoes-legais-de-protecao/>>. Acesso em: 09 out. 2020.

PRADO, L. R. **Curso de direito penal brasileiro:** parte geral e parte especial. 17. Ed. Forense: Rio de Janeiro, 2019.

PROVENZI, J. **Educação sexual é fundamental para combater o abuso infantil.** Disponível em: <<http://ufrgs.br/jornal/educacao-sexual-e-fundamental-para-combater-o-abuso-infantil/>>. Acesso em: 07 out. 2020.

SILVA, C. R. L. **O grito silenciado da criança diante da violência sexual intrafamiliar:** O abuso sexual contra criança e adolescente. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21688/o-grito-silencioso-da-crianca-diante-da-violencia-sexual-intrafamiliar>>. Acesso em: 06 out. 2020.

SOUZA, F. Isolamento dificulta denúncias de abuso infantil e deve levar a alta de casos, diz especialista. **BBC News**, São Paulo, 20 maio 2020. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/brasil-52735898>>. Acesso em: 27 set. 2020.

VEDANA, Paola C.; WENDRAMIN, Cassiane. **O crime de estupro de vulnerável e as alterações promovidas pelo estatuto da pessoa com deficiência**. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/o-crime-de-estupro-de-vulneravel-e-as-alteracoes-promovidas-pelo-estatuto-da-pessoa-com-deficiencia/>>.

Acesso em: 13 out. 2020.

RESTRIÇÕES AO ACESSO A CARGOS PÚBLICOS NA FASE DE INSPEÇÃO MÉDICA OFICIAL

AISLAN ARLEY PEREIRA DE ALVARENGA:

Graduado em Direito pela PUC/MG, pós-graduado em Direito Notarial pela Universidade Gama Filho/RJ, ex-Procurador do Município de Contagem/MG, Analista Judiciário do Supremo Tribunal Federal.

RESUMO: Este trabalho discute as restrições impostas ao acesso a cargos públicos advindas das inspeções médicas oficiais realizadas para aferição da aptidão física e mental do candidato classificado na fase de provas ou provas e títulos dos concursos públicos. O tema ganha maior relevância diante da repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, em 09 novembro de 2018, no Recurso Extraordinário nº 886.131, Minas Gerais (*pendente de julgamento*). Na referida demanda, a Suprema Corte decidirá se é constitucional a exigência de um período de carência após o término do tratamento médico para candidatos que tenham se recuperado da enfermidade grave. Proceder-se-á a análise dos limites jurídicos impostos às inspeções médicas oficiais em concursos públicos, com ênfase na discussão acerca da viabilidade, ou não, de estabelecimento de prazo de carência de cura em doenças graves.

Palavras-chave: Concurso público – inspeção médica oficial – restrições ao acesso aos cargos públicos – prazo de carência de cura - igualdade e dignidade da pessoa humana.

ABSTRACT: This paper aims to analyse the restrictions imposed on access to public employment arising from official medical inspections carried out to measure the physical and mental conditions of the qualified applicant at the exams, or exams and titles stage. The topic gains greater relevance due to general repercussion acknowledged by the Federal Supreme Court, on November 9, 2018, in Extraordinary Appeal No. 886.131, Minas Gerais (judgment pending). In the above-mentioned request, the Supreme Court will decide whether the requirement for a grace period after the end of medical treatment for applicants who have recovered from serious illness is constitutional or not. The legal limits imposed on official medical inspections when applying to a public employment will be analyzed emphasizing the viability of establishing a grace period for serious illness treatments.

Keywords: Public examination - official medical inspection - restrictions on access to public employment - grace period for treatment - equality and dignity of the human being.

Sumário: 1. Introdução; 2. Concurso Público; 3. Conceito; 4. Breve histórico; 5. Princípios regentes; 6. Inspeção médica oficial; 7. Conclusão; 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O princípio da ampla acessibilidade aos cargos e empregos públicos assegura aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em Lei, assim como aos estrangeiros, na forma da Lei, ocupar cargos, empregos e funções públicas. Oportuniza-se o acesso aos cargos efetivos do serviço público a todos os cidadãos que demonstrarem interesse na carreira estatal e que cumprirem as exigências legais pertinentes.⁸³ Na experiência brasileira, o concurso público, ao longo do tempo, tem-se mostrado ferramenta apta a assegurar que provimento de cargos públicos ocorra de forma a haver observância à impessoalidade, legalidade e igualdade de condições entre os candidatos. Constitui mecanismo adequado à seleção daqueles mais capacitados à oportunidade ofertada.

A Constituição Federal estabelece que haverá concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em Lei, sendo que, para certos cargos públicos, há exigência de fases diversas, com provas objetivas, discursivas, orais e de títulos.⁸⁴ Ultrapassada a fase de provas seletivas, os candidatos são submetidos à inspeção médica oficial de saúde, que poderá considerá-los aptos ou inaptos para o exercício da atribuição pública.

Recentemente, em 09 de novembro de 2018, o Supremo Tribunal Federal, no RE nº 886.131/MG (*pendente de julgamento*), entendeu haver repercussão geral na discussão se a vedação à posse em cargo público de candidato que esteve acometido de doença grave, mas que não apresenta sintomas atuais de restrição laboral, viola o princípio do amplo acesso a cargos públicos.⁸⁵ Inquestionável é a necessidade de aferição da aptidão física e mental dos candidatos a cargos públicos, porém oportuna a reflexão acerca dos limites e parâmetros da avaliação médica, com vistas ao resguardo ao justo, isonômico e amplo acesso aos cargos públicos. Propõe-se, aqui, tecer breves considerações relativas à inspeção médica oficial, procurando confrontá-la com os princípios constitucionais pertinentes.

⁸³ Mello, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 246.

⁸⁴ Art. 37. [...] II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

⁸⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RE 886.131/MG – RG – Relator Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2018, DJe-244: 16/11/2018.

2. CONCURSO PÚBLICO

2.1. Conceito

A Constituição Federal prescreve, em seu art. 37, II, que a investidura em cargo público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em Lei de livre nomeação e exoneração. A necessidade de realização de concurso público para acesso a cargos e empregos públicos reveste-se de caráter ético e moralizador, visando assegurar a igualdade, impessoalidade e o mérito dos candidatos, de modo que tal exigência somente pode ser excepcionada nas restritas hipóteses previstas pela própria Constituição Federal.⁸⁶

Embora haja Projetos de Lei em trâmite⁸⁷, inexistente norma em vigor que estabeleça regras gerais para a realização de concursos públicos na Administração Pública direta e indireta. Hely Lopes Meirelles define concurso público como: [...] meio técnico posto à disposição da Administração Pública para obter-se moralidade, eficiência e aperfeiçoamento do serviço público e, ao mesmo tempo, propiciar igual oportunidade a todos os interessados que atendam aos requisitos da lei, consoante determina o art. 37, II, da CF. Pelo concurso, afastam-se, pois, os ineptos e os apaniguados, que costumam abarrotar as repartições, num espetáculo degradante de protecionismo e falta de escrúpulos de políticos que se alçam e se mantêm no poder leiloando empregos públicos.⁸⁸

Por sua vez, José dos Santos Carvalho Filho conceitua concurso público como:

[...] procedimento administrativo que tem por fim aferir as aptidões pessoais e selecionar os melhores candidatos ao provimento de cargos e funções públicas. Na aferição pessoal, o Estado verifica a capacidade intelectual, física e psíquica de interessados em ocupar funções públicas e no aspecto seletivo são escolhidos aqueles que ultrapassam as barreiras opostas no procedimento, obedecidas sempre à ordem de classificação. Cuida-se, na verdade, do mais idôneo meio de recrutamento de servidores públicos⁸⁹

⁸⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 287.

⁸⁷ Como exemplos citemos os PL's 252/2003 e PL 6004/2003, Autor Jorge Bornhausen - Senado Federal - PFL/SC.

⁸⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 40ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 505.

⁸⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 25ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012, p. 622.

É possível visualizar o concurso público como procedimento prático-jurídico, em que oportunidades para desempenho de cargos ou empregos públicos são objeto de disputa, a fim de se selecionar o melhor servidor, necessário à execução das atribuições do cargo.⁹⁰ Na lição de Reinaldo Moreira Bruno, “o concurso público constitui-se em uma regra moralizadora e assecuratória da isonomia e da impessoalidade no recrutamento dos candidatos aos cargos da Administração Pública.”⁹¹

Trata-se, pois, de importante instituto direcionado à escolha, de forma idônea e isonômica, dos candidatos mais capacitados e detentores de perfis compatíveis com desempenho de determinado cargo, constituindo ferramenta que democratiza o acesso ao serviço público e premia esforço pessoal.

2.2. Breve histórico

Segundo Cretella Júnior, o instituto concurso público “se desenvolveu, na França, a partir de Napoleão, depois de renhidas lutas contra seus opositores, beneficiados por outros sistemas”⁹². Canotilho, por sua vez, ensina que o Código Civil Napoleônico trouxe a semente do princípio da isonomia, ao prever a igualdade nas relações jurídicas e que tal tendência teria influência sobre a legislação administrativa a ser elaborada posteriormente⁹³. No direito interno, relativamente à previsão constitucional do instituto, temos que a Constituição imperial de 1824 trouxe previsão atinente ao amplo acesso a todos cidadãos aos cargos público, sem, no entanto, especificar como se daria tal acesso.⁹⁴ A Constituição republicana de 1991 trouxe previsão semelhante ao texto da carta anterior, inovando ao exigir para acesso “condições de capacidade especial que a Lei instituir”.⁹⁵

A Constituição de 1934 foi a primeira a prever a figura do concurso como forma de seleção para acesso os cargos públicos, conforme previsões constantes de seus

⁹⁰ GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 16ª. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 231.

⁹¹ BRUNO, Reinaldo Moreira. *Servidor público: doutrina e jurisprudência*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 79.

⁹² CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 461.

⁹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3ª ed. Coimbra. Almedina, 1998, p. 119.

⁹⁴ Art. 179 [...] XIV. Todo o cidadão pode ser admittido aos Cargos Publicos Civis, Politicos, ou Militares, sem outra differença, que não seja dos seus talentos, e virtudes.

⁹⁵ Art. 73 - Os cargos públicos civis ou militares são acessíveis a todos os brasileiros, observadas as condições de capacidade especial que a lei estatuir, sendo, porém, vedadas as acumulações remuneradas.

artigos 168 e 169.⁹⁶ Mais a diante, a Constituição de 1937, em seu art. 156, e a Constituição de 1946, no art. 186, mantiveram redação análoga à de 1934, prevendo o amplo acesso aos cargos públicos e o concurso público como forma seleção. Com redação semelhante à Constituição atual, a Carta de 1967 previa, em seu artigo 95, que “Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, preenchidos os requisitos que a lei estabelecer. §1º A nomeação para cargo público exige aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos.”

Por fim, o texto constitucional de 1988, alterado pela EC nº 19 de 1998, tratou do procedimento do concurso público de maneira mais ampla e aprofundada, ao estabelecer princípios aplicáveis à seleção; acesso a estrangeiros aos cargos públicos na forma da Lei; prazo de validade de dois anos, prorrogáveis; dentre outras inovações.

2.3. Princípios regentes

Além dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição, a doutrina elenca outros princípios aplicáveis ao procedimento do concurso público como: a vinculação ao edital; ampla acessibilidade aos cargos públicos; competitividade; razoabilidade; proporcionalidade; igualdade. Acerca da imprescindibilidade da observância dos princípios para que o concurso configure um procedimento justo, ensinam Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira:

A regra constitucional do concurso consubstancia um verdadeiro direito a um procedimento justo de recrutamento, vinculado aos princípios constitucionais e legais (igualdade de condições e oportunidades para todos os candidatos, liberdade das candidaturas, divulgação atempada dos métodos e provas de seleção, bem como dos respectivos programas e sistemas de classificação, aplicação de métodos e critérios objetivos de avaliação, neutralidade na composição do júri, direito de recurso). O concurso assente num procedimento justo é também uma forma de

⁹⁶ Art 168 - Os cargos públicos são acessíveis a todos os brasileiros, sem distinção de sexo ou estado civil, observadas as condições que a lei estatuir.

Art 169 - Os funcionários públicos, depois de dois anos, quando nomeados em virtude de concurso de provas, e, em geral, depois de dez anos de efetivo exercício, só poderão ser destituídos em virtude de sentença judiciária ou mediante processo administrativo, regulado por lei, e, no qual lhes será assegurada plena defesa.

recrutamento baseado no mérito, pois o concurso serve para comprovar competências. 97

No tocante ao princípio da legalidade, especificamente em sua aplicação nos concursos públicos, tem-se que as exigências e critérios de seleção de candidatos não podem extrapolar o previsto formalmente em Lei, sob pena de vulnerar a igualdade e o amplo acesso aos cargos públicos. De acordo com as lições de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo:

“A legalidade traduz a ideia de que a administração pública somente tem possibilidade de atuar quando exista lei que o determine (atuação vinculada) ou autorize (atuação discricionária), devendo obedecer estritamente ao estipulado na lei, ou, sendo discricionária a atuação, observar os termos, condições e limites autorizados na lei.”⁹⁸

Pelo princípio da impessoalidade obsta-se o tratamento diferenciado a qualquer candidato que se submeta ao certame, devendo a Administração atuar de maneira objetiva visando alcançar o interesse público.

A moralidade, por sua vez, exige que os responsáveis pela seleção pautem sua atuação em comportamentos probos, justos, éticos e leais. Sobre a violação da moralidade, leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“sempre que a matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.”⁹⁹

A publicidade exige que os todos os atos atinentes ao procedimento do concurso sejam amplamente divulgados nos meios oficiais de forma a permitir o acesso aos candidatos e sociedade, possibilitando o acompanhamento do desenrolar das fases, e sobretudo, o controle de eventuais irregularidades. A visualização do princípio da eficiência nos concursos públicos, segundo João Batista Gomes Moreira, dá-se mediante equalização entre isonomia e a seleção dos

⁹⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 661.

⁹⁸ PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008, p. 194.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Saraiva. 2009, p. 77.

melhores candidatos para ocupar os cargos ofertados¹⁰⁰. O princípio da vinculação ao edital estabelece que a Administração está plenamente adstrita às regras estabelecidas no edital do concurso público, de forma a assegurar previsibilidade e controle social. Mencionado princípio fundamenta o aforismo de que “o edital é a Lei do concurso”.

O edital da seleção vincula tanto a Administração Pública quanto os candidatos, pelo que “todos os atos que regem o concurso público ligam-se e devem obediência ao edital que não só é o instrumento que convoca candidatos interessados em participar do certame como também contém os ditames que o regerão.”¹⁰¹

Por seu turno, o princípio do amplo acesso aos cargos públicos, presente nos textos constitucionais desde a constituição de 1824, assegura aos brasileiros e estrangeiros, na forma da Lei, a possibilidade de ocuparem a condição de servidores públicos. Aludido princípio trata-se de verdadeira concreção dos princípios isonomia e igualdade, conforme ensina Cármen Lúcia Antunes:

[...] é a busca da igualdade de oportunidades que o princípio da acessibilidade aos cargos, funções e empregos públicos propicia, permitindo às pessoas e obrigando o Estado a dar concretude ao princípio da igualdade jurídica. Não se destratam os cidadãos de uma República segundo conveniências, privilégios, preconceitos ou quaisquer elementos externos à qualificação que se lhes exige para o desempenho dos encargos de que se devem desincumbir no exercício que lhes seja especificado. Mais ainda, no Estado Democrático de Direito, há que se obrigar as entidades políticas a cuidar para que todos os cidadãos se dotem das condições materiais, intelectuais, psicológicas, políticas e sociais mínimas que os habilitem à disputa do cargo, da função e do emprego público.¹⁰²

O postulado da competitividade exige que a Administração implemente a seleção sem qualquer distinção de tratamento ou favorecimento aos concorrentes, bem como não extrapole exigências legais e edilícias, zelando pela finalidade de

¹⁰⁰ MOREIRA, João Batista Gomes. Princípios constitucionais da legalidade e eficiência nos concursos públicos. In: MOTTA, Fabrício (Coord.). Concurso público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005, p. 130.

¹⁰¹ MOTTA, Fabrício. (Coord.). Concurso público e constituição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005, p. 143.

¹⁰² ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 149.

selecionar para os quadros da Administração os candidatos com melhor desempenho nos testes aplicados.

Relativamente à proporcionalidade temos que o concurso não deve trazer exigências desarrazoadas ou fora de contexto legal, de maneira que todas as decisões e previsões devem se direcionar ao atingimento do interesse público. Trata-se de “importante princípio constitucional que limita a atuação e a discricionariedade dos poderes públicos e, em especial, veda que a Administração Pública aja com excesso ou valendo-se de atos inúteis, desvantajosos, desarrazoados e desproporcionais.”¹⁰³

O princípio da razoabilidade, por sua vez, segundo o professor José dos Santos Carvalho Filho, é a qualidade de ser razoável, ou seja, “aquilo que situa dentro dos limites do aceitáveis, ainda que juízos de valor que provocaram a conduta possam dispor-se de forma um pouco diversa.”¹⁰⁴

O postulado da segurança jurídica constitui o sentimento de confiança nos atos da Administração. Nas lições de José Afonso da Silva:

“a segurança jurídica consiste no ‘conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida’. Uma importante condição da segurança jurídica está na relativa certeza que os indivíduos têm de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.”¹⁰⁵

Evidentemente, por parte daqueles que se submetem ao concurso público, há expectativa de plena observância das regras legais e edilícias. As regras do jogo devem ser publicizadas com antecedência e fielmente cumpridas durante todo o tramitar da seleção.

Por fim, o princípio da igualdade assegura tratamento equivalente, isonômico, impessoal, entre todos os concorrentes aos cargos públicos a serem preenchidos, evitando, por consequência, favorecimentos ou discriminações arbitrárias e imorais.

3. INSPEÇÃO MÉDICA OFICIAL

¹⁰³ CUNHA JÚNIOR, Dirley, Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 52.

¹⁰⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 25ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012, p. 39.

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. Comentário Contextual à Constituição. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 133.

Ultrapassa a fase de provas, os candidatos que lograram êxito nos testes aplicados são submetidos à inspeção médica oficial que objetiva aferir a aptidão física e mental para o adequado desempenho das atribuições do cargo público com vaga em aberto.

A Lei nº 8.112 de 1990, em seu art. 14, parágrafo único, prevê que a posse em cargo público dependerá de prévia inspeção médica oficial, de modo que apenas poderá ser empossado o candidato que for julgado apto física e mentalmente para o exercício do cargo.

O exame médico tem por finalidade detectar a presença de doenças ou limitações capazes de impedir ou prejudicar o pleno exercício profissional do servidor, já que incompatível com o interesse público o servidor com baixa produtividade, que se afaste por licenças médicas constantemente, ou, ainda, que se aposente precocemente por invalidez.

Embora o interesse preponderante da inspeção de saúde seja da Administração, o servidor também possui interesse no exame, afinal, por intermédio da avaliação médica admissional, poderá comprovar que adoeceu após o início do exercício do cargo ou que contraiu doença em virtude da função desempenhada.

Por vezes, as doenças consideradas como incompatíveis com os cargos são estabelecidas nos editais de abertura ou em ato publicado juntamente com o edital do certame. Há hipóteses, porém, de órgãos públicos que normatizam internamente o tema, estabelecendo parâmetros para aferição de enfermidades que consideram comprometedoras do bom exercício profissional. Neste último caso, o candidato somente saberá as doenças incapacitantes quando for chamado para a realização dos exames médicos.

A falta de previsão expressa do rol de doenças tidas por incompatíveis com o exercício do cargo no edital do concurso, ou, ao menos, em documento publicado juntamente com edital de abertura, vulnera a previsibilidade e segurança jurídica dos candidatos.

Mostra-se adequado que o candidato tenha ciência, desde o início do procedimento, das enfermidades desclassificadoras, possibilitando eventual questionamento, administrativo ou judicial, das doenças enumeradas e, até mesmo, permitir que o interessado possa optar por sequer se submeter à seleção, caso concorde com a previsão limitativa do edital.

A falta de transparência e publicidade prévia das 'regras do jogo' vulnera princípios da competitividade e igualdade. O Judiciário, quando chamado a se

manifestar sobre o tema, tem, como regra, resguardado o direito do candidato considerado inapto ante à falta de previsão do rol de doenças no edital, fundamentando-se nos princípios da vinculação ao edital e isonomia entre os candidatos.¹⁰⁶

As doenças previstas como incompatíveis com o exercício dos cargos devem guardar pertinência com as atribuições a serem desempenhadas pelo futuro servidor, obstando, de fato, o pleno exercício de suas atribuições. Sob o prisma da razoabilidade e proporcionalidade, não se pode exigir o mesmo vigor e aptidão física de um servidor que desempenhará função meramente burocrática com a aptidão exigida de um agente policial, por exemplo.

A eleição de doenças deve ser feita com extrema cautela e cientificidade, já que, não raro, o portador de certa enfermidade, ainda que de maior gravidade, possuirá grande sobrevida, não necessitará de afastamentos constantes e terá capacidade plena de exercer bem o trabalho ao longo dos anos. Cabe considerar que doenças de mesma natureza podem ter graus de limitação diversos, o que exige que a previsão no edital relativamente a enfermidade incompatível seja feita da maneira mais específica possível.

Arbítrios e falta de razoabilidade na estipulação do rol de doenças podem - e devem - ser objeto de controle pelo judiciário já que escapam do mérito administrativo ao vulnerar a própria finalidade pública do concurso público.¹⁰⁷ Para que haja resguardo do princípio concorrencial, as enfermidades elencadas como impeditivas devem, de forma invidiosa, impedir ou comprometer o bom desempenho das atribuições do cargo.

Destaca-se que eliminação do candidato por reprovação na inspeção médica deve ser plenamente motivada, sob pena de nulidade do ato desclassificatório. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, no ROMS nº 28105 2008.02.39587-8, anulou a eliminação de candidata, classificada para cargo de zeladora e eliminada no exame médico por ser portadora de Hepatite B. Entendeu-se que não foi demonstrada, fundamentadamente, a incompatibilidade da enfermidade com o exercício do cargo. Restou consignado:

¹⁰⁶ A título exemplificativo, cite-se os julgados do TJDF: Acórdão 1221479, Relator: Alfeu Machado, DJE: 18/12/2019 e Acórdão 1040988, Relator: Romulo de Araújo Mendes, DJE: 1/9/2017.

¹⁰⁷ Nesse Sentido, cite-se a decisão do TJDF, Acórdão 1103735, Relator Des. Silva Lemos, 5ª Turma Cível, DJE: 26/6/2018, em que se assegurou a posse de candidato no concurso para agente de polícia civil do DF, inabilitado na inspeção de saúde por histórico de fratura no braço, ao fundamento de que a enfermidade não compromete o exercício do cargo.

No atual cenário brasileiro, em que se busca dissipar toda e qualquer forma de discriminação, não se mostra razoável, sob nenhum ponto de vista, a exclusão de uma candidata em concurso público apenas pelo fato de estar ela acometida de uma moléstia que, a despeito de inspirar cuidados permanentes, não apresenta sintomas ou risco iminente de contaminação, a não ser pelas formas já declinadas, alheias às atividades normais do cargo.¹⁰⁸

As doenças graves, como aquelas previstas no art. 186, 1º§, da Lei 8.112/90109, caso não estejam curadas e assintomáticas quando da inspeção médica admissional, levarão, certamente, à declaração de inaptidão do candidato, já que capazes de ensejar a própria aposentadoria por invalidez do servidor.

Merece reflexão a possibilidade de contratação de candidato curado de doença grave, bem como a constitucionalidade da exigência de um período de carência para candidatos que tenham se recuperado da enfermidade. Como já mencionado anteriormente, a possibilidade de estabelecimento de prazo de cura fixo será enfrentada pelo STF no RE nº 886.131/MG, com repercussão geral reconhecida.

Na referida demanda judicial, candidata aprovada na fase de provas do concurso para o cargo de oficial judiciário do TJMG, possuía histórico de doença grave, neoplasia mamária, foi tratada cirurgicamente, por quimioterapia e radioterapia, estando, na data da inspeção médica, assintomática há dezoito meses. A candidata apresentou laudos particulares apontando sua aptidão para o desempenho do cargo.

A junta médica do TJMG julgou-a inapta com base no Manual de Perícias do TJMG que exigia que o término do tratamento se desse há pelo menos cinco anos (*carência de cura*).

Em primeira instância, a candidata teve sentença de procedência resguardando seu direito à posse no cargo, porém a sentença foi reformada pelo

108 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ – ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 28105 2008.02.39587-8, Rel. Rogério Schietti Cruz - Sexta Turma, DJE 22/04/2015.

109 Art. 186. [...] § 1o Consideram-se doenças graves, contagiosas ou incuráveis, a que se refere o inciso I deste artigo, tuberculose ativa, alienação mental, esclerose múltipla, neoplasia maligna, cegueira posterior ao ingresso no serviço público, hanseníase, cardiopatia grave, doença de Parkinson, paralisia irreversível e incapacitante, espondiloartrose anquilosante, nefropatia grave, estados avançados do mal de Paget (osteíte deformante), Síndrome de Imunodeficiência Adquirida - AIDS, e outras que a lei indicar, com base na medicina especializada.

Tribunal de Justiça mineiro, que reputou adequada a inaptidão apontada pela perícia oficial.

Como consignado alhures, a demanda pende de julgamento no Supremo Tribunal Federal.

O candidato com histórico de doença grave, além da avaliação normal da aptidão física e mental para o pleno exercício do cargo ofertado, será examinado pela junta médica que apontará se o avaliado pode ser considerado curado no momento do exame.

A avaliação médica para constatar a cura de doença grave e possibilidade de sua recidiva, por se tratar de aferição de evento futuro e incerto, exige cuidado extremo e verificação individualizada, amparada sempre em parâmetros científicos e com motivação satisfatória.

A título de exemplo, imaginemos a situação de um candidato que teve cardiopatia grave, foi submetido com sucesso a cirurgia corretiva e, na data do exame médico, mostrou-se assintomático e totalmente capaz fisicamente para o exercício pleno das atribuições do cargo. Mencionado candidato, a princípio, possui direito de ser empossado no cargo público, de modo que somente se poderá cogitar em eliminação com fundamento de 'possibilidade real de recidiva ou por não ser considerado curado', caso tais causas tenham incontroverso amparo na literatura médica e na situação pessoal do avaliado, que apontem que a doença retornará brevemente.

A falta de motivação plena do prognóstico de recidiva da enfermidade torna nula a eliminação, porquanto a Administração não pode se pautar em especulações e presunções, sem parâmetro na ciência.

De acordo com os ensinamentos do professor português José Carlos Vieira de Andrade, temos a motivação como:

“uma declaração que reúne todas as (quaisquer) razões que o autor assuma como determinantes da decisão, sejam da decisão, sejam as que expressem uma intenção justificadora do agir, demonstrando a ocorrência concreta dos pressupostos legais, sejam as que visem explicar o conteúdo escolhido a partir dessa adesão ao fim, manifestando a composição dos interesses

considerados para adotar a medida adequada à satisfação do interesse público no caso.¹¹⁰

O estabelecimento de período fixo de tempo de cura, para fins de considerar o candidato apto, embora, num primeiro olhar, possa parecer ferramenta de objetivação do atuar administrativo, viola sobremaneira o princípio da dignidade da pessoa humana, a isonomia entre os candidatos e o amplo acesso aos cargos públicos.

Ao negar a possibilidade de trabalho no serviço público, com base em tabela temporal, sem se atender para a individualidade do candidato, procede-se à rejeição de pessoa que pode estar plenamente apta e possuir sobrevida laborativa normal.

É lícito que a Administração busque candidatos que tenham expectativa de vida laborativa regular, sem licenciamentos frequentes ou aposentadoria precoce, contudo, como forma de se assegurar respeito à dignidade da vida humana, não se pode objetivar, cega e completamente, o exame médico admissional. Afinal, indubitável que a saúde de cada pessoa tem inúmeras peculiaridades.

O risco de objetivação excessiva, ao se fixar prazo certo de 'carência de cura' igual para todos os candidatos, é desprezar que a mesma doença possui inúmeras nuances e variáveis, como por exemplo: i) o tempo que a enfermidade foi diagnosticada e iniciado o tratamento; ii) a idade do portador; iii) as condições de saúde pretéritas da pessoa; iv) a existência de comorbidades; v) qual tratamento foi utilizado pelo candidato; dentre outros tantos pontos.

Tratando-se de saúde humana - e não de ciências exatas - não haverá unanimidade científica de um prazo certo que possa ser usado seguramente para todas as pessoas para que se considere o enfermo curado de certa doença. A fixação de tempo exato de recuperação como critério isolado de aferição de aptidão é capaz de vulnerar a individualidade e dignidade da pessoa humana.

Cediço que a dignidade da pessoa humana não representa apenas uma garantia negativa que tutela a pessoa frente a ofensas e humilhações, mas, também, pressupõe uma perspectiva positiva de pleno desenvolvimento da personalidade

110 ANDRADE, José Carlos Vieira de. O dever de fundamentação expressa de actos administrativos, Coimbra, Separata do volume XXXVII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992, p. 22.

que, por sua vez, demanda uma esfera de autodisponibilidade, garantindo as possibilidades de atuação próprias de cada homem, sem interferências externas.¹¹¹

A aferição se o candidato com histórico de doença grave está curado ou tem prognóstico de recidiva deve ser feita, não com base em parâmetro temporal fixo e inafastável, mas, sim, mediante avaliação individualizada de saúde do candidato.

Consoante ensinamentos de Aristóteles “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, dando a cada um o que é seu.”¹¹² A igualdade não deve ser confundida com homogeneidade, já que cada pessoa tem individualidade própria a ser respeitada.¹¹³

Cabe registrar que, obviamente, na inspeção médica, poderá concluir-se pela não comprovação de cura plena, bem como pela possibilidade real de recidiva, todavia tais conclusões devem ser alcançadas com base em literatura científica e fatores individuais de saúde de cada um dos avaliados.

Foge-se da razoabilidade e proporcionalidade diferenciar, com base em tabela temporal de cura, uma pessoa que está curada há cinco anos de um câncer de outra que está curada há quatro anos do mesmo câncer, pressupondo que esta terá recidiva da doença. Tal conduta despreza as reais condições de saúde do avaliado ao se apegar isoladamente ao fator temporal tempo de cura.

Ao malferir os princípios da razoabilidade, proporcionalidade, igualdade, amplo acesso aos cargos público e dignidade da pessoa humana, a exigência de ‘carência de cura’ como fundamento de eliminação de candidato em concurso público é medida que deve ser evitada pela Administração, sob pena de nulidade do ato desclassificatório.

4. CONCLUSÃO

O concurso público é o procedimento mais idôneo e democrático para escolha isonômica de servidores para o desempenho de determinada atribuição pública. Constitui ferramenta que dá concreção ao princípio do amplo acesso aos cargos públicos e premia o esforço pessoal.

¹¹¹ PEREZ LUÑO. Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 10^a ed. Madrid: Tecnos, 2010, p. 324.

¹¹² SILVA, José Afonso. Curso de direito constitucional positivo. 33^a Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 213.

¹¹³ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4^a ed. São Paulo: Método, 2010. p.392.

Como forma de assegurar a finalidade para a qual foi criado, o concurso público deve conduzir-se com estrita observância dos princípios constitucionais da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, vinculação ao edital, ampla acessibilidade aos cargos públicos, competitividade, razoabilidade, proporcionalidade e igualdade.

A realização de inspeção médica oficial dos candidatos que obtiveram êxito na fase de provas visa assegurar a contratação de candidato apto e capaz de exercer plenamente as atribuições do cargo. Almeja-se a contratação de profissionais que tenham expectativa de vida laborativa regular, sem licenciamentos frequentes ou aposentadoria precoce por invalidez.

As diretrizes e forma de realização da perícia médica, bem como as listas especificadas de doenças que impedem o exercício do cargo, devem ser amplamente divulgadas pelo órgão promotor da seleção por ocasião da publicação do edital de abertura, como forma de controle e de se garantir segurança aos candidatos que terão ciência das regras que guiarão a inspeção.

As enfermidades consideradas pela Administração como incompatíveis com o exercício de determinados cargos públicos devem guardar pertinência com as funções a serem desempenhadas pelo futuro servidor, de modo que somente as doenças que obstem, de fato, o pleno exercício das atribuições ensejem a desclassificação do candidato.

A eliminação por não aprovação na inspeção médica oficial deve ser robustamente motivada e publicizada, permitindo plena ciência pelo candidato das razões que importaram sua desclassificação e, conseqüentemente, a possibilidade de eventual questionamento do resultado.

Observou-se, com relação aos candidatos curados de doenças graves, que a exigência de um período temporal fixo de 'carência de cura' viola os princípios do amplo acesso aos cargos públicos, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Não se questiona a possibilidade de eliminação do candidato pela não comprovação de cura plena ou pela possibilidade real de recidiva, porém tais conclusões devem ser alcançadas com base em literatura científica e aferição das condições individuais de saúde dos avaliados.

A saúde de cada pessoa possui inúmeras peculiaridades e nuances, portanto o estabelecimento de período temporal fixo de cura, para fins de considerar o candidato como apto ou inapto, não encontra respaldo constitucional por desprezar a individualidade do avaliado.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, José Carlos Vieira de. O dever de fundamentação expressa de actos administrativos, Coimbra, Separata do volume XXXVII do Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1992.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 25 de junho de 2020.

_____. Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm. Acesso em 25 de junho de 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. ROMS n. 28105 2008.02.39587-8, Rel. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJE: 22/04/2015. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200802395878&dt_publicacao=22/04/2015. Acesso em 25 de junho de 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE n. 866.131/MG – RG. Rel. Ministro Luís Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 08/11/2018, PUBLIC 19-11-2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4766104>. Acesso em 25 de junho de 2020.

BRUNO, Reinaldo Moreira. Servidor público: doutrina e jurisprudência. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 3ª ed. Coimbra. Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. Constituição da República Portuguesa anotada. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 25ª ed. Revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Atlas, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. Curso de Direito Administrativo, 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Administrativo. 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 22ª. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Acórdão 1221479, Relator: Alfeu Machado, DJE: 18/12/2019. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 25 de junho de 2020.

____. Acórdão 1040988, Relator: Romulo de Araújo Mendes, DJE: 1/9/2017. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 25 de junho de 2020.

____. Acórdão n. 1103735, 20170110557854APC, Relator Des. Silva Lemos, 5ª Turma Cível, DJe: 26/6/2018. Disponível em: <<https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj>. Acesso em 25 de junho de 2020.

GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 16ª. ed. atualizada por Fabrício Motta. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 40ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2014;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MOREIRA, João Batista Gomes. Princípios Constitucionais da legalidade e eficiência nos concursos públicos, In: MOTTA, Fabrício (Coord.). Concurso público e constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOTTA, Fabrício. (Coord.). Concurso público e constituição. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005.

NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional. 4ª ed. São Paulo: Método, 2010.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito Constitucional Descomplicado. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

PEREZ LUÑO. Antonio Enrique. Derechos humanos, estado de derecho y constitución. 10ª ed. Madrid: Tecnos, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais dos servidores públicos. São Paulo: Saraiva, 1999.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 33ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 213.

____. Comentário Contextual à Constituição. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

DESOBEDIÊNCIA CIVIL: A CONVICÇÃO E A CONSCIÊNCIA NA TEORIA DE KIMBERLEY BROWNLEE

ANA PAULA VARIZE SILVEIRA: Advogada da área de Mídia e Entretenimento no Baptista Luz Advogados. Na graduação, foi aluna intercambista na Westfälische Wilhelms-Universität Münster (WWU Münster), na Alemanha, e participou de atividades de extensão como o Núcleo de Direito, Internet e Sociedade e o Departamento Jurídico XI de Agosto. Em 2019, realizou o Curso Extensivo de Proteção de Dados – Teoria e Prática, ministrado pelo Data Privacy, e o curso de Direito Digital Aplicado, na FGV.

Resumo: Este trabalho pretende analisar de que forma a desobediência civil pode ser entendida e fundamentada a partir da teoria elaborada por Kimberley Brownlee na obra *Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience*.¹¹⁴ A teoria de Brownlee é bastante densa e, por este motivo, esta revisão de literatura será restrita à compreensão de conceitos centrais construídos pela autora sobre o tema. Assim, será apresentada uma visão geral da obra e, após, analisaremos as definições de desobediência civil, bem como da convicção e da consciência, que consistem nas duas hipóteses que fundamentam a realização de atos de desobediência civil, de acordo com Brownlee. Eventualmente, para facilitar a compreensão das ideias destas e do raciocínio desenvolvido pela autora, serão realizados breves apontamentos relacionando os aspectos da teoria de Brownlee e pontos relevantes da teoria de John Rawls sobre a desobediência civil, trabalhada na obra em *Uma Teoria da Justiça*.¹¹⁵ Nestes casos, destacarei o que são, a meu ver, pontos de aproximação e divergência entre estas teorias.

Palavras-chave: Desobediência civil; consciência; convicção; Kimberley Brownlee; John Rawls.

Abstract: This paper intends to analyze how Kimberley Brownlee defines and justifies civil disobedience, based on the study of the first two chapters of the book *Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience*.¹¹⁶ Brownlee's theory is rather dense, and for this reason, this review of literature shall be limited to the comprehension of the core concepts developed by Brownlee. Therefore, I shall provide an overview of her

¹¹⁴ BROWNLEE, Kimberly. *Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

¹¹⁵ RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. 4 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2016.

¹¹⁶ BROWNLEE. Op. cit.

book, and then try to define the concepts of conviction and conscience, which consist of the two hypotheses that underpin civil disobedience, highlighting how they relate to civil disobedience, from the perspective of the author. Eventually, I shall relate the aspects of Brownlee's theory with relevant points of John Rawls's theory about civil disobedience, approached in "A Theory of Justice".¹¹⁷ I will highlight what are, in my view, the main points of approximation and divergence between these two theories.

Key-words: Civil disobedience; conscience; conviction; Kimberley Brownlee; John Rawls.

Sumário: 1. Introdução e Metodologia – 2. A desobediência civil segundo Kimberley Brownlee - 2.2. O conceito-geral de desobediência civil segundo Kimberley Brownlee – a. Violência – b. Publicidade do ato e disposição em aceitar a punição – 2.3. Convicção – 2.3.1. A conscienciosidade – 2.3.2. O princípio comunicativo da conscienciosidade – a. Consistência – b. Universalidade – c. Não-evasão – d. Diálogo – 2.4. Consciência – 2.4.1. Consciência, pluralismo moral e o diálogo com as concepções monista objetivista e subjetivista – 2.4.2. Consciência e pluralismo moral – a. Demandas da consciência – b. Escopo para falhas – c. Consciência limpa - 2.4.3. A consciência e o ideal – 3. Conclusão – 4. Bibliografia

1. Introdução e Metodologia

Em 1955, uma mulher se recusou a sair do assento no qual estava sentada em um ônibus. Atualmente, pareceria improvável a qualquer pessoa que viva em uma sociedade democrática, que esta mulher estaria violando uma lei, e que esta simples recusa levou ao acionamento da polícia local. Rosa Parks, uma mulher negra, resistiu em sair do lugar em que estava sentada, a caminho de sua casa após um dia de trabalho, quando um homem branco disse para que ela o fizesse. Por causa disso, Parks foi condenada ao pagamento de uma multa, além de ser presa por conduta desordeira. Este episódio desencadeou, então, o "boicote aos ônibus de Montgomery", dando início à luta contra o regime segregacionista nos Estados Unidos.¹¹⁸

Casos como o acima narrado podem parecer injustiças evidentes e que deveriam ser, de fato, corrigidas à época. No entanto, toda a resistência enfrentada por Rosa Parks, Martin Luther King, Mahatma Gandhi, Nelson Mandela, Aung San Suu Kyi e demais líderes de movimentos de desobediência civil, são evidências de que o Direito, ainda que inserido em ordenamentos supostamente democráticos, apresenta

117 RAWLS. Op. cit.

118 FERREIRA, Ricardo Alexandrino. Rosa Parks deflagrou luta pelos direitos civis dos negros nos EUA: entrevista. São Paulo: Jornal USP. Entrevista concedida a Simone Lemos. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/rosa-parks-deflagrou-luta-pelos-direitos-civis-dos-negros-nos-eua/>. Acesso em 18 set. 2018.

canais institucionais de comunicação muitas vezes ineficientes, limitando a possibilidade de a população reivindicar suas demandas.

Nesse sentido, a desobediência civil se coloca como uma alternativa para atrair a atenção da sociedade para restrições a direitos fundamentais de determinadas minorias. Por um lado, há quem possa entender que a existência da desobediência civil e seu reconhecimento pelo Direito consiste na negação deste instituto e na declaração de sua falibilidade. Entretanto, a conquista de diversos direitos fundamentais se deu através de condutas que foram, à sua época, consideradas à margem da lei, mas, após o reconhecimento destas reivindicações, deixaram de ser ilegais. Assim, a desobediência civil, justamente por ser considerada como ato ilícito, é um assunto que deve ser discutido dentro do Direito.

Tendo isto em vista, surge, de imediato, a questão: de que forma a desobediência civil se relaciona com o Direito e com os ordenamentos jurídicos? Assim, buscando contribuir para este debate, o presente trabalho se propõe a analisar os primeiros dois capítulos da teoria de Kimberley Brownlee sobre a desobediência civil, nos quais a autora trata dos conceitos de convicção e consciência, ambos fundamentos para a realização de atos de desobediência civil. A opção pelo estudo das ideias trazidas por esta autora se dá em função de sua produção ser relativamente recente e pouco difundida na literatura brasileira.

Brownlee tem como premissa o reconhecimento da diversidade moral e do impacto que comprometimentos morais, individuais ou coletivos, têm em nossa convivência em sociedade. A partir do princípio comunicativo da conscienciosidade e do pluralismo moral, explicados adiante, Brownlee propõe através de sua teoria a tolerância e a coexistência de posicionamentos diferentes dentro de uma única sociedade.

Este entendimento dialoga, com frequência, com a concepção de desobediência civil apresentada pela teoria clássica, da qual John Rawls é um dos principais representantes. Tendo em vista que Rawls traz o que hoje se entende pela definição clássica de desobediência civil, a qual influencia grande parte da literatura sobre o tema (apresentando influências na produção de Kimberley Brownlee, inclusive), o contato – ainda que breve – com esta teoria não é só relevante por este motivo, como também facilitará a compreensão da complexidade do raciocínio desenvolvido por Brownlee.

Assim, proponho-me a apresentar neste trabalho um panorama geral e breve sobre a obra *Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience*. Abordarei, então, o conceito-geral de desobediência civil proposto por Brownlee, bem como os

conceitos da convicção e da consciência. Ao longo do trabalho, buscarei destacar, de forma sucinta, pontos de diálogo entre as teorias de Brownlee e de Rawls, destacando o que são, a meu ver pontos de convergência e divergência entre elas.

Assim, as perguntas que direcionaram o desenvolvimento deste estudo, e que tentarei responder ao longo dele, são (i) o que propõe a teoria de Brownlee; (ii) o que são consciência e convicção para Kimberley Brownlee; (iii) qual a relação destes conceitos com a desobediência civil; e (vi) de que forma estes dois conceitos e a definição de desobediência civil desenvolvida por Brownlee dialogam com a teoria clássica de Rawls.

Por fim, uma ressalva importante em relação à proposta deste trabalho está no fato de que a obra estudada ainda é recente e apresenta complexidade bastante acentuada. Por esse motivo, e pela limitação de espaço, não me proponho a esgotar todos os aspectos da teoria estudada, bem como apresentarei a seguir uma interpretação dos conceitos trabalhados pela autora. Além disso, o estudo da teoria de Brownlee se deu a partir da sua obra original, em inglês. Assim, as definições foram livremente traduzidas. Para fins de clareza e fidelidade à obra, tais definições serão indicadas em itálico sempre que aparecerem no texto pela primeira vez.

2. A desobediência civil segundo Kimberley Brownlee

Para contextualizar a discussão que se pretende desenvolver, cabe apresentar uma visão geral da teoria de desobediência civil de Kimberley Brownlee. Em sua obra *Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience*, trabalho mais completo da autora sobre o tema, Brownlee busca fundamentar atos de desobediência civil, indicando em que casos tais atos são legítimos, ainda que consistam em violações às leis vigentes.

Assim, o livro é dividido em duas partes: Moralidade e Direito. Na primeira, em que estão os primeiros quatro capítulos do livro, Brownlee se dedica a desenvolver os conceitos de desobediência civil, de convicção e de consciência, buscando demonstrar, ainda, como os dois últimos legitimam atos de desobediência civil e de que forma devem ser analisados no caso concreto. No último capítulo desta parte, a autora apresenta o argumento de que convicção e consciência dão origem a direitos morais de ação, o que, por consequência, fundamenta os atos de desobediência civil. A autora busca trabalhar neste capítulo, ainda, a noção de que o direito à desobediência civil é um direito moral, e que não deve ser positivado. Para ela, normas morais possuem, no mínimo, tanta força cogente quanto as normas jurídicas. Ademais, como se verá a seguir, os conceitos de convicção e consciência dificilmente poderiam ser positivados, tamanha sua amplitude e complexidade.

Na segunda parte do livro, Brownlee trata sobre como o Direito deve trabalhar com as noções apresentadas na primeira parte. Ainda que o direito à desobediência civil não deva ser incorporado aos ordenamentos jurídicos, ele deve ser observado pelos aplicadores do Direito, especialmente em relação à punição destes atos. Para a autora, a desobediência civil, quando praticada de acordo com as condições que descreve na primeira parte de sua obra, gera também um direito moral contra a punição. Isto não significa que nenhum ato de desobediência civil deva estar livre de quaisquer respostas, ressalva que a autora desenvolve melhor nos últimos dois capítulos do livro. De todo modo, tendo em vista a finalidade deste trabalho, não nos aprofundaremos nesta discussão.

2.2.O conceito-geral de desobediência civil segundo Kimberley Brownlee

No que se refere ao conceito de desobediência civil, é importante destacar que Brownlee não possui a pretensão de descrever precisamente os elementos que um ato de desobediência civil deve apresentar, ao contrário dos esforços geralmente observados na teoria clássica. Para a autora, definições muito fechadas podem simplificar o entendimento e a análise destes atos.¹¹⁹ Assim, na obra de Brownlee, o excerto que mais se aproxima de uma definição de desobediência civil é o seguinte:

“(...) a desobediência civil deve conter uma violação à lei realizada com base em um comprometimento pessoal firme, com o intuito de comunicar a reprovação [pessoal ou de um grupo] em relação a uma lei ou política a uma audiência relevante (que é, normalmente, a sociedade ou o governo)”.¹²⁰

O maior esforço da autora está em trabalhar com a motivação, a forma de ação e os fundamentos da desobediência civil, tendo em vista que, segundo Brownlee, a verificação destes aspectos confere legitimidade aos atos de desobediência civil. Assim, em termos gerais, a desobediência civil é um direito que pode ser fundamentado pela

¹¹⁹ Em *Features of a Paradigm Case of Civil Disobedience*, Brownlee menciona, ainda, que esta definição não possui limites claros. As pessoas optam por recorrer à desobediência civil por motivos variados e, por consequência, tais atos tomam formas distintas. Nem sempre há uma diferenciação evidente entre a desobediência civil e outras formas de protesto (tais como terrorismo, objeção de consciência, dentre outros). Ainda, uma última objeção à apresentação de um conceito fechado está no risco de este conceito ser generalizado e aplicado à atos diversos que, na realidade, não correspondem à desobediência civil. BROWNLEE, Kimberly. *Features of a Paradigm Case of Civil Disobedience*. Res Publica 10, 2004. p. 339.

¹²⁰ Tradução livre. BROWNLEE, 2012, *Ob. cit.* p. 18.

convicção ou pela consciência. Como explicaremos melhor a seguir, convicção e consciência se aplicam a casos distintos.

Ambas, entretanto, pautam-se na concepção de que devemos considerar os demais indivíduos com os quais convivemos em sociedade como seres racionais, não só capazes de formar suas próprias convicções moralmente motivadas, mas também qualificados para dialogar com as demais convicções existentes. Nesse sentido, Brownlee procura trabalhar a desobediência civil dentro de um enquadramento moral pluralista, no qual todas as visões morais devem igualmente respeitadas. Isto não significa que limites não devam ser observados, motivo pelo qual os conceitos de consciência e convicção, bem como os direitos morais delas decorrentes, são tão pormenorizadamente trabalhados pela autora.

Brownlee não só apresenta os elementos que considera essenciais em seu conceito-geral de desobediência civil, como também dialoga especialmente com a definição de Rawls, cuja definição de desobediência civil é fechada.¹²¹ Brownlee dedica, então, algumas seções de sua obra para demonstrar os motivos por não abordar em seu conceito de desobediência civil os elementos centrais da definição de Rawls, quais sejam, a violência, publicidade e a disponibilidade por aceitar a punição.

a. Violência

Continuando a análise dos desdobramentos do conceito-geral de desobediência civil, Brownlee dedica algumas páginas para tratar especificamente do recurso à violência nestes atos de desobediência. Normalmente, o recurso à violência é prontamente refutada pela literatura por se considerar que a comunicação de uma insatisfação através de atos violentos não pode ser levada a sério, por não expressar uma mensagem de forma racional.¹²² Brownlee, no entanto, discorda da presunção de que a violência é um ato não civilizado por três razões.

Em primeiro lugar, considera o conceito de violência como algo amplo, o que pode ir desde ações que se aproximam de ameaças (como um tiro para o alto, com uma arma de fogo¹²³) até atos que sejam efetivamente violentos. Por esse motivo, a

¹²¹ Para Rawls, a desobediência civil é "(...) ato político público, não violento e consciente contra a lei, realizado com o fim de provocar uma mudança nas leis ou nas políticas do governo. Ao agir assim, quem o pratica se dirige ao senso de justiça da maioria da comunidade e declara que, em sua opinião ponderada, os princípios da cooperação social entre homens livres e iguais não estão sendo respeitados" RAWLS. Ob. cit., p. 455.

¹²² BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 21.

¹²³ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. pp. 21-22.

autora entende que classificar todas as condutas violentas realizadas na desobediência civil como uma única categoria de atos não civilizados é equivocado.

Em segundo lugar, de acordo com a autora, existem preocupações mais relevantes, e que superam o entendimento – muitas vezes simplista – de que a violência é um ato não civilizado, como a questão estratégica, por exemplo. Um ato violento pode atrair a atenção para si, afastando os interlocutores das pautas realmente centrais e reivindicadas pelo movimento de desobediência civil. Joseph Raz, autor frequentemente mencionado por Brownlee, aponta, nesse sentido, que há atos supostamente pacíficos ou, ainda, medidas legais que apresentam um potencial de dano maior do que um ato violento.¹²⁴

Um exemplo que esclarece a afirmação acima seria o de uma greve de motoristas de ambulância. Neste caso, a manifestação se dá pela omissão em se realizar determinada função – o que à primeira vista não é entendido como um ato violento. Esta abstenção pode acarretar, no entanto, a morte de um paciente não socorrido a tempo por esse motivo.¹²⁵ De todo modo, Raz faz a ressalva de que a escolha por atos violentos devem ser sempre ponderados para que o recurso à violência como uma estratégia para a desobediência civil não seja banalizado, podendo gerar antipatia por parte da audiência, afastando aliados em potencial.¹²⁶

Por fim, Brownlee ressalta que a violência não é antônima de civilidade, mas o são a barbaridade, o desrespeito, a depravação.¹²⁷ Para ela, ações tais como atos de desobediência civil, realizadas à margem da lei, não devem ser presumidamente consideradas irracionais e não civilizadas, pois o ordenamento jurídico não só não é a única norma vigente na sociedade, como também não mede a força das demais normas existentes. Merece destaque, nesse sentido, a existência de convenções morais existentes na sociedade e que são respeitadas sem a necessidade de cumprimento forçado (um exemplo, nesse sentido, seriam as filas).

b. Publicidade do ato e disposição em aceitar a punição

Estes elementos estão relacionados e, por isso, são tratados em conjunto pela autora. A publicidade, para Brownlee, também não é um requisito obrigatório para a desobediência civil, pois pode por em risco a efetividade um movimento, seja pelo fato

¹²⁴ RAZ. Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, apud BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 22.

¹²⁵ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 22.

¹²⁶ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 22.

¹²⁷ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 22.

de o elemento-surpresa ser necessário para comunicação da mensagem desejada, seja pelo fato de as autoridades buscarem meios de impedi-lo de acontecer.

A disponibilidade em aceitar a punição, por sua vez, também é uma condição refutada pela autora como imprescindível. A punição pode ser, por exemplo, o próprio objeto contra o qual se insurge o indivíduo que recorre à desobediência civil, o que demonstra que não estar disposto a ser punido não é manifestação de ausência de civilidade.

Dito isso, todos os conceitos e ideias até apresentados podem ser sintetizados e relacionados na seguinte passagem:

“(...) sustento que a desobediência civil não se pauta na não-violência, na publicidade e na disponibilidade em aceitar a punição, mas nas motivações comunicativas e conscientes daqueles que praticam a desobediência civil. **A desobediência civil envolve não só uma violação comunicada, mas uma violação do direito comunicativa e conscientemente motivada por um comprometimento moral firme, sincero, sério – ainda que possivelmente equivocado**”.¹²⁸

Nas próximas seções, abordarei os conceitos da convicção e da consciência. Não me proponho, neste trabalho, a esgotar a discussão sobre de que forma estes elementos podem ser avaliados em um caso prático. Ainda que seja bastante relevante, será tratada em uma segunda etapa do desenvolvimento deste estudo.

2.3.Convicção

A convicção moral consciente pode motivar um indivíduo a recorrer à desobediência civil e a outras formas de desobediência comunicativa. Para Brownlee, a convicção se pauta no pressuposto de que os seres humanos são indivíduos racionais e sentimentais, capazes de se vincular a comprometermos morais. A partir desta premissa, a autora define a *convicção moral consciente (conscientious moral conviction)*,¹²⁹ que pressupõe um comprometimento moral sincero e sério,¹³⁰ sintetizado pela autora no conceito da conscienciosidade.

¹²⁸ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 24.

¹²⁹ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 16.

¹³⁰ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 16.

É possível identificarmos influência do trabalho de Rawls no conceito de *convicção moral consciente*¹³¹ que, como mencionado acima, trata-se de um comprometimento moral sincero e sério e pode ser o fundamento para a desobediência civil, desde que observados os requisitos postos pelo princípio da comunicação conscienciosa. Da mesma forma, Rawls define o ato de desobediência civil como “politicamente consciencioso e sincero, e que tem o intuito de atingir o senso público de justiça”.¹³² Observamos, então, que a conscienciosidade e a sinceridade de Rawls, e a convicção de Brownlee, são pontos comuns entre as teorias.

2.3.1. A conscienciosidade

A conscienciosidade é, para Brownlee, critério central para análise e resposta à violação da lei por cidadãos baseada na convicção, pois separa as desobediências conscientemente motivadas das ofensas comuns, cuja fundamentação não foi formada por um processo de motivação consciente. Nesse sentido, a autora destaca que as pessoas que recorrem à desobediência civil de forma conscientemente motivada, fazem-no de forma profundamente engajada e cientes de seus atos, ao contrário dos demais indivíduos que violam determinada norma para protestar. A conscienciosidade revela-se, portanto, em um estado de profundo engajamento do indivíduo.

Ressalte-se que a valoração do mérito desta consistência moral – se é correto ou equivocado – não é relevante neste caso. O respeito às desobediências conscientemente motivadas se deve pelo simples fato de apresentarem um comprometimento moral sério e sincero, o que se dá pela observância do princípio comunicativo da conscienciosidade, que será tratado mais a frente.

Assim, um ato de desobediência civil baseado e fundamentado pela convicção deve se pautar, necessariamente, na conscienciosidade apresentada pelo indivíduo que pratica o ato desobediente. Nesse sentido, faz-se pertinente o questionamento sobre como a conscienciosidade de um indivíduo pode ser analisada e verificada. Para tanto, Brownlee cria o princípio comunicativo da conscienciosidade.

2.3.2. O princípio comunicativo da conscienciosidade

Como já mencionado, a convicção moral consciente deve se pautar, ao motivar atos de desobediência civil, no princípio da comunicação conscienciosa, ou princípio comunicativo da conscienciosidade. Este princípio é composto por quatro elementos, que devem ser necessariamente observados quando se pretende recorrer a formas de

¹³¹ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 16.

¹³² RAWLS. Ob. cit., p. 456.

desobediência comunicativa fundamentadas pela convicção. São eles: consistência; universalidade; não-evasão; e esforço em dialogar.

Brownlee trabalha o conceito de cada uma destas definições através da seguinte lógica: em primeiro lugar, apresenta a respectiva definição. Após, traz possíveis questionamentos em relação à condição analisada e dialoga com estes questionamentos. Este segundo momento é bastante enriquecedor para a discussão da teoria, uma vez que nos leva a compreender melhor a sua complexidade, motivo pelo qual abordaremos alguns deles neste trabalho.

Brownlee entende que, em função do princípio da comunicação conscienciosa, dentre os indivíduos que praticam desobediências comunicativas e não-comunicativas, o mais consciente é o que pratica a desobediência civil. Esta forma de desobediência é a que reúne e observa de forma mais completa as condições de consistência, universalidade, não-evasão e diálogo.¹³³ Assim, a desobediência civil comunica uma convicção de forma séria e sincera, ao contrário da desobediência assistiva e da objeção pessoal, as quais não demonstram o comprometimento moral de forma clara.

No entanto, a autora ressalta que a verificação destes critérios em relação a uma conduta deve ser feita de forma crítica: a mera afirmação de comprometimento em relação a uma convicção não deve ser confundida com a existência de fato de uma convicção nos moldes da teoria elaborada por Brownlee.¹³⁴ Passemos, agora, a analisar estas condições.

a. Consistência

A consistência se dá a partir do alinhamento, na maior medida possível, entre motivações, julgamentos e condutas adotadas nas práticas dos desobedientes. Isto significa que devemos procurar evitar condutas que contradigam nossa convicção moral e sincera, e agir de acordo com o que entendemos estar em consonância com esta mesma convicção.¹³⁵

É possível depreender, a partir da teoria de Brownlee, a consistência como um desdobramento natural (mas não necessariamente simples de ser executado) da convicção. O próprio significado da palavra convicção¹³⁶ nos permite chegar a esta

¹³³ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 46.

¹³⁴ A aceitabilidade de uma convicção moral é tratada em capítulos seguintes da obra *Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience*.

¹³⁵ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 30.

¹³⁶ "Crença ou opinião firme a respeito de algo, **com base em provas ou razões íntimas**, ou com o resultado da influência ou persuasão de outrem; convencimento <c. religiosa> <c. política> <c. mor

conclusão. O termo não é só definido como uma mera crença, mas como um estado de certeza firme, por ser fundado em evidências. Assim, esta coerência interna do indivíduo convicto deverá ser refletida em suas condutas – seja nas motivações de suas ações, seja em seus julgamentos em relação a condutas de terceiros.

Por outro lado, Brownlee reconhece que a consistência deve se dar na maior extensão a que somos capazes.¹³⁷ Na prática, haverá diversos impedimentos psicológicos, físicos e circunstanciais que dificultarão ou impossibilitarão a concretização da consistência – no todo ou em parte.

As dificuldades circunstanciais merecem, nesse sentido, destaque, pois muitas vezes implicarão no conflito entre duas convicções. Brownlee dá o exemplo¹³⁸ de uma mulher cuja filha muito está doente e, para buscar ajuda, precisará sair em público com sua cabeça descoberta (sendo que é convicta de que não deve ser vista, por homens, com a cabeça descoberta).

Neste caso, deve-se avaliar, se é possível conciliar estas duas convicções - cuidar de sua filha da melhor maneira possível e não ter seu rosto e cabelos vistos por homens. De acordo com Brownlee, um cenário possível seria o de a mulher optar em andar em uma rua majoritariamente ocupada por mulheres. Nesse caso, escolher uma conduta em detrimento de outra não demonstra, segundo Brownlee, que esta teoria é falha. Uma convicção pode ser séria e sincera, ainda que haja casos em que não seja possível se comportar de forma completamente consistente diante dela – daí a ressalva de praticá-la na máxima medida possível. Isto é o que a autora chama de *sensibilidade ao contexto* (*context sensitivity*)¹³⁹.

b. Universalidade

A condição da universalidade nos leva a fazer julgamentos universais. Isto significa que o julgamento de um determinado ato ou comportamento deverá valer não só para a pessoa que possui a convicção moral consciente, mas também para todas as demais pessoas que estejam nas mesmas circunstâncias.

ais". CONVICÇÃO. In: DICIONÁRIO da Língua Portuguesa. Brasil: Houaiss. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#3>. Acesso em: 5 set. 2018.

¹³⁷ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 31.

¹³⁸ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 32.

¹³⁹ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 32.

No entanto, a leitura do conceito de universalidade deve ser guiada por um *juízo moral levando o contexto em consideração*.¹⁴⁰ Este contexto pode ser analisado sob os seguintes aspectos: (i) sensibilidade ao contexto e (ii) pluralismo moral. Caso estes dois requisitos não sejam observados, o juízo universal passa a ser um dogma, reduzindo-se a uma perspectiva passionalmente direcionada.¹⁴¹ Assim, os juízos serão moralmente universais na medida em que a situação permitir: um ato pode ser julgado, à primeira vista, como moralmente equivocado, mas, levando em conta todos os demais aspectos verificados na situação, o juízo moral é alterado.

Essa interpretação pode abrir espaço para alguns questionamentos, com os quais Brownlee se propõe a dialogar e refutar. O principal deles é o de que há quem possa entender que a sensibilidade ao contexto e o pluralismo moral põem em xeque a profundidade e a sinceridade da convicção moral consciente de determinado indivíduo ou grupo social. Em resposta, a autora afirma que é necessário diferenciar a conscienciosidade como pressuposto de uma concepção moral séria das demais formas de convicção (como, por exemplo, a social).¹⁴²

Brownlee trabalha com o questionamento acima com o seguinte exemplo: considere uma comunidade em que seus membros plantam uma flor para cada parente que vem a falecer. É possível que uma integrante desta comunidade considere que um sujeito que não é membro desta mesma comunidade esteja equivocado em não realizar esta prática. Mas isso não significa entender essa abstenção como algo moralmente errado.

A universalidade depende do conteúdo, da premissa deste juízo – estando aí a chave para sua compreensão: a convicção de que não plantar uma flor para um ente que faleceu é moralmente errado é diferente daquela em que se acredita que membros desta comunidade devem seguir este ritual.

Neste caso, apenas o segundo posicionamento revela convicção moral consciente, uma vez que comporta os dois requisitos de universalidade: pode ser aplicada a todos os indivíduos porque é construída de forma sensível ao contexto e não pressupõe a imposição da noção individual de moral àqueles que não compartilham dela. Por este motivo, a universalidade é tão complexa; é necessário que

¹⁴⁰ Na versão original, Brownlee define este requisito como *pro tanto moral judgement*. No intuito de tornar este conceito mais acessível, optei por chamá-lo de *juízo moral levando o contexto em consideração*. BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 35.

¹⁴¹ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 35.

¹⁴² BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 35.

a convicção seja compatível (ou sensível) ao contexto e que possa existir em uma sociedade que apresenta convicções morais plurais.

Caso o julgamento decorrente de uma suposta convicção deva ser adaptado caso a caso, não será possível reconhecer nesta convicção os aspectos de seriedade e sinceridade intrínsecos à conscienciosidade, o que impede, segundo a teoria de Brownlee, o recurso à desobediência civil.¹⁴³

c. Não-evasão

Não-evadir em relação a uma convicção significa aceitar os riscos decorrentes de um determinado comprometimento e, ainda, tomar iniciativas (indo além da abstenção, portanto) para defendê-lo, demonstrando a conscienciosidade de suas ações.¹⁴⁴

Assim como as condições de consistência e universalidade, a não-evasão também é sensível ao contexto. Ainda que manifestar a seriedade de sua convicção seja essencial, este elemento não requer que esta demonstração se dê a todo momento e em relação a todas as pessoas com as quais convivemos. Não é necessário, também nesse sentido, a apresentação de condutas que nos tragam efetivamente a punição.

Em contraposição a este conceito, Brownlee levanta três possíveis críticas à não-evasão. Um primeiro questionamento seria, então, em relação à necessidade em se aceitar fardos, encargos, para “honrar nossas convicções”. Em resposta, a autora ressalta que, ao comunicarmos nossas convicções para outros indivíduos, haverá encargos a serem enfrentados, inevitavelmente. No mínimo, isto abalará alguns de nossos interesses – o que pode ir desde o estremecimento em nossa relação com os interlocutores do ato, até o enfrentamento de uma punição.

Esta conclusão, por sua vez, nos leva à indagação seguinte: deve-se optar sempre pela opção de comunicação que nos traga uma consequência mais gravosa? Não necessariamente. No entanto, aceitar encargos mais severos é uma forma de reforçar a seriedade e o comprometimento com a convicção comunicada.¹⁴⁵

No que se refere à convivência em sociedade, a condição de não-evasão pode nos levar, a princípio, a crer que as condutas individuais, e que possuem impacto somente sobre nós mesmos, já demonstram suficientemente a seriedade da convicção. Brownlee, entretanto, afirma que a não-evasão pode implicar também em interferirmos

¹⁴³ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 37.

¹⁴⁴ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 37.

¹⁴⁵ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 38.

na conduta de terceiros, sendo os casos em que esta interferência será necessária determinados através do exame da universalidade. A autora não deixa mais claro, no entanto, por que motivo esta interferência pode ser necessária.

O terceiro ponto com o qual Brownlee dialoga parte da premissa de que a condição de não-evasão é também sensível ao conteúdo e, por isso, algumas condutas poderão ser arbitrariamente entendidas como não conscientes¹⁴⁶ – o que, por consequência, descarta a relação do ato com a desobediência civil. Alguns críticos poderão considerar, portanto, que a não-evasão é uma condição que na realidade traz parcialidade à análise da conduta enquanto ato de desobediência civil.

Um exemplo trazido por Brownlee e que facilita a compreensão deste questionamento é o da ermitã,¹⁴⁷ cuja convicção é a de aversão ao convívio social. Entretanto, para chegar à condição de optar por esta convicção, recebeu cuidados ao longo de sua infância e, por isso, dependeu da relação com outros seres humanos. É possível entender que as convicções desta ermitã não observam a condição de não-evasão porque não consideram que, em algum momento, a convivência com outros seres humanos foi necessária – assim, houve uma evasão em relação aos riscos decorrentes da vida de ermitã.

Brownlee reconhece que a análise da não-evasão está centrada no comportamento apresentado pelo indivíduo, que não deve modificar nem sua conduta, nem suas convicções, para que não sofra determinada consequência. Nesse sentido, um aspecto importante para entendermos a não-evasão está no fato de que seu cerne não está no que a pessoa efetivamente acredita, mas sim como age em relação a este posicionamento.¹⁴⁸ Assim, se a ermitã não se evade aos riscos de sua convicção a partir do momento em que optou por se comprometer em relação a ela, então é possível concluir que ela cumpre com esta condição.

A autora conclui a análise sobre a não-evasão destacando três limitações que as manifestações baseadas na convicção moral devem se basear: não devem ser autoritárias; devem ser minimamente coerentes; e devem estar sempre de acordo com o requisito de julgamento universal.

d. Diálogo

O esforço em dialogar é a última das quatro condições do princípio comunicativo da conscienciosidade. Segundo ela, o desobediente deve se empenhar

¹⁴⁶ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 39.

¹⁴⁷ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. pp. 39-40.

¹⁴⁸ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 40.

em dialogar com sua audiência, levando-a a se posicionar de modo informado em relação ao mérito do ato de desobediência civil – podendo decidir, assim, por apoiá-lo ou rejeitá-lo.¹⁴⁹

A disposição em dialogar se reflete de duas formas: demonstra que não só acreditamos em nossas convicções, como também apresentamos fundamentos bem-embasados e racionais em relação a ela; e evidencia, além disso, que estamos tão seguros e firmes em relação à nossa convicção, que estamos dispostos a dialogar e assumimos os riscos por defendê-la. Em suma, reitera a sinceridade e a seriedade de convicção.¹⁵⁰

Esta visão se contrapõe à de Rawls que, por sua vez, ressalta em vários momentos ao longo de sua teoria a necessidade de o desobediente agir buscando demonstrar que, ainda que esteja à margem da lei, possui uma relação de fidelidade em relação a ela.¹⁵¹ Por isto, a comunicação destes com sua audiência deve buscar convencer a maioria de que determinada lei ou política desrespeita os princípios de justiça vigentes, mas sempre ressaltando sua fidelidade em relação a esta lei. Ainda, esta fidelidade à lei é o que demonstra à audiência, segundo Rawls, que o ato é politicamente consciencioso e sincero. Isto restringe a prática da desobediência civil de algumas formas.

A visão moral pluralista de Brownlee, por sua vez, entende que todos podem ter suas próprias convicções (ou, ainda, consciência em relação a um valor), desde que levem o outro à sério e busquem comunicá-las considerando seu interlocutor como um agente racional, comportamento que a demonstra a seriedade e o comprometimento moral em relação ao ato, o qual também é de relevância central para sua teoria.

No entanto, a autora entende que existem outras formas de demonstrá-los. Preocupa-se mais com o estabelecimento de um diálogo, entre os indivíduos de uma sociedade, em condições de tolerância e respeito. Ao contrário do que defende Rawls, para Brownlee, a fidelidade à lei não é um requisito para comunicação do repúdio a uma norma ou política.

Seguindo, para Brownlee, a condição do diálogo pode ser questionada sob algumas perspectivas. A primeira delas está no fato de que haverá, possivelmente,

¹⁴⁹ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 42.

¹⁵⁰ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 42.

¹⁵¹ RAWLS. Ob. cit., pp. 468-467.

formas melhores de se demonstrar a convicção¹⁵² - tais como a sabotagem. No entanto, o diálogo é a forma de comunicação que melhor considera o interlocutor como sujeito racional, capaz de compreender as motivações de uma determinada convicção para, então, poder avaliar o mérito de uma determinada conduta de desobediência civil. Este respeito e preocupação com o interlocutor não são prioridade nas demais formas de comunicação.

Além disso, é possível que se pontue que o esforço em dialogar pode ser mais desgastante para indivíduos que apresentem opiniões muito impopulares ou, ainda, que estejam em alguma condição de vulnerabilidade que os impeça de participar deste diálogo em condição de paridade com seu interlocutor, sem que isto lhe traga custos pessoais altos.¹⁵³

Brownlee responde a este questionamento ressaltando que o esforço em dialogar não demanda tanto quanto parece.¹⁵⁴ É necessário que o indivíduo busque comunicar suas motivações levando em conta o contexto em que se insere. Assim, não é preciso obter sucesso na comunicação, mas apenas buscar fazê-la da melhor maneira possível, planejando a escolha dos meios e formas de comunicação mais adequados à situação em que se encontra. Portanto, o esforço em dialogar também é sensível ao contexto na medida em que não desconsidera vulnerabilidades dos desobedientes.¹⁵⁵

Por fim, importante ressaltar que princípio da comunicação consciente é neutro quanto ao mérito do ato motivado pela conscienciosidade, motivo pelo qual a convicção é apontada por Brownlee como uma propriedade meramente descritiva. A avaliação do mérito é um aspecto relevante no âmbito da consciência, por outro lado, cujo conceito será trabalhado a seguir.

¹⁵² BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 42.

¹⁵³ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 43.

¹⁵⁴ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 44.

¹⁵⁵ Ainda nesse sentido, Brownlee analisa duas situações em que fragilidade de uma determinada minoria aparentemente colide com a condição de diálogo. Na primeira delas, é possível que, ainda que determinada pauta seja relevante, não se deseje expor e lutar por ela. A autora ilustra esta hipótese com o exemplo das leis que proibiam a sodomia na África do Sul, cuja repúdio poderia ser considerado uma exposição indesejada para alguns. Ainda que seja um sacrifício, Brownlee considera que iniciativas contra tais leis trariam benefícios para a sociedade ao promover a liberdade da minoria por elas oprimida.

A segunda circunstância dá-se quando uma pauta relacionada a uma minoria, e considerada por ela um assunto privado, é levada à discussão pública. Neste caso, a minoria tem o direito de se opor, apresentando a convicção de que aquela questão possui caráter privado. Este último cenário trata, sobretudo, da liberdade de expressão. BROWNLEE, 2012, Ob. cit. pp. 45-46.

2.4. Consciência

Segundo Brownlee, a consciência é “um conjunto de habilidades morais práticas que se originam de um conhecimento interno do funcionamento de nossos próprios coração e mente”.¹⁵⁶ Trata-se de conceito bastante abstrato, mas tentaremos atribuir maior concretude a ele nos parágrafos a seguir. A consciência se distingue da convicção moral consciente porque não só apenas leva a moral com seriedade e sinceridade (sendo composta também pela conscienciosidade, portanto), como também apresenta em uma capacidade de resposta genuína, autoconsciente e moral. Esta capacidade reativa será melhor explicada mais à frente.

Ainda, a autora destaca que o seu entendimento de consciência se pauta no enquadramento moral pluralista. Por esse motivo, Brownlee distancia seu conceito de consciência tanto do recorte amoral, quanto do religioso.¹⁵⁷

Ainda no esforço de especificar o conceito, Brownlee destaca os embasamentos conceitual e empírico que influenciaram sua concepção de consciência. O primeiro consiste no conhecimento interno, que pressupõe a ausência de qualquer autoengano com relação à qualidade moral de nossas crenças, intenções e ações. O segundo, por sua vez, parte da evidência que as ciências vêm consolidando, a qual sugere que pessoas que buscam estados saudáveis de corpo e mente, apresentam não só uma percepção mais refinada de como estes mecanismos funcionam, como também possuem memória e percepção da realidade mais aprimoradas.¹⁵⁸

Por fim, a autora afirma que a consciência não é um recurso ao qual qualquer indivíduo pode recorrer, em qualquer situação, como forma de proteção contra eventual reprovação de um comportamento ou para se esquivar da obrigação de cumprir determinada norma.

2.4.1. Consciência, pluralismo moral e o diálogo com as concepções monista objetivista e subjetivista

Como já mencionado, o conceito de consciência acima apresentado é analisado por Brownlee em um enquadramento moral pluralista. Por este motivo, a autora refuta as demais concepções de consciência trabalhadas pela filosofia, as quais não partem deste pressuposto. Não nos aprofundaremos nas razões específicas que levam a autora a essa conclusão.

¹⁵⁶ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 52.

¹⁵⁷ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. pp. 56-57.

¹⁵⁸ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. pp. 52-53.

Entretanto, Brownlee reconhece a relevância e a contribuição das correntes monista objetivista e subjetivista sobre a consciência. Por esse motivo, propõe-se a discutir de que forma a sua concepção de consciência baseada em uma moral pluralista não só possui o diferencial da capacidade de resposta moral, como também contempla três noções importantes trazidas por estas correntes.¹⁵⁹

A primeira delas consiste na pressão psicológica que a “voz da consciência” ocasiona e que nos põe o dever de fazer o que consideramos correto. Em síntese, trata-se de um sentimento de dever. A segunda, que decorre da primeira, é chamada por Brownlee de *demanda da consciência* (*demand of conscience*¹⁶⁰), e se revela através da motivação provocada por esta pressão psicológica da consciência nos leva a agir. Resumirei-a como a propensão em agir. Enfim, a terceira noção, a *consciência limpa* (*clear conscience*¹⁶¹), é o estado de satisfação moral que atingimos após termos agido de acordo com o dever posto pela consciência.

Tendo estes aspectos em vista, o enquadramento moral pluralista poderia ser questionado, segundo Brownlee, por impedir que a consciência definida segundo este pressuposto plural cumpra as funções úteis da consciência definidas segundo as correntes clássicas, previstas pelas concepções monista objetiva e subjetivista, de “classificar opções, guiar, (...), impulsionar, julgar”¹⁶² determinada situação de acordo com as escolhas morais de uma pessoa. Brownlee se propõe, então, a dialogar com estes questionamentos.

Consciência e pluralismo moral

A autora dialoga com o questionamento acima apresentado para desenvolver seu conceito de consciência. Busca demonstrar que sua concepção de consciência não só contempla as três ideias que apontei na seção anterior, como também reforçam sua relação com o enquadramento moral pluralista. Assim, Brownlee apresenta as três características de seu conceito de consciência, as quais sintetiza nas seguintes expressões: demandas da consciência, *escopo para falhas* (*scope for error*¹⁶³) e consciência limpa. Discutiremos a seguir os conceitos de demandas da consciência,

¹⁵⁹ Brownlee apresenta, a seguir, as concepções da “voz da consciência”, da demanda da consciência e da consciência limpa, segundo a perspectiva de cada uma das correntes. Aqui, não trataremos destas noções, tendo em vista que nos importa mais a análise de como a autora se apropria destes conceitos e os desenvolve dentro de sua teoria da consciência.

¹⁶⁰ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 60.

¹⁶¹ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 60.

¹⁶² BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 60.

¹⁶³ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 62.

escopo para erros e consciência, estabelecendo a relação entre estes elementos e o enquadramento moral pluralista, verificando, ao final, como impactam o conceito de consciência que apresentamos acima.

a. Demandas da consciência

Apresentar consciência, em um grau adequado, em relação a uma determinada questão, na concepção de Brownlee, significa estar apto a tomar decisões referentes a esta questão de modo informado, pois esta escolha passou por um processo de ponderação consciente, no qual a legitimidade de outros valores distintos daqueles que escolhemos como nossos foi também avaliada. Em outras palavras, as demandas de consciência motivam determinadas condutas, mas a consciência nos leva a ponderar nossos valores em relação aos demais valores existentes, também legítimos e, após esta avaliação, tomamos uma decisão informada em agir ou deixar de agir.

Para chegar a esta conclusão, a autora desenvolve raciocínio que envolve o papel e a responsabilidade morais. Um indivíduo verdadeiramente consciente é levado, por sua consciência, a escolher um determinado valor dentre os demais existentes. A partir disso, assume um *papel moral* (*moral role*¹⁶⁴) e, quando se depara com determinadas situações, a escolha previamente feita em relação um valor específico dará origem a *demandas morais*, para que este indivíduo tome atitudes diante de determinados estímulos (encontra-se, aí, a capacidade de resposta moral e autoconsciente). Esta tendência em agir diante destes estímulos decorre da *responsabilidade moral* (*moral responsibility*¹⁶⁵).

Assim, ao escolhermos um determinado valor, assumimos um papel moral do qual decorrem responsabilidades morais, que, por sua vez, fundamentam demandas morais as quais, por fim, criam uma pressão psicológica que buscamos aliviar através do cumprimento dos deveres morais postos.

Em um enquadramento moral pluralista, a consciência atua como uma espécie de filtro em relação a estas tendências, uma vez que nos leva a uma análise da situação e dos valores envolvidos sob uma perspectiva influenciada por valores de tolerância e respeito. Após essa ponderação, é possível decidir, de forma informada, por proceder ou não com o ato inicialmente pretendido.

Esta avaliação em relação ao mérito da motivação do ato que pretendemos realizar é o que diferencia a consciência da mera conscienciosidade (e, por consequência, da convicção), a qual é meramente descritiva (lembrando que, na

¹⁶⁴ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 63.

¹⁶⁵ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 62.

hipótese da convicção moral, o ato desobediente é justificado com a observação apenas as quatro faces do princípio comunicativo da conscienciosidade, independentemente do mérito).

b. Escopo para falhas

Ainda que a consciência exija um certo patamar minimamente qualificado de capacidade de resposta moral e autoconsciente, Brownlee reconhece que os atos pautados na consciência podem ser, em alguns casos, equivocados. Por esse motivo, o indivíduo que se entende como consciente deve admitir uma certa margem de erro, o que a autora chama de escopo para falhas. Dentre as falhas que podem ocorrer nesse sentido, Brownlee exemplifica algumas possibilidades, mas não nos aprofundaremos nesta discussão.

c. Consciência limpa

Para Brownlee, o senso comum normalmente atribui à consciência limpa um significado ambíguo e paradoxal. Por um lado, a consciência é considerada como um elemento indissociado de nosso corpo. Por outro, manifesta-se como se fosse uma entidade, separada de nosso corpo. A autora entende a consciência, entretanto, como um *senso de conforto moral* (*sense of moral ease*¹⁶⁶) e de ausência de auto-censura.

É possível questionar, entretanto, se o estado de conforto moral e ausência de auto-censura é possível no contexto do pluralismo moral. Ao sabermos que optamos por determinado valor, mas deixamos de lado outros, igualmente legítimos do ponto de vista moral, é possível concluir que a sensação de consciência limpa jamais, ou raramente, torna-se uma realidade.

Brownlee rejeita esta perspectiva. A consciência limpa nada mais é do que o estado em que se está bem consigo mesmo, justificadamente. Agimos conscientemente e observamos o cumprimento de nossas responsabilidades morais. Os valores legitimados pelo pluralismo moral, mas que não são contemplados por nossos papel e responsabilidade morais, não devem impedir com que tenhamos uma consciência limpa.

A consciência e o ideal

O conceito de consciência, o modo como ela se relaciona com nossos papéis e responsabilidades morais, bem como com a noção de capacidade de resposta moral e autoconsciente são explicados pela noção do ideal.

¹⁶⁶ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 70.

Brownlee indica, nesse sentido, os dois motivos principais que a levam abordar a noção de ideal para desenvolver esta análise. Este conceito é central para compreensão do que é a consciência, uma vez que os ideais frequentemente influenciam as decisões tomadas no sentido de desobedecer uma lei. Além disso, o conceito de ideal nos permite diferenciar a consciência da virtude perfeita (*perfect virtue*¹⁶⁷), um conceito que pode até estar relacionado à consciência, mas que não se confunde com ele – distinção que a autora busca deixar bastante evidente.

Nesse sentido, o ideal pode ser definido como “o que é objeto da nossa mais alta aspiração, alvo supremo de ambições ou afetos, ou, ainda, como modelo de perfeição ou excelência (que só existe na imaginação); perfeição suprema”¹⁶⁸. O ideal, portanto, pode ser entendido como uma pretensão que direciona o desenvolvimento de comportamentos, crenças, relacionamentos, caráter no geral, etc.¹⁶⁹

Para a autora, há quatro elementos relacionados à noção de ideal: (i) abrangência; (ii) aspiração; (iii) cultivação constitutiva; e (iv) não-exequibilidade¹⁷⁰. Estes elementos distinguem o ideal dos valores comuns (*ordinary values*¹⁷¹) e objetivos comuns (*ordinary goals*¹⁷²). Ainda, estes quatro elementos também são características do que é a consciência em sua melhor forma de desenvolvimento.

Assim, o primeiro elemento se revela em nossos comportamentos, pensamentos e sensações. Quando nos identificamos com um ideal, este se estende sobre todas estas formas de vivência. Por isso, o ideal se diferencia de um objetivo comum, pois impacta nossa vida de forma abrangente; ao contrário do que ocorre com propósitos cotidianos, os quais podem até estar contidos dentro de um ideal, mas não se equiparam a ele.

Além de nos influenciar, direcionando nosso comportamento no geral, o ideal também apresenta caráter aspiracional, tornando-se “objeto de nossa aspiração”. Isto

¹⁶⁷ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 72.

¹⁶⁸ IDEAL. In: DICIONÁRIO da Língua Portuguesa. Brasil: Houaiss. Disponível em: <https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>. Acesso em: 17 set. 2018.

¹⁶⁹ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 72.

¹⁷⁰ Originalmente: *comprehensiveness*, *aspirationality*, *constitutive cultivation and unrealizability*. Para tratar destes elementos, Brownlee parte das contribuições de C. A. J. Coady and Nicholas Rescher. BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 73.

¹⁷¹ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 73.

¹⁷² BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 73.

também distingue o ideal de um objetivo comum, pois este é de concretização mais simples, palpável.

Por ser esta referência cuja aproximação é pretendida, podemos entender a dedicação em promover um ideal de modo constitutivo, nesse sentido, como um comprometimento incorporado a nossa vida e que nos leva a promover atos conexos e interdependentes entre si, os quais apresentam a intenção de concretizar ou, ao menos, de se aproximar do ideal que se tem como referência.¹⁷³ Por fim, a não-exequibilidade se revela no fato de o ideal ser um objetivo de realização difícil - caso contrário, não seria um ideal.

3. Conclusão

A desobediência civil, segundo Brownlee, apresenta um conceito fluido, sem requisitos taxativos, e pode ser fundamentada de duas formas: pela convicção moral consciente ou pela consciência. Cada uma delas gera um direito moral à desobediência civil; portanto, estes fundamentos se aplicam a casos distintos e são independentes entre si.

A primeira delas, a convicção, consiste em um comprometimento moral sério e sincero (a conscienciosidade), cuja análise independe do mérito. Por este motivo, a verificação da convicção relativa a um ato de desobediência civil é meramente descritiva, pois deve atender às quatro condições do princípio comunicativo da conscienciosidade: consistência, julgamento universal, não-evasão e diálogo. A conscienciosidade observada na convicção moral consciente, além disso, é um dos componentes da consciência, segunda hipótese de fundamentação da desobediência civil.

A consciência, por sua vez, está diretamente relacionada ao mérito do ato e, por isso, apresenta caráter avaliativo. A partir dos valores morais com os quais nos comprometemos, manifestamos a consciência ao realizarmos um juízo de valor, que se revela através de uma análise da situação através das demandas de nossa consciência, como um reflexo do papel moral que assumimos e que nos impulsiona a obter uma consciência limpa.

Este impulso, no entanto, é contido pelo reconhecimento de que consciência pode ser formada de forma equivocada, bem como pelo enquadramento moral pluralista, que funciona como um filtro de ações. Assim, o diferencial de Brownlee em relação às teorias clássicas da filosofia que discutem o conceito de consciência, está

¹⁷³ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 75.

em identificar nela uma capacidade de resposta ponderada, moral e autoconsciente em relação a determinados estímulos de caráter moral.

A consciência não se confunde com a virtude. Por ser uma aspiração, Brownlee a identifica com o conceito de ideal, o que se revela através das demandas da consciência e da consciência limpa (que refletem o caráter aspiracional da consciência), mas que também admite um escopo para falhas (que, por sua vez, reflete a não exequibilidade).

Vale destacar a distinção entre a convicção e a consciência. Em primeiro lugar, Brownlee aponta que a convicção é meramente descritiva (caracteriza-se a partir da presença das quatro condições do princípio comunicativo da conscienciosidade), enquanto a consciência é uma propriedade avaliativa.¹⁷⁴ De maneira simplificada, é possível dizer que a convicção é caracterizada pela presença da conscienciosidade; a consciência, por sua vez, apresenta não só a conscienciosidade, como também uma capacidade de resposta moral, que pode ser entendida, a meu ver, como uma habilidade de ponderação e avaliação da necessidade de se recorrer à desobediência civil.

Por fim, vale destacar que Brownlee apresenta em sua obra diversas referências diretas e indiretas a John Rawls. De forma breve, as teorias apresentam divergências em relação ao conceito de desobediência civil, uma vez que Brownlee não apenas constrói um conceito aberto, como também nega a imprescindibilidade de elementos que Rawls estabelece como necessários em sua definição (quais sejam, a não-violência, a publicidade e a disposição em se aceitar punição). Por outro lado, apresentam um entendimento próximo no que se refere à necessidade de o ato de desobediência civil revelar um comprometimento sério e sincero. Divergem, entretanto, na forma como este comprometimento pode ser demonstrado: para Rawls, deve-se demonstrar fidelidade à lei; para Brownlee, deve-se tomar o interlocutor como um sujeito racional e capaz de diálogo.

4. Bibliografia

BROWNLEE, Kimberly. *Conscience and Conviction: The Case for Civil Disobedience*, Oxford: Oxford University Press, 2012.

BROWNLEE, Kimberley, "Civil Disobedience", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2017 Edition), Edward N. Zalta (ed.), URL =

¹⁷⁴ BROWNLEE, 2012, Ob. cit. p. 52.

<<https://plato.stanford.edu/archives/fall2017/entries/civil-disobedience/>>. Acesso em: 29 out. 2017.

BROWNLEE, Kimberly. Features of a Paradigm Case of Civil Disobedience. *Res Publica* 10, 2004.

FERREIRA, Ricardo Alexandrino. Rosa Parks deflagrou luta pelos direitos civis dos negros nos EUA: entrevista. São Paulo: *Jornal USP*. Entrevista concedida a Simone Lemos. Disponível em: <https://jornal.usp.br/atualidades/rosa-parks-deflagrou-luta-pelos-direitos-civis-dos-negros-nos-eua/>. Acesso em 18 set. 2018.

RAWLS. John. *Uma Teoria da Justiça*. 4 ed. Martins Fontes: São Paulo, 2016.

RAZ. Joseph. *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*.

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. *Monografia Jurídica Passo a Passo: projeto, pesquisa, redação e formatação*. 1. ed. São Paulo: GEN - Método, 2015. v. 1.

O ALTO CUSTO DA CORRUPÇÃO NA SAÚDE PÚBLICA DOS BRASILEIROS

KATHLEEN GOMES SILVA:

Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário São Lucas de Ji-Paraná – UniSL, e estagiária do TRT-14 Região (RO/AC)

RENATA MIRANDA DE LIMA¹⁷⁵

(orientadora)

Resumo: No Brasil existem fatores que induzem negativamente o combate a corrupção, resultando em demasiado prolongamento desse mal, essa pesquisa tem por objetivo encontrar os problemas que ocasionam essa perpetuação. Analisando o excesso de leis, assim como, a punição aos agentes infratores de modo ineficiente. Iremos expor que a pandemia da COVID-19 demonstrou a realidade vivida na saúde pública brasileira que nos acomete há anos. Em detrimento do caráter excepcional, houve a necessidade da criação de leis para dispor em relação ao enfrentamento, assim como a dispensa de licitações referente aos contratos de utensílios para o combate. Como metodologia, trata-se de uma pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa, com objetivos explicativo e exploratório, utilizando-se como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica. Como veremos, muitos governantes desviaram verbas públicas que deveriam ser destinadas ao enfrentamento da epidemia, ocasionando mais sofrimento ao povo brasileiro, ou seja, o vírus da corrupção, juntamente com o da COVID-19 demonstra alto índice de prejudicial no aspecto socioeconômico.

Palavras-chave: Corrupção. Saúde Pública. Pandemia. Licitação.

Abstract: In Brazil there are factors that negatively, induce the fight against corruption, resulting on a expansive prolongation of that evilness, this research aims to find the problems that cause this perpetuation. Analyzing the excess of laws, as well as the punishment of the offending agents inefficiently. We will expose that the COVID-19 pandemic demonstrated the reality experienced in Brazilian public health, that has affected us for years. To the detriment of the exceptional character, there was a need to create laws to deal with the confrontation, as well as the waiver of bids related to the contracts for utensils for combat. As a methodology, it is an applied research, with

¹⁷⁵ Professora Orientadora, Bacharel em Direito. Especialista em Direito Administrativo. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça.

a qualitative approach, with explanatory and exploratory objectives, using bibliographic research as a methodological procedure. As we will see, many government officials diverted public funds that should be used to face the epidemic, causing more suffering to the Brazilian people, that is, the corruption virus, together with that of COVID-19, shows a high level of damage in the socioeconomic aspect.

Keywords: Corruption. Public health. Pandemic. Bidding.

Sumário: 1. Introdução; 2. Origem da corrupção mundial; 3. Origem da corrupção no Brasil; 4. Conceito de corrupção; 5. O alto custo da corrupção. 5.1. Insegurança Jurídica é um campo fértil para a corrupção; 6. Operação Mãos Limpas e sua influência na Lava Jato; 7. Dispensa de licitação em época de pandemia; 7.1. Saúde Pública no Brasil; 8. Conclusão; 9. Referências.

1. Introdução

O Brasil está saturado de atos de corrupção. Por todos os lados, observamos suas inúmeras formas de aparições, começando pelas manifestações no campo social, em que não temos a capacidade de nos atentar ao fato de que já são demonstrações de corrupções, o jeitinho brasileiro está enraizado na sociedade, buscando sempre modos mais fáceis de alcançar os objetivos.

O amplo campo de legislações que se encontra nosso país, é um fator prejudicial a não diminuição da corrupção, interferindo de modo assíduo no prolongamento dela, pois o brasileiro tentará de todas as formas buscar brechas nas normas, que na grande maioria, são ilegais, e de baixo custo. Sendo assim, é muito dispendioso seguir à risca as leis.

Atualmente estamos enfrentando uma difícil realidade que devasta todo o mundo, a pandemia da COVID-19. E o que mais notamos são empresas se aproveitando de um momento de extrema urgência e calamidade pública, elevando os preços dos materiais essenciais ao combate, e ainda, agentes públicos desviando verbas públicas, que deveriam ser destinadas ao enfrentamento da pandemia.

A corrupção tem o poder crucial de fazer um estrago onde ela se prolifera. Na saúde pública ela ataca na falta de meios para se ter um bem-estar de excelência, em que governantes inescrupulosos não medem esforços para tirar da população o pouco que lhe é dado. Mas esses corruptos acreditam que não estão fazendo mal a sociedade, uma vez que, as consequências não são individualizadas, pois atingem a sociedade em um todo. Tornando mais trágica as consequências da corrupção na saúde pública, sendo impossível dimensionar quantas pessoas são afetadas pelo vírus da corrupção.

2. Origem da corrupção Mundial

É enganoso dizer que a corrupção advém dos dias atuais, podemos considerá-la como um dos fenômenos mais antigos da nossa sociedade, ela evoluiu juntamente com o ser humano ao decorrer dos anos. Contudo, só foi tipificada no Direito Romano, onde as penas iam ao pagamento de multa, até pena de morte. Entender como esse fenômeno começou a ser punido, nos trará clareza para distinguir o que já foi feito, e para o que ainda podemos fazer (CORDEIRO, 2017).

Na era medieval, a corrupção ainda não havia sido identificada como um crime, mas sim, considerada como ganância, o querer ser melhor que o outro. Era vista como um pecado, atrelada a qualquer conduta ruim do ser humano. Sendo conceitualizada por muito tempo, como um desvio de caráter, dificultando a condenação do ato, por ser em sentido muito amplo. A corrupção era chamada de “barataria”, que significava a atividade de dar, já pensando na retribuição.

Ao longo da história, no século XVII, podemos considerar como uma das causas de perpetuação da corrupção, o baixo salário de integrantes do poder público, nos dizeres de Adriana Romeiro “[...] os indivíduos mais bem remunerados, como os vice-reis, mostravam-se menos propensos às práticas de enriquecimento ilícito, ao contrário dos ouvidores, os oficiais do tesouro real e os funcionários inferiores das províncias.” (2017, p.65).

Não há como dizer quando de fato começou a corrupção, mas há indícios de punições a prática, como por exemplo, na Grécia Clássica, nas palavras de George Sarmento, (2002, p.28).

[...] em Atenas, três crimes justificavam a abertura de processo contra um magistrado eleito pelo povo: a conspiração contra a democracia, a traição em favor de um inimigo da cidade e a corrupção, ou seja, a utilização do mandato popular para a satisfação dos interesses pessoais. (Apud CORDEIRO, 2017, p. 70).

A corrupção era uma das características mais conhecidas no Egito, A Folha de São Paulo veiculou uma notícia, onde em 2004, um pesquisador egípcio encontrou indícios de corrupção e nepotismo, que datam 3.000 anos atrás. A ocasião foi de que houve um roubo de joias que estavam escondidas na tumba de um faraó, e quem cometeu o crime foram pessoas que trabalhavam no governo, elas foram livradas das penas, e jogaram a culpa em pessoas comuns. (ABDELHADI, 2004).

Havia atitudes antigamente que não era consideradas atos ilícitos, um exemplo, nas palavras da historiadora Adriana Romeiro, “Como é sabido, na Espanha do final do século XVII, como meio de contornar as necessidades econômicas da *Hacienda Real*, os cargos políticos e de justiça do governo americano passaram a ser vendidos.” (2017,

p.61). Esse foi um dos meios mais fáceis e transparentes de comprar funções no poder público.

Esses são alguns casos de corrupção, e a forma como eles foram tratados ao decorrer dos anos. Ter esse conhecimento histórico sobre o assunto é importante, em razão de todo ser humano estar inserido em um contexto ao nascer, e o comum é ele dar segmento aquele pensamento, ou a cultura estabelecida no seu convívio social, ou seja, é o que lhe é apresentado ao decorrer de sua vida.

3. Origem da corrupção no Brasil

Na formação do Brasil, foi enviado uma elite para administrar o país, em nome do Rei de Portugal, para cobrar impostos, e extrair o máximo de riquezas de nossas terras. Não havia nenhuma intenção de construir uma nação, um dos motivos para a má formação de caráter dos brasileiros (FURTADO, 2012).

Desde o tempo colonial, ocorreu uma reprodução na matriz política da Coroa Portuguesa, referente à gestão e às políticas aplicadas no Brasil-colônia. Ou seja, desde o início, a corrupção faz parte da história nacional. A desorganização do governo e do Estado português foi transferida à colônia brasileira, com muitas particularidades, como, por exemplo: leis confusas, morosidade e ineficiência das estruturas administrativas. Não havia sistema jurídico operoso e ocorria uma enorme confusão entre o público e o privado, ou seja, houve a posse do espaço público pelo privado e, também, por agentes públicos corruptos. Eram altos índices de práticas e aceitação de práticas corruptivas. (Caroline Fockink, 2019, p.184)

Com as condutas trazidas pelos portugueses, deram margem para perpetuação da corrupção, os brasileiros foram acostumados com a confusão do que é público com o que é privado, nas palavras do ministro Luís Roberto Barroso,

A corrupção no Brasil tem origens e causas remotas. Aponto sumariamente três. A primeira é o patrimonialismo, decorrente da colonização ibérica, marcada pela má separação entre a esfera pública e a esfera privada. Não havia distinção entre a Fazenda do rei e a Fazenda do reino – o rei era sócio dos colonizadores –, e as obrigações privadas e os deveres públicos se sobrepunham. (2019, p. 10).

Encontramos a corrupção, em todos os elementos do Estado, assim como na política, nas igrejas, o primeiro bispo do Brasil, Pedro Fernandes Sardinha, já

demonstrava características, ou seja, ele vendia os perdões aos fiéis, que deveriam pagar pelo perdão, de acordo com o pecado cometido e para isso, existia uma tabela com os valores de cada pecado. Ele teve um fim trágico, no caminho de volta a Portugal, foi comido pelos índios caetés. Mais uma história, que comprova que a corrupção não se encontra apenas na política (REZZUTTI, 2018).

Corrupção é tirar vantagem em cima dos outros. Enquanto ela é apenas um suborno ao policial para não ser mutado, “está tudo bem”, mas, e quando ela retira dinheiro do SUS (Sistema Único de Saúde)? E quando mortes são causadas diretamente por governantes que desviam o dinheiro público destinado a saúde? O mal é o mesmo, mas as consequências, são vidas.

O problema não está no sistema que foi adotado no Brasil, não está na monarquia, não está na ditadura, não está na democracia, não é um sistema que corrompe, é um sistema que foi corrompido, o grande problema está em uma sociedade que não quer se livrar dessas práticas. Nesse sentido Mairal escreve, “[...] quando um sistema político está contaminado pela corrupção encontrará oportunidades para obter subornos sob qualquer regime econômico.” (2018, p.27).

Hoje em dia só descobrimos os casos de corrupção no país, porque as delações premiadas estão sendo feitas com mais frequência. Visto que, a corrupção não é o ato apenas de uma pessoa, existe a necessidade de duas ou mais pessoas para as práticas serem realizadas com sucesso. Não há como só uma pessoa fazer. Deve haver essa troca, é uma colaboração.

O caso do “mensalão” foi um marco inicial de uma sociedade que deixou de aceitar os casos de corrupção, que deixou de julgar normal as práticas ilícitas entre o setor privado e o poder público; e o maior processo da história do nosso país que perduram até os dias atuais, é a Lava Jato, onde foi descoberto um dos maiores esquemas de propinas e desvios da Petrobras (PINOTTI, 2019).

4. Conceito de corrupção

Os estudos sobre as causas da corrupção se iniciaram nos anos de 1950, nos Estados Unidos. O país, estava com dificuldades em seu processo de modernização, sem conseguir progredir, precisando de soluções, com isso deram, de um modo mais sistêmico, uma abertura maior ao assunto (FILGUEIRAS, 2009).

No significado original, a palavra é “derivada do latim *corruptio*, que significa putrefação, decomposição e adulteração” (Adriana Romeiro, 2017, p.19), porém, não podemos nos apegar a um significado tão sucinto, cabendo a nós nos aprofundarmos

em suas diversas aparições, para um melhor entendimento do que realmente vem a ser a corrupção na qual nos vemos inseridos diariamente.

Temos um difícil papel de conceitualizar corrupção, logo devemos abranger suas inúmeras formas de aparições. Para começar, não devemos apenas nos restringir as manifestações políticas, visto que, ela se encontra primeiramente no âmbito da vida social de cada ser humano. A corrupção tem sido tratada nos últimos anos de uma forma mais assídua, o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes (UNODC), compreende,

A corrupção é um complexo fenômeno social, político e econômico que afeta todos os países do mundo. Em diferentes contextos, a corrupção prejudica as instituições democráticas, freia o desenvolvimento econômico e contribui para a instabilidade política. A corrupção corrói as bases das instituições democráticas, distorcendo processos eleitorais, minando o Estado de Direito e deslegitimando a burocracia. Isso causa o afastamento de investidores e desestimula a criação e o desenvolvimento de empresas no país, que não conseguem arcar com os "custos" da corrupção. (Disponível em <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/index.html>> Acesso em 02 março de 2021).

Um traço natural de cada indivíduo, é preservar o convívio em sociedade, o pensamento pelo bem comum, e por conseguinte, o cuidado pelo bem público. O desvio dessa personalidade resulta, no egoísmo, na ganância, e quando ela é vista no âmbito social, conseqüentemente, será notada na política também (FILGUEIRAS, 2009).

A dificuldade origina-se das várias práticas que podem se enquadrar como corrupção. O fato de os indivíduos perpetuarem esse ato, nos mostra que a corrupção foi sendo aceita dentro das repartições públicas, tornando mais árduo o trabalho de combatê-la. De tanto ser praticada, tornou-se comum, um bom exemplo, é quando, "Um funcionário que aplique rigorosamente a lei administrativa (aduaneira, fiscal etc.) a um familiar ou amigo será socialmente objeto mais de críticas do que elogios." (Mairal, 2018, p.25) perante um país acostumado em burlar as leis, não há lugar para quem vá de encontro a essa prática.

Quando falamos de corrupção dentro do âmbito social, estamos falando do dia a dia de cada pessoa, onde ela está presente mesmo que nós não a percebamos. Está presente no trânsito, quando passamos no sinal vermelho, ou quando invadimos a preferencial. De plano, foi um ato tão pequeno que não há problema, e sempre que a pressa aperta aos condutores, eles dão um jeitinho de conseguir o que querem.

Outro exemplo, é quando conhecemos alguém que possa facilitar, ou até mesmo ajudar a apressar algum serviço, seja em empresa privada, ou no serviço público, a frase “dá um jeitinho aí” é dita com tanta propriedade e tranquilidade, que não afeta ninguém, e quem fez esse serviço, fica com o sentimento de que quem pediu está te “devendo uma”. E assim se propaga a corrupção, uns cobrando os outros por estarem lhe devendo um favor, e nisso vão burlando normas e princípios.

A cada dia que passa, o que vemos são pessoas e mais pessoas, presas a situações, normais e decorrentes da vida em sociedade, buscando formas de “facilitarem” essas situações, com vistas a alcançar o que querem de forma mais efetiva e rápida. Mais um exemplo, é quando uma pessoa está na fila de um banco, esperando por atendimento, com pressa, assim como várias outras pessoas que também estão na fila, se lembra que possui um certo “conhecido” que trabalha nesse mesmo banco, e decide pedir para que ele dê uma “mãozinha”, passando-o à frente dos demais, mesmo que alguns desses demais detenham preferência, como os idosos. O “conhecido”, acata o pedido, e em minutos, toda a questão se vê resolvida. Bom, a quem devemos apontar como um corrupto? Ambos, pois aquele que cedeu ao pedido, é tão corrupto quanto aquele que fez o pedido.

Essas situações, são recorrentes em pessoas que preferem “dar um jeitinho”, ao invés de seguirem as regras. Para essas pessoas, quando surge a oportunidade de se dar bem às custas de um método mais fácil, não há por que seguir leis. É um modo tão egoísta de viver, onde o bem comum é deixado de lado, para seguir os próprios interesses. Onde pequenos atos são realizados dentro do campo social, e as grandes práticas são encontradas na esfera política, e econômica. (CONSTANTINO, 2016).

Mas como podemos julgá-los? Se nosso país é tão cheio de normas, que existem leis que pegam, e leis que não pegam. Quanto a isso, Rodrigo Constantino afirma “[...] (pois a função precípua da burocracia parece ser a de criar dificuldades legais para vender facilidades ilegais depois) [...]”. (2016, p.19).

É tão sufocante esse emaranhado de diretrizes, que o jeito mais fácil de o enfrentar é não o seguir, e não o seguindo, vemos de forma clara, a corrupção se espalhar por todos os cantos, se entrelaçando nas mais diversas situações existentes na sociedade, nos mostrando a obviedade do que é a corrupção: a opção de não seguir o certo, para alcançar o objetivo final, de uma forma mais rápida e por, muitas vezes, a custo zero.

Uns dizem que a corrupção impede o desenvolvimento, e outros alegam que ela é um fator impulsionador da modernização, sobre o viés da concepção positiva da corrupção, na visão de Ivan César Ribeiro,

Na esfera econômica a corrupção permitiria contornar o excesso de regulação e acelerar procedimentos. Uma empresa em busca de uma licença para comerciar poderia, por exemplo, reduzir os seus custos e aumentar a eficiência pagando ao agente do governo um valor para acelerar o processo de expedição desta licença. Assim, a corrupção também funcionaria como um incentivo de produtividade aos agentes públicos. (2005, p.12).

Seguindo o mesmo pensamento, o professor Fernando Filgueiras escreve, “Do ponto de vista dos benefícios, a corrupção pode agilizar a burocracia, ao tornar mais rápida a emissão de documentos e autorizações formais por parte do Estado.” (2009, p. 395). O excesso de leis, abre oportunidades para métodos mais ágeis, implicando em um crescimento “falso” do país. Onde as empresas vão crescer firmadas em burlar leis e conseguir privilégios.

Em contrapartida a esse pensamento, Walfrido Warde, escreve, “A corrupção é uma das mais importantes causas da desigualdade. A ausência de um combate adequado à corrupção aprofunda as desigualdades intoleráveis e odiosas do nosso país [...]”. (2018, p.12). A corrupção tem sido fundamental para a estagnação do desenvolvimento do país, não há crescimento seguro alicerçado em trapaçãs.

Não há como falar em um desenvolvimento igualitário de uma sociedade que está enraizada por corrupção. O progresso é de apenas uns, justamente aqueles que se dão bem às custas de “jeitinhos”.

5. O alto custo da corrupção

O brasileiro passou a ter como qualidade, a malandragem. Como se dar bem as custas dos outros pudesse ser um atributo, mal sabem que são tão titulares da corrupção como os políticos de Brasília. A naturalidade que é trazida a malandragem ultrapassa os limites da singularidade. Para Rodrigo Constantino, “O jeitinho é, em essência, apelar a um elo pessoal ou emocional para burlar alguma norma e obter algum privilégio.” (2016, p. 19).

O “jeitinho brasileiro” é capaz de distorcer o que deveria ser reto, para algo absurdo praticado por pessoas “tolas”. Quem faz o certo, é visto como errado, uma vez que, há meios mais fáceis, menos burocráticos para se conquistar os desejos. Mas qual o custo dessas práticas recorríveis da nossa sociedade?

Ao enumerarmos os custos da corrupção, começaremos pelos custos econômicos que nosso país vem sofrendo, com tantos desvios de dinheiro público, impossibilitando a melhoria dos setores básicos do país, como principalmente, a saúde.

A mais prejudicada com tudo isso é a população, que ao mesmo tempo, é a única que pode mudar essa realidade.

Um dos empecilhos para redução da corrupção está justamente alicerçado no fato dela “não causar prejuízo a ninguém”. Um exemplo disso, é quando tratamos das classes mais carentes do nosso país, destes lhes são retirados o direito a melhor educação, aos melhores tratamentos na área da saúde, a um transporte público de qualidade, mas o mais interessante, é que elas não têm dimensão do que elas poderiam ter, então, não há como acionar a Justiça, pois não sabem o que de fato poderia lhes serem ofertados pelo Estado. (PINOTTI, 2019).

A pandemia causada pelo vírus da COVID-19, vem ceifando vidas, sem olhar a quem, não importa a classe social, não importa a cor, o vírus não se atenta a isso. A falta de hospitais, e equipamentos tem sido marcos importantes de um país que não destinou o suficiente, e desviou milhões de reais, não apenas em época de pandemia, mas desde antes disso, nosso sistema de saúde já se encontrava precário, justamente porque a corrupção não vem de hoje. Estamos apenas sofrendo as consequências, e quais são elas? São vidas.

É lastimável analisar que, em um momento tão crítico, onde deveria haver mais união, o que mais tem importância é o dinheiro, pasmem, o interesse particular vem acima de qualquer interesse de coletividade, independentemente de qualquer colapso instaurado.

O Índice de Percepção da Corrupção, criado pela Transparência Internacional, classifica os países em todo mundo, sendo avaliados com notas de 0 a 100, onde 0 indica um país altamente corrupto, e 100 o país mais íntegro. O Brasil se manteve estagnado, com nota 38 em 2020, e em 2018 e 2019 com nota 35, não há o que se falar em um avanço significativo nos últimos anos, pois o IPC conta com uma margem de erro de 4,1 pontos para menos ou para mais. A Transparência Internacional ainda trouxe que o Brasil vem sofrendo sérios retrocessos no combate efetivo da Corrupção. (BRASIL, 2020).

Nos últimos anos, o combate a corrupção veio sendo abordado pelos candidatos políticos de uma forma mais assídua nas suas campanhas, pois perceberam que os brasileiros começaram a se posicionar e a cobrar das autoridades um combate confiável a corrupção. Isso não significa que eles fizeram algo, apenas que aprenderam um modo prático e fácil de ganhar votos. O Brasil encontra-se muito aquém do esperado no combate a corrupção, está abaixo da média do BRICS (39) e mais abaixo ainda da média mundial que perfaz 43 pontos (BRASIL, 2020).

A estagnação do Brasil no IPC deve ser questionada sim, pois nosso país está muito longe de alcançar a meta de ser um país limpo de corrupção. Com a diminuição da corrupção teremos um país mais evoluído moralmente e economicamente, e então, viveremos em uma sociedade que terá confiança.

5.1. A Insegurança Jurídica é um campo fértil para a corrupção

Outro custo que é trazido pela corrupção, é a insegurança jurídica. É clara a incerteza da população em um ordenamento jurídico frágil, pois a sensação de impunidade nos invade de uma forma gigantesca, o sentimento é que estamos em um país onde a lei vale para alguns, mas não para todos.

Crimes de colarinho-branco vão se repetir por muitos anos ainda, visto que, raramente a lei é aplicada para eles. “[...] um direito penal seletivo e absolutamente ineficiente em relação à criminalidade de colarinho-branco criou um país de ricos delinquentes.” (Luís Roberto Barroso, 2019, p.18). Uma frase dura, que retrata a realidade do nosso país, não estamos sob um sistema legislativo igualitário.

O sistema deveria agir de uma forma a trazer segurança à população, a resultar em certeza de que crimes vão ser punidos. E não é por falta de penas, pois disso, nosso sistema conhece bem, ao ponto de sobrecarregá-lo, neste sentido, a mestre em direito penal, Caroline Fockink, aponta,

A confiança nas instituições é considerada um elemento fundamental, pois elas são criadas legalmente para atender às demandas sociais, prestando segurança pública, assistência jurisdicional e demais serviços sociais necessários e estabelecidos legalmente. O objetivo na criação de uma instituição pública justamente está centrado no dever de dar atenção, com eficiência, honestidade e probidade ao propósito a que foi criada. Quando isso ocorre, cria-se um círculo positivo de confiança da população nas instituições. A instituição pública está, então, respondendo positivamente às expectativas sociais. (2019, p. 184).

No Brasil, vemos o quão acessível é operar em situações ilícitas, havendo incentivo para essas ações, como o ganho fácil e farto, e pior, não há grandes riscos de condenação a esses infratores, elevando os índices de criminalidade no país. O Sistema Legislativo brasileiro perdeu a eficácia em agir como uma forma de prevenção geral, causando temor de punição. (BARROSO, 2019).

O excesso de leis, e o cumprimento delas de modo não igualitário, resulta em um campo fértil para a corrupção. Na primeira, as brechas serão a procura incansável

para conseguir vantagens, ou seja, alternativas mais baratas e menos penosas, e na segunda a busca será por quem tem mais poder, ou seja, em todos os casos, sempre se livrando do cumprimento das normas. Obvio que, em muitas situações o excesso de normas traz dificuldades para seu cumprimento. E a quem iremos atribuir a culpa dessa vez? Aos legisladores? A cultura brasileira é a grande vilã dessa história, o jeitinho brasileiro fugirá dos trâmites legais, sempre que possível seja, para facilitar sua vida.

[...] quanto mais ambiciosa a norma for, mais aumentarão as oportunidades para a corrupção: "Uma regulamentação mais rigorosa não garante produtos de maior qualidade (...). O que sim estimula é o aumento da corrupção" observe-se que, além disso, a proliferação de requisitos leva a que requisitos importantes coexistam com os secundários. E se o cumprimento dos últimos for muito difícil, tende-se a recorrer à corrupção para contorná-los. Assim o suborno pode levar a que não se controle nenhum tipo de requisito. (Héctor A. Mairal, 2018, p.117).

Quando dizemos que o excesso de leis, é um fator da corrupção, podemos dar como exemplo os altos impostos que são cobrados no nosso país. Encontraram uma brecha, em que quanto mais alto fica, mais dinheiro o governo tem. Só que não há distribuição eficaz desses valores nas principais necessidades da sociedade. Sendo assim, é insignificante o crescimento do Brasil, poderíamos facilmente ser um país de primeiro mundo, se não enriquecêssemos apenas uma classe de pessoas. E isso é resultado de um povo que está impregnado em sua grande maioria pela cultura da malandragem.

O Brasil é de longe o campeão mundial no tempo gastos pelas empresas na preparação de documentos para o pagamento de impostos e contribuições: 1.958 horas ao ano, seis vezes a média de 332 horas registrada nos países da América Latina e Caribe, de acordo com o mais recente relatório do Banco Mundial sobre ambiente de negócios em todo o mundo. (EXAME, 2017, Disponível em <<https://exame.com/>> Acesso em 07 de abril de 2021).

Mais um dado assustador que representa a abundância de normas que se encontra o Brasil, é "O país acumula 5,9 milhões de normas editadas nas três esferas de governo (União, Estados e municípios) desde a Constituição de 1988." (Luciana Albernaz, 2021, disponível em < <https://sindeprestem.com.br> > acesso em 10 abr. 2021). Esse excesso causa a procura por brechas, e na maioria delas são brechas ilegais. Por exemplo, hoje em dia é muito difícil abrir uma empresa, pois há muitos trâmites a serem seguidos, que trazem duas alternativas, a primeira é procurar o mais fácil de

forma ilícita, ou seja, pedindo “uma ajudinha” aos funcionários públicos, ou as pessoas que detêm poder, e o segundo, é não fazer, não abrir. Das duas formas, a economia é atingida, trazendo prejuízos.

O Brasil é um dos países com a mais intrincada burocracia do mundo, o que representa não só um custo adicional para empresas e desincentiva investimentos, como também produz aumento nas oportunidades para que atos de corrupção sejam praticados. Afinal, o pagamento de propina tem como objetivo, com frequência, superar entraves e obstáculos burocráticos. (Unidos Contra a Corrupção, p.41. 2018).

Quando um funcionário público renuncia ao seu dever legal de preservar o bem comum, para buscar seu enriquecimento próprio, ele não está apenas colocando em descrédito os funcionários públicos, mas também está colocando os entes públicos do Estado, fazendo com que os cidadãos não acreditem nas instituições. Os agentes públicos têm poderes positivos e negativos sobre a sociedade, capazes de resultar em respeito pelos entes públicos e pelas leis, quando suas atitudes forem benéficas a sociedade. (FOCKINK, 2019).

Os maiores prejudicados somos nós, enquanto população, pois não confiamos no sistema do nosso país, e muito menos nos funcionários que o representam. Essa insegurança de que as leis só funcionam para alguns, traz conseqüentemente o não seguimento das normas, visto que, elas não são impostas para todos.

6. Operação Mãos Limpas e sua influência na Lava Jato

A operação Lava Jato, teve inspiração na operação Mãos Limpas, que ocorreu na Itália entre os anos 1992 – 1994, ou como ficou conhecida, *MANI PULITE*, teve grande repercussão pois tratava-se da máfia italiana envolvida diretamente em esquemas fraudulentos com os funcionários públicos. (DAVIGO, 2019). O início da operação se dá com a narração a seguir,

SEGUNDA-FEIRA, 17 DE FEVEREIRO DE 1992, 17H30MIN. Luca Magni, um empresário de 32 anos, comparece na Via Marostica 8, em Milão, no escritório de Mario Chiesa, presidente do Pio Albergo Trivulzio, histórica casa de repouso para idosos fundada no século 18. Magni é dono de uma pequena empresa de limpezas, a ILPI, de Monza, que trabalha também para o Trivulzio. Chiesa é um representante do Partido Socialista Italiano e não esconde suas ambições políticas: sonha em se tornar prefeito de Milão em um futuro próximo. Magni é recebido após meia hora de espera. Ele deve entregar quatorze milhões de liras a Chiesa,

valor da propina negociada por um contrato de 140 milhões de liras.' Carrega uma caneta transmissora no bolso do casaco e segura uma maleta com uma câmera escondida. "Para dizer a verdade", recorda Magni, "eu tinha muito medo, estava muito nervoso. O engenheiro Chiesa estava ao telefone, e tive de esperar dez minutos em pé até que ele concluísse a ligação. Então, dei-lhe um envelope que continha sete milhões de liras. Disse a ele que ainda não tinha os outros sete" Chiesa não reage. Apenas pergunta: "Quando você trará o resto?" "Na próxima semana", responde o agitado Magni Depois, despede-se e, ao sair, quase esbarra com um policial à paisana. (Gianni Barbacetto, 2016, p. 37)

A partir daí muitas acusações foram feitas, e a mais desafiante foi quando Chiesa declarou que era apenas quem fazia os trabalhos, mas que quem mandava era o Partido Socialista Italiano. E deu início as investigações sobre líder do Partido (MIGALHAS, 2017). Como é relatado pelo Doutor Walfrido Warde (2018, p.96) "A operação levou à prisão inúmeros políticos e empresários, dentre eles o primeiro-ministro e líder do Partido Socialista Italiano, Bettino Craxi, determinando o fim da Primeira República Italiana (1948-1994)".

O diferencial da operação foi a realização de condenações aos verdadeiros chefes da Máfia Italiana, exterminando dois partidos que mandavam na Itália. Foram acusadas cerca de 4.520 pessoas envolvidas nos crimes de corrupção, sendo vista como um "efeito dominó", descobrindo casos inescrupulosos. A cada momento das investigações, era evidente o fato de que na Itália o pagamento de propina era uma regra. (MORO, 2016).

A operação Mãos Limpas foi um marco divisor na Itália, incorrendo em antes da operação e depois, pois acabou com dois partidos que dominavam o país, essa é uma das referências positivas, vejamos,

A consequência a curto prazo foi a derrocada dos principais partidos que governaram a Itália desde o início da República: Democracia Cristã e Partido Socialista Italiano, os quais sumiram do mapa político, deixando espaço para o avanço de forças novas [...] Esta mudança abrupta no esquema a que Itália havia se acostumado desde o início da República, fez surgir a concepção da 'Mani Pulite' como um divisor de águas na vida pública italiana, de forma que se fala de Primeira República (antes de Mani Pulite) e Segunda República (depois de Mani Pulite), apesar de não ter ocorrido alguma ruptura institucional - os termos são

apenas jornalísticos, mas entraram na linguagem comum e, com certeza, entrarão na história. (MIGALHAS, 2017, disponível em < <https://www.migalhas.com.br/> > acesso em 16 de abr. de 2021).

A *Mani Pulite* tem um final trágico, em razão da corrupção sistêmica enraizada naquele país. Os próprios magistrados foram acusados de cometer excessos em prisões cautelares, pasmem, mesmo sem ter a comprovação de que havia inocentes. Alegando ainda não estarem em um Estado de Direito Democrático. Houve diminuição das penas, aprovaram leis que dificultavam os processos de investigações, visando apenas reduzir as consequências dos processos judiciais, e infelizmente, conseguiram (MORO, 2016).

A Itália parece funcionar de forma contrária ao que está escrito nas leis. Após a descoberta dos esquemas de corrupção, o sistema político reagiu, imediatamente no ano de 1994, por meio do governo. Na tentativa de aprovar o decreto-lei nº 440/1994 que dispunha sobre o impedimento de prisão preventiva as pessoas submetidas as investigações por crimes de corrupção, porém, com a pressão popular, o decreto não foi sancionado pelo Parlamento, e perdeu sua validade. Os efeitos foram trágicos, ao notarem que não havia uma união entre os poderes, e que facilmente as normas estavam afrouxando para os corruptos, diminuiu significativamente as pessoas dispostas a denunciar e a colaborar com as investigações (DAVIGO, 2019).

Mas o que a operação Mãos Limpas tem a ver conosco? Nesta operação descobrimos algo muito importante, que não estamos confrontando casos excepcionais de corrupção, e sim, como uma forma de operar o sistema. Piercamillo Davigo, um magistrado Italiano que fez parte da operação Mãos Limpas, nos escreveu, "O instrumento principal utilizado pela máfia e outras organizações não é a violência, e sim a corrupção." (2019, p.103). Essa frase nos remota ao fato do quão letal é a corrupção.

Devemos tomar como exemplo a Operação Mãos Limpas realizada na Itália, ela demonstra a primordialidade imperiosa de unir todas as instituições contra um sistema corrupto. Não teremos chances contra esse mal, se apenas alguns lutarem contra ele, precisamos nos unir para o combate.

7. Dispensa de licitação em época de pandemia

Outro fator que tem trazido riscos evidentes ao combate a corrupção é a dispensa da obrigação de licitações em contratos, em face do momento excepcional que estamos enfrentando. A pandemia da COVID-19 veio mostrando o quão precário é nosso sistema de saúde. Há mais de um ano foi declarado estado de pandemia no mundo, e foi necessário medidas emergenciais para romper com as burocracias para licitações.

As Leis 8.666/1993 e 10.520/2002 estabelecem normas gerais sobre licitações, incluindo os requisitos para o requerimento delas. Tais leis foram substituídas e unificadas pela nova lei de licitações 14.133 que foi sancionada recentemente em 01 de abril de 2021. Nas palavras de Alexandre Mazza, “A Licitação é um procedimento obrigatório que antecede a celebração de contratos pela Administração Pública” (2019, p.826).

Ainda demonstrando um conceito mais abrangente, Mazza traz que é “o procedimento administrativo pelo qual entidades governamentais convocam interessados em fornecer bens ou serviços [...] estabelecendo uma competição a fim de celebrar contrato com quem oferecer a melhor proposta” (2019, p.827-828).

O Poder Público não pode escolher livremente por determinada empresa como fazem as empresas privadas, pois devem estar preceituados nos princípios de isonomia, impessoalidade, moralidade e indisponibilidade do interesse público. Devendo ocorrer uma seleção imparcial do melhor contrato para o Poder Público

A Constituição Federal trouxe normas a serem seguidas no âmbito da administração pública, em específico sobre as licitações, e com exceções de casos especificados em Lei, a Carta Magna em seu art. 37, inciso XXI, dispõe,

Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Foi imposto ao Estado a criação de medidas eficazes de combate a pandemia, implicando em uma facilitação de compras de bens e serviços, “[...] exige que a Administração Pública seja cada vez mais rápida e eficiente na sua atuação, justamente para desburocratizar as aquisições que estão sendo feitas no combate a essa doença.” (Bruno Teles, 2020, p.3).

A Lei 13.979 de 09 de fevereiro de 2020, ponderando o Estado de Calamidade Pública, trouxe medidas consideradas adequadas para o enfrentamento da COVID-19, no âmbito nacional. A referida Lei trata da dispensa de licitações enquanto perdurar a pandemia da COVID-19, e aduz dois fatores importantes em seu art. 4º, onde o primeiro é que deve ser usada apenas enquanto perdurar a emergência de Saúde Pública internacionalmente, e o segundo é que a dispensa de licitações é destinada

apenas aos bens, serviços ou insumos referentes ao enfrentamento da pandemia, (BOAVENTURA, 2020), vejamos,

Art. 4º - É dispensável a licitação para aquisição ou contratação de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei. (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

§ 1º - A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.

Ainda sobre o art. 4º da Lei 13.979, ao fazer referência aos bens, serviços e insumos para o enfrentamento da COVID-19, torna-se vasta as opções, por exemplo, se os servidores públicos precisarem de notebook para trabalhar em *home office* não haverá licitação, pois versa sobre a não aglomeração nas repartições públicas que é uma das medidas essenciais para o combate a pandemia. É um modo de dar continuidade aos trabalhos, sem exposição ao vírus. (BOAVENTURA, 2020).

O atual cenário de enfrentamento de uma crise sanitária com amplos reflexos na prestação da saúde pública demanda uma pluralidade de providências a serem tomadas pelo Poder Público para que haja um mínimo planejamento da execução das ações voltadas ao atendimento das novas demandas geradas pelo cenário adverso. Há um fator de escassez de recursos estatais para atendimento rápido de múltiplas demandas, associado com uma crise econômica que mingua os cofres do Estado e desafia o gestor público. (Gustavo Assed Ferreira, Rafael Assed de Castro, 2021, p.8)

Em vista da necessidade de rapidez nos processos de compras de materiais para o combate, mais uma vez a Lei teve que dispor sobre a transparência nos processos, pois se tratando do país da malandragem deve se esperar atos de aproveitamento, e foi o que infelizmente aconteceu, e vem acontecendo, vejamos,

Entre os problemas identificados nos processos de compras públicas estão: grande variedade de preços, valores unitários que não apresentaram reduções nem em compras em grandes quantidades, contratos feitos com empresas de outros setores que não o da saúde e pagamento antecipado por parte das autoridades públicas por materiais ou equipamentos médicos

que tinham defeitos, chegaram com atraso ou nunca foram entregues. (Transparência Internacional Brasil, 2021, p. 44)

A imposição rigorosa de licitações, demonstra mais uma vez a burocracia que está entrelaçada no nosso país. A pandemia da COVID-19 trouxe um caráter de urgência a esses processos, visto que, a demora para concessão de utensílios indispensáveis para o combate à pandemia, tem levado a mortes, de milhões de pessoas. O momento de crise que estamos passando, nos faz pensar em relação a esses inúmeros trâmites que existem no nosso país, nesta perspectiva,

[...] nos traz uma tarefa no sentido de contratar o mais rápido possível, deixando de lado o formalismo excessivo e tutelando os direitos fundamentais do ser humano, que é o direito à vida e à saúde, sem, no entanto, permitir situações ilegais e permeadas de abusos. Premente é, portanto, a necessidade de mudança de mentalidade, admitindo a flexibilização das normas, como instrumento de inovação, evitando procedimentos burocráticos, que se oponham aos princípios da celeridade e do interesse público. (Carmen Boaventura, 2020, disponível em < <https://www.effecti.com.br>.> Acesso em 15 de abr. de 2021).

Contudo, nota-se uma população sedenta por oportunidades de se dar bem na vida, seja elas boas ou ruins, não perdem o momento, se aproveitam de uma emergência para melhorarem de vida, demonstrando que o problema não está apenas nos políticos, está na raiz da sociedade brasileira. É incrível como não houve empatia em meio a uma pandemia.

Além do sofrimento com a epidemia, as lotações dos hospitais, as faltas de equipamentos para as UTIs, como por exemplo a falta de oxigênio enfrentada por Manaus/AM, vejamos,

Documentos obtidos pelo Ministério Público de Contas indicam que 31 pessoas morreram por falta de oxigênio em Manaus nos dias 14 e 15 de janeiro, quando a capital atingiu o ápice da falta do insumo. Nesses dois dias, falta de oxigênio nos hospitais de Manaus levou a cidade a um cenário de caos: com recordes nos casos de Covid, a cidade precisou enviar pacientes que dependiam do insumo para outros estados. Parentes de pessoas internadas tiveram que comprar cilindros com o gás por conta própria. (G1 AM, 2021, disponível em < <https://g1.globo.com/>, > acesso em 13 de abr. de 2021).

Ainda, no início da pandemia, os equipamentos essenciais para o enfrentamento da COVID-19 tiveram aumentos exorbitantes em relação aos preços antes da pandemia, como por exemplo, nos produtos de álcool em gel, máscaras, luvas. Podemos perceber mais uma vez como o brasileiro é cheio de esperteza e malandragem, aproveitando-se de um momento de vulnerabilidade da população para superfaturar. No final do ano passado, o Ministério Público de Contas do Espírito Santo, investigou, e apontou um superfaturamento na compra de cloro na cidade de Alto Rio Novo, para desinfetar os ambientes usados para enfrentamento, observemos,

Em razão da compra sem licitação de cloro ativo pela Prefeitura de Alto Rio Novo por valores acima dos praticados no mercado, o Gabinete Especial do Ministério Público de Contas (MPC) apresentou representação na qual pede a condenação dos responsáveis pela aquisição do produto – prefeito, secretário de Saúde e servidora municipal autora do termo de referência – e da empresa contratada à devolução do valor relativo ao dano causado aos cofres públicos pelo sobrepreço do produto, destinado ao enfrentamento da Covid-19. (MPC, 2020, disponível em < <https://www.mpc.es.gov.br/> > acesso em 13 de abr.de 2021).

Nos Estados Unidos, no ano de 2004, quando o furacão Charley assolou o estado da Flórida, além dos inúmeros prejuízos causados, trouxe ainda um debate fervoroso pelos altos preços após o furacão, o Procurador-Geral do Estado, Charlie Crist ficou indignado, em suas palavras,

Não se trata de uma situação normal de livre mercado, na qual pessoas que desejam comprar algo decidem livremente entrar no mercado e encontram pessoas dispostas a vender-lhes o que desejam, na qual um preço obedece à lei da oferta e da procura. Numa situação de emergência, compradores coagidos não têm liberdade. A compra de artigos básico e a busca de abrigo seguro são algo que lhe são impostas. (Apud SANDEL, 2020, p.13).

Na Flórida, existe a lei contra os preços abusivos, e ao tentar o cumprimento dela, o Procurador Crist foi coagido por vários economistas que articulavam ter sido impostos “preços justos” pois foram fixados de acordo com demanda de oferta e procura. No entanto, não é assim que uma sociedade boa deve funcionar, a tentativa de obter vantagens em cima da população em tempos de crise, é mais uma demonstração de ganância, essa que deve ser coagida pelo Estado para, ao menos, restringir sua expressão descarada. (SANDEL, 2020).

Ao passarmos por momentos de urgência, não temos outra alternativa a não ser comprar alguns itens necessários para o enfrentamento, a exemplo da COVID-19, máscaras e álcool em gel, e é inadmissível que se aproveitem do momento de fragilidade para faturamento exorbitante, e podemos notar que não são apenas os agentes públicos, mas também a população, os comerciantes. Atitudes como essas, devem ser arrancadas da nossa sociedade, o bem comum deve prevalecer para que todos possam sair da situação de urgência.

7.1. Saúde Pública no Brasil

A Constituição Federal de 1988, imputou ao Estado a obrigação do direito à saúde, no art. 196,

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

Entretanto, com a falta de orçamento para financiar essa enorme responsabilidade, conseqüentemente houve um excesso de demanda. Ao estabelecer que é direito do Estado prover o necessário para a saúde dos brasileiros, notamos o quão pesado foi esse encargo para o Governo, por mais que por trás somos nós quem financiamos através de impostos, mas saúde pública ainda se encontra precária.

Não obstante, o Estado não suportou a incumbência de oferecer um sistema de saúde a todos os brasileiros, visto que, a CF ao versar sobre lhe incumbe a oferecer todos os serviços, levando a demanda infinita e dificilmente controlada (GARSCHAGEN, 2020). O Estado por meio de mais burocracias tentou limitar o teto a ser usado pelos Estados e Municípios, levando a uma "oferta limitada e demanda infinita, ocorre o inevitável: a escassez." (Bruno Garschagen, 2020, p.157).

Além disso, a corrupção embolsa uma parcela gigantesca que deveria ser disponibilizada ao SUS, ocasionando filas de espera perpétuas. Quem perde mais uma vez, somos nós. Nós que temos que ter limitações ao procurar o Estado para ter uma saúde de qualidade.

E onde está o problema? Nas filas infinitas que sobrecarregam um sistema precário? Ou está em nós, brasileiros, que procuramos o direito à saúde que nos foi dado na Constituição Federal? A dificuldade consiste na não punição a agentes infratores que conduzem esse Sistema. Já que ao Estado lhe foi imputado essa obrigação, deve ele fazer de tudo para seguir essa norma. E assim, punir os agentes que desviam dinheiro da saúde pública.

Ao darmos poderes aos políticos sem conhecermos ao menos suas propostas, e além de tudo sermos gananciosos, nas palavras do escritor e colunista Rodrigo Constantino, sobre as eleições no nosso país, "Parece um balcão de negociatas em que os princípios são colocados de lado e os interesses imediatos, priorizados. O malandro vota com o bolso e olhando apenas para o hoje." (2016, p. 63).

Precisamos pensar e agir como sociedade, analisando as necessidades do país, principalmente com a saúde, e frisamos tanto sobre ela, pois é de suma importância ter uma saúde pública de qualidade, porque acima de tudo, do pobre ao rico, do preto ao branco, estamos falando de vidas. A corrupção na saúde pública é capaz de levar pessoas ao óbito por falta de recursos, nas palavras do Ministro Barroso,

Corrupção mata. Mata na fila do SUS, mata na falta de leitos, mata na falta de medicamentos, mata nas estradas que não têm manutenção adequada, destrói vidas que não são educadas por falta de escolas. O fato de o corrupto não ver nos olhos da vítima não o torna menos perigoso. (Luís Roberto Barroso, 2018, Disponível em: <<https://portal.stf.jus.br>> Acesso em 15 abr. 2021).

Não adianta apenas enumerar os fatores que ajudam na perpetuação da corrupção, ao contrário disso, precisamos buscar formas de nos livrar desse mal que assola nossa sociedade, uma alternativa que o Banco Central encontrou para agilizar nossas vidas, foi também uma forma de ter mais transparência nas transações, de modo a evitar a circulação de dinheiro em espécie, vejamos,

Em novembro, o Banco Central lançou um novo sistema online de transferências e pagamentos, o PIX. A plataforma tem o potencial de reduzir pagamentos em espécie (uma prática que corresponde a cerca de 70% das transferências financeiras no país) e de aumentar a rastreabilidade de transações, o que pode auxiliar na prevenção de crimes como corrupção e lavagem de dinheiro. (Transparência Internacional Brasil, p.16, 2021)

Buscando opções de diminuir a corrupção na sociedade brasileira, temos dois elementos importantíssimos para o avanço da mudança que visa a transformação na base do cidadão, ou seja, nos valores morais, e prezar pela transparência nos atos públicos, nas palavras do professor Fernando Filgueiras,

No que diz respeito à corrupção, constata-se que não basta uma mudança do aparato formal ou da máquina administrativa do Estado propriamente dita, mas reforçar os elementos de uma cultura política democrática que tenha no cidadão comum, feito

de interesses, sentimentos e razão, o centro de especulação teórica e prática para uma democratização informal da democracia brasileira. Os avanços das reformas da máquina pública, nas duas últimas décadas, são inegáveis, com o reforço da transparência. Contudo, falta, à democracia brasileira, um senso maior de publicidade, pelo qual a transparência esteja referida a uma ativação da cidadania, à accountability e à participação, sem os quais os esforços de combate e controle da corrupção ficarão emperrados em meio a uma cultura política tolerante às delinquências do homem público. (2009, p. 418)

Para se ter melhores resultados nessa busca, os valores morais interferem na construção da confiança dos brasileiros nas instituições, e isso se dá, porque os servidores públicos quando não agem de acordo com o art. 37 da Carta Magna, seguindo os “princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade” põem em descredito as instituições do Estado.

É necessário que os servidores tenham atitudes pensando no bem comum, para que os cidadãos possam respeitar e acreditar, nas instituições que deveriam apenas proteger. Para o bom andamento da democracia é de suma importância que tenha confiança recíproca, com a população acreditando nas instituições públicas, aumentam a confiança nas leis, pois notam que os funcionários de sua administração seguem e fazem de tudo para que sejam eficazes, esse é um dos caminhos para fugir da corrupção. (FOCKINK, 2019)

8. Conclusão

Podemos notar uma população mais sedenta por respostas aos incontáveis casos dos crimes de corrupção que permanecem no Brasil, porém, sem compreender que precisam fazer algo para mudar essa triste realidade. A cobrança aos agentes públicos, é essencial, assim como, o conhecimento pelas propostas dos candidatos a cargos públicos, não pensando em apenas uns, mas sim em sociedade. Quando se almeja algo em troca por um voto, você não está pensando no bem comum. E o bem comum, sem sombras de dúvidas, é uma sociedade sem corrupção.

É de suma importância compreendermos que por mais que façam a população se acostumar com atos de corrupção, trazendo-os como se não fizessem mal a sociedade, não é bem assim. Não devemos mais aceitar práticas de corrupção que estão tirando do povo o pouco que lhe é dado, de modo a afetar diretamente a saúde pública dos brasileiros. A pandemia da COVID-19 demonstrou as consequências vividas diariamente no nosso Sistema Único de Saúde.

Em vista, do projeto de pesquisa ter apresentado o agravamento das leis de crime de corrupção, chegamos à conclusão de que não adianta haver a criação de mais normas, sendo que, não há cumprimento das já existentes, a criação de mais, só irá abarcar ainda mais o campo legislativo, que como demonstrado ocasiona o não cumprimento das leis, sendo um campo fértil para a corrupção se proliferar.

O Brasil transmite a população a existência de um caos no ordenamento jurídico brasileiro, onde evidência uma insegurança, em relação ao fato de que as normas não são impostas a todos da mesma forma, trazendo uma desigualdade até na aplicação das leis. Como no excesso delas, implicando na busca por brechas, ocorrendo em mais casos de corrupção. A confiança nas instituições é de grande valia, uma vez que, constroem uma coesão entre o que está no papel, na lei, com o que é praticado.

Outra forma de buscar a diminuição da corrupção, é ter uma transparência dos gastos de uma forma mais efetiva, para que os órgãos competentes, como a, Controladoria-Geral da União (CGU), Tribunal de Contas da União (TCU), Polícia Federal (PF) e o Poder Judiciário, possam investigar com mais facilidade os crimes de corrupção, de modo, a quebrar a burocracia que está enraizada fielmente no nosso país.

Uma questão a ser pensada é em como se dará os processos de licitações após a pandemia da COVID-19, ainda, em como será realizado os processos de corrupção em especial na saúde pública, pois, alguns governantes não pensaram nas vidas que seriam afetadas por esse vírus mortal. Dessa forma, não há justificativas para ter paciência e cautela com governantes que não mediram esforços para passarem a mão no dinheiro público que deveria ter sido destinado para salvar pessoas.

9. Referências

ABDELHADI, Magdi. **Caso de corrupção de 3.000 anos é desvendado no Egito.** Disponível em < <https://www1.folha.uol.com.br/folha/bbc/ult272u34033.shtml> > Acesso em 03 de março de 2021.

ALBERNAZ, Adriana. **Insegurança jurídica ainda assusta 'donos do dinheiro'.** Disponível em < <https://sindeprestem.com.br/inseguranca-juridica-ainda-assusta-donos-do-dinheiro/> > Acesso em 10 de março de 2021.

BARBACETTO, Gianni, GOMEZ, Peter, TRAVAGLIO, Marco. **Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato.** Porto Alegre: CDG, 2016.

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

BRASIL. Lei nº 13.979 de 6 de fevereiro de 2020. **Medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019.** Brasília, DF: 2020. Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm > Acesso em 26 de abr. de 2021.

BRASIL, Transparência Internacional. **Índice de Percepção da corrupção 2020.** Disponível em < <https://transparenciainternacional.org.br/ipc/> > Acesso em 01 de abril de 2021.

BRASIL, Transparência Internacional. **Retrospectiva Brasil 2020.** São Paulo, SP: 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5874 – DF.** Relator Ministro Luís Roberto Barroso. Distrito Federal, 16 de novembro de 2018. Publicado em 21-11-2018. Disponível em < <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=397081> > Acesso em 15 abr. de 2021.

BOAVENTURA, Carmen. **A Lei 13.979/2020 e a Pandemia do Coronavírus.** Effecti. Disponível em < <https://www.effecti.com.br/blog/a-lei-13-9792020-e-a-pandemia-do-coronavirus-por-carmen-boaventura/> > Acesso em 15 de abr. de 2021.

CONSTANTINO, Rodrigo. **Brasileiro é otário? O alto custo da nossa malandragem.** Rio de Janeiro: Record, 2016.

CORDEIRO, Carla Priscila Barbosa Santos. **A corrupção sob um prisma Histórico-Sociológico: análise de suas principais causas e efeitos.** Revista Eletrônica Direito e Conhecimento, n. 2, v. 1, Arapiraca, 2017. Disponível em < <https://revistas.cesmac.edu.br/index.php/dec/article/view/670> > Acesso em 22 de fev. de 2021.

D'IPPOLITO, Francisco, FIGUEIREDO, Marcelo. **Mani Pulite Operação Mãos Limpas - 25 anos depois.** Migalhas. Disponível em < <https://www.migalhas.com.br/depeso/269664/mani-pulite-operacao-maos-limpas---25-anos-depois> > Acesso em 16 de abr. de 2021.

FERREIRA, Gustavo Assed, CASTRO, Rafael Assed de. **Contratações públicas para o enfrentamento da pandemia: os desafios da aplicação do princípio da eficiência.** Revista Duc In Altum Cadernos de Direito, vol. 13, nº 29, jan-mar. 2021.

FILGUEIRAS, Fernando. **A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social.** Campinas: vol. 15, nº 2, novembro, 2009, p.386-42.

FOCKINK, Caroline. **Os efeitos negativos da corrupção nas instituições públicas e no regime democrático.** Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 24, n. 3, p. 181-210, set./dez., de 2019.

FURTADO, Lucas Rocha. **As raízes da corrupção: estudos de Casos e lições para no futuro.** Salamanca, 2012.

GARSCHAGEN, Bruno. **Direitos máximos, deveres mínimos: o Festival de Privilégios que Assola o Brasil.** 9ª ed. Rio de Janeiro: Record, 2020.

G1. **Documentos mostram que mais de 30 morreram nos dois dias de colapso por falta de oxigênio em Manaus.** Disponível em < <https://g1.globo.com/am/amazonas/noticia/2021/01/25/documentos-mostram-que-mais-de-30-morreram-nos-dois-dias-de-colapso-por-falta-de-oxigenio-em-manaus.ghtml> > Acesso em 13 de abr. 2021.

MAGENTA, Matheus. **Brasil tem em 1 dia mais mortes por covid-19 do que 133 países em 1 ano de pandemia.** BBC News Brasil. Disponível em < <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-56661590> > Acesso em 16 de abr. de 2021.

MAIRAL, Héctor A. KRAEMER, Susan M. Behrends (trad.). MUKAI, Toshio. (Comentários a edição brasileira). **As raízes legais da corrupção: ou como o direito público fomenta a corrupção em vez de combatê-la.** São Paulo: Editora Contracorrente, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manuel de direito administrativo.** 9.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MOAHLLEM, Michael Freitas, BRANDÃO, Bruno, OLIVEIRA, Isabel Cristina Veloso de et al. **Novas medidas contra a corrupção.** Rio de Janeiro: Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018.

PINOTTI, Maria Cristiana (org.), COLOMBO, Gherardo, DAVIGO, Piercamillo et al. **Corrupção: lava jato e mãos limpas.** São Paulo: Portfolio-Penguin, 2019.

REZZUTTI, Paulo. **A História da corrupção no Brasil.** Youtube, 05 de março de 2018. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=Lso2tzimCU4&t=336s> > Acesso em 09 de março de 2021.

RIBEIRO, Ivan César. **Relações entre Judiciário, Corrupção e Desenvolvimento: O Balanceamento entre Desburocratização e Garantia do Controle da Atividade Pública.** Disponível em < <https://www.gov.br/cgu/pt-br/centrais-de->

conteudo/publicacoes/controle-social/arquivos/1-concurso-monografias-2005.pdf > Acesso em 04 de março de 2021.

ROMEIRO, Adriana. **Corrupção e poder no Brasil: uma história, séculos XVI a XVIII**. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2017.

SANTO, Ministério Público de Contas do Estado do Espírito. **Covid-19: MPC aponta superfaturamento na compra de cloro sem licitação em Alto Rio Novo e pede a devolução de valores**. Publicado em 14 de dez. de 2020. Disponível em < <https://www.mpc.es.gov.br/2020/12/covid-19-mpc-aponta-superfaturamento-na-compra-de-cloro-sem-licitacao-em-alto-rio-novo-e-pede-a-devolucao-de-valores/> > Acesso em 13 de abril de 2021.

SANDEL, Michael J., MATIAS, Heloisa (trad.), MÁXIMO, Maria Alice (trad.). **Justiça - O que é fazer a coisa certa**. 33º ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2020.

TELES, Bruno. **A dispensa de licitação durante a Covid-19**. Conjur. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-mai-06/bruno-teles-dispensa-licitacao-durante-covid-19> > Acesso em 25 de abr. de 2021.

UNODC. **UNODC e Corrupção**. Disponível em < <https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptao/index.html> > Acesso em 02 de março de 2021.

WARDE, Walfrido. **O espetáculo da corrupção: como um sistema corrupto e o modo de combatê-lo estão destruindo o país**. Rio de Janeiro: Leya, 2018.

ASPECTOS SOCIAIS QUE LEVAM A CRIMINALIZAÇÃO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

ALISSON DA SILVA FERNANDES:

Bacharelado em Direito pelo Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná.

RENATA REZENDE TOBAR¹⁷⁶

(coautora)

CLAUDENIR DA SILVA RABELO

(orientador)

RESUMO: Analisando a inconsistência da formação da criança e do adolescente, em que não possuem a devida educação para ter uma vida digna, eles acabam sendo levados para os caminhos da criminalidade, por estarem sem aconselhamento sobre o que seria o certo. Pesquisa-se sobre as dificuldades encontradas no meio social que as tornam mais vulneráveis à criminalização, os meios que levam o menor a entrar no crime, e que com a ressocialização é possível que ele seja uma pessoa que saiba conviver em comunidade. Para tanto, é necessário observar que quando esses menores estão no mundo do crime, quando não acompanhados de uma boa educação, pode-se aumentar a criminalidade na sociedade. Será uma pesquisa básica, com abordagem qualitativa, onde serão analisadas as alterações comportamentais geradas na estrutura social e de como os adolescentes são inseridos na criminalidade. Diante disso, verifica-se que com os devidos cuidados para que o menor saiba o que é certo, ele poderá sair do crime, o que impõe a constatação de que quando ele entra no crime ele deve ter o acompanhamento por seus responsáveis, pois ele será reinserido na sociedade para que tenha como viver de forma habitual, devendo a família, círculo social e escola ajudar.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalização. Criança e Adolescente. Conflito. Lei. Reinserção.

ABSTRACT: Analyzing the inconsistency of the development of children and adolescents, in which they do not have the proper education to have a deserving life, they end up being taken to the paths of criminality, once they don't have any counseling on what would be the right thing to do. The research is done on the difficulties encountered in the social environment that make them more vulnerable to criminalization, the means that lead minors to enter crime, and that with resocialization

¹⁷⁶ Renata Rezende Tobar, acadêmica do 9º período de Direito pelo Centro Universitário São Lucas Ji-Paraná, 2021. rezende.tobar@gmail.com

it is possible that they are a person who knows how to live in a community. Therefore, it is necessary to note that when these minors are in the world of crime, when they don't have a good education, criminality in society can increase. It is a basic research, with a qualitative approach, in which the behavioral changes generated in the social structure and how adolescents are inserted in criminality are analyzed. Thus, it is concluded that with guarantee that the minor knows what is right, they will be able to leave the crime, which imposes the realization that when they enter crime, they must be monitored by those responsible for them, because they will be reinserted in society so that they can live in a customary means, and his family, social circle and school must help them.

KEYWORDS: Criminalization. Child and adolescent. Conflict. Law. Reinsertion.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Direito das crianças e dos adolescentes. 3. A criminalidade da criança e do adolescente no Brasil. 3.1 Caracterização do adolescente em conflito com a lei. 3.2 Causas que levam adolescentes cometerem ato infracional. 3.3 Prevenção . 4. Medidas de Proteção e Socioeducativas. 5. Ressocialização do adolescente na sociedade. 6. Conclusão. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A criança e o adolescente são seres que estão em desenvolvimento, crescendo e descobrindo o mundo e precisam de que alguém dê para eles cuidados especiais para que possam aprender o que é o correto e a ter a devida educação. Necessitam de pessoas que estejam sempre presentes para proporcionar o que for necessário para eles, para terem crescimento e desenvolvimento saudável; e bom para as suas escolhas de vida, pois eles se tornarão os próximos adultos.

Com isso, cabe acentuar que o crescimento do crime no mundo dos menores está aumentando cada dia que passa, e quando não se tem um certo cuidado para com o jovem ele pode acabar entrando no crime; quando não está amparado, quando vive em ambiente violento, ou até mesmo quando não tem a devida disciplina, existe a possibilidade de se envolver com a criminalidade e conseqüentemente está relacionado ao ambiente social que a criança e o adolescente vive.

A pesquisa visa a análise do menor infrator na sociedade. Quais são seus direitos e deveres. E quando transgridem a Lei, há a apresentação da Lei do Estatuto da Criança e do Adolescente onde tem o respaldo para proteção e aplicação de medidas socioeducativas, e posteriormente, o quão é importante que o menor seja reinsertido na sociedade em que vive.

A presente pesquisa é desenvolvida em quatro capítulos. No primeiro capítulo tratar-se-á acerca dos direitos da criança e do adolescente, conceituando os direitos fundamentais que são essenciais para a vida do menor, mostra-se que o menor precisa de proteção integralmente.

O segundo capítulo versará sobre a criminalidade da criança e do adolescente no Brasil, onde o menor infrator é caracterizado como adolescente em conflito com a lei. Geralmente os jovens que cometem crimes não são assistidos e não possuem uma base sólida para se apoiarem. Procuram a criminalidade; em vista disso, necessitam de proteção para que se sejam, no futuro, jovens bem instruídos.

O terceiro capítulo pretende demonstrar as medidas de proteção e socioeducativas aplicadas ao jovem infrator, com a intenção de que ele não volte a cometer atos infracionais, dando a oportunidade de mudanças de comportamento.

Por fim, a ressocialização do jovem na sociedade, pois ele deve ter uma vida após o cumprimento de suas penas, para que não volte a fazer as transgressões, podendo voltar a viver normalmente.

A pesquisa será feita por uma abordagem qualitativa para analisar o porquê esses menores são marginalizados, a ponto de buscarem meios ilícitos para tentarem sobreviver. Analisar-se-á os fatores sociais, culturais e legislativos para compreender seus reflexos sobre a sociedade e mostrar como são aplicadas as medidas de reinserção desses jovens ao meio social sem criminalização. Utilizando, portanto, publicações diversas, de modo a enriquecer a pesquisa a fim de analisar tais problemas sociais e entender as consequências de forma científica e detalhada no dia a dia.

2. DIREITO DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES

A Lei de nº 8.609 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente, estabelecido para regular e assegurar os direitos e deveres da criança e do adolescente, versa no artigo 2º que a definição de criança é a pessoa que tem até doze anos incompletos e adolescente é aquele que tem entre doze e dezoito anos, portanto, é considerado criança o ser humano que tem menos de doze anos.

Por conseguinte, essa é a fase em que as crianças têm para aprender, brincar, de instigar a imaginação, e para os adolescentes é o período de descobrimento, devendo todos aproveitar e usufruir dos direitos como cidadão, a autora Josiane Petry Veronese (1997), perlustra sobre os indivíduos que:

Todo aquele que tem seus direitos fundamentais protegidos e aplicados, ou seja, aquele que tem condições de atender a todas as suas necessidades básicas, sem as quais seria impossível viver, desenvolver-se e atualizar suas potencialidades enquanto ser

humano, isto posto, pode-se dizer que cidadão é quem tem plenas condições de manter a sua própria dignidade. (VERONESE, 1997, p.131).

Com esse entendimento, deve-se considerar que as crianças e adolescentes têm seus direitos como cidadãos comuns, deve ser respeitada a vida deles em um todo, pois são detentores de uma existência, não devendo ser menosprezados por adulto, ou por não serem adultos.

Visando nos direitos iguais para todos, foi instituído na Carta das Nações Unidas o dever de igualdade e todos são munidos de direitos iguais, por serem seres humanos, isto posto, declarou-se que as Nações Unidas devem cuidar dos direitos das crianças e adolescentes. Conseqüentemente estabeleceu-se um acordo comum, instaurou no artigo 1º na Convenção sobre os Direitos da criança que “Para efeito da presente Convenção, considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, salvo quando, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes” (ONU, 2010), nesse artigo, não foi utilizado o termo adolescente, mas se comenta que qualquer ser humano que tenha menos de 18 anos, portanto após os 18 anos, é considerado adulto.

Desta maneira, era visto que as crianças e adolescentes não eram considerados pessoas dignas, por terem suas vidas curtas, podendo até ser comparados como objetos por moldes menoristas, como o autor cometa:

[...] na Idade Média, entre os portugueses e outros povos da Europa, a mortalidade infantil era assustadora, verificando-se que a expectativa de vida das crianças rondava os 14 anos, fazendo com que estas fossem consideradas na época como animais, cuja força de trabalho deveria ser aproveitada enquanto durassem suas vidas. (RAMOS, 1999, p. 20).

Nesta seara, pode ser observado que o Estado teve que instituir as regras para qual seria a idade adulta, pois utilizavam as crianças e jovens adolescentes para trabalhos pesados, e não possuíam direitos, e tinha sua dignidade violada, pois adultos acreditavam que tinham o poder total sobre os menores, e as crianças eram desrespeitadas e maltratadas, como argumentado:

[...] não podemos mais achar que essa é uma situação “normal”. Meninos e meninas submetidos a qualquer trabalho estão sendo privados de um direito fundamental: o direito de ser criança. O direito de correr, pular, brincar de boneca, soltar pipa, jogar futebol, nadar. O direito de viver experiências lúdicas, tão

importantes no processo do desenvolvimento físico, mental, social e emocional. (GOMES, 2005, p. 92).

A Constituição Federal que foi promulgada em 5 de outubro de 1988, elenca categorias de direitos fundamentais para com as crianças e adolescentes, trazido em seu artigo 227, enaltecendo o dever que a família tem em proteger o menor, possuindo a plena prioridade em relação às suas necessidades básicas, como ter 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”, e ainda sempre manter esse jovem protegido, não o expondo as situações que sejam de risco, amparando das crueldades, com o princípio da prioridade absoluta.

Por intermédio da Constituição Federal, que instituiu os direitos fundamentais, e um princípio de suma importância, o da dignidade da pessoa humana, estabelecido no artigo 1º, inciso III, todo cidadão deverá usufruir seus direitos resguardados e deveres tutelados, com o devido respeito, ficando atribuído à pessoa, mesmo que ela esteja em desenvolvimento. Válder Kenji (2014, p. 41) comenta que o princípio também está normatizado no artigo 15 do Estatuto da Criança e Adolescente, dispondo que o jovem tem direito ao respeito.

Ademais, deverá prevalecer a democracia, em se tratando de direitos fundamentais que são estabelecidos na Constituição Federal de 1988, como relata Martins Neto (2003, p. 88), que com o dever de anexar esses direitos subjetivos, a Carta Magna acaba sendo o melhor que confirma sua fundamentação, pois, ao torná-la inviolável e a salvando ao mesmo de eventuais maiorias parlamentares, o poder constituinte originário o reconhece como aquele sem o qual não pode viver em qualquer circunstância.

Contudo, os direitos fundamentais são essenciais para a vida, pois sem eles, acabam acontecendo ilegalidades, visto que no dia a dia precisam ter princípios que regem as diretrizes certas para seguir, para não haver o cancelamento destes. O ser humano precisa ter suas realizações, dado que em grande parte, não tem o convívio natural, não consegue alcançar seus objetivos e ocasionalmente consegue sobreviver às adversidades (SILVA, 2008, p. 163).

Nesta mesma seara, o Estatuto da Criança e do Adolescente implantou medidas de proteção, para que fosse observada e seguida, revigorando os direitos fundamentais conforme disposto na Constituição Federal de 1988, com a visão de valorizar os menores de dezoito anos como detentores de direitos e de proteção (CUSTÓDIO, 2009, p. 43).

Em vista disso, o menor precisa de uma proteção adequada, e que sejam reconhecidos como seres portadores de direitos, e que são dignos de um tratamento

diferenciado por serem indefesos e frágeis, pois dependem de um adulto para sobreviver na maioria dos casos, nas palavras de Rosa Maria Xavier Gomes Carneiro (2011, p. 25):

A lei nº 8.069/90 (ECA) operou uma verdadeira revolução no ordenamento jurídico nacional, introduzindo novos paradigmas na proteção e garantia dos direitos infanto-juvenis [...] apresenta-se como diploma legal inovador, verdadeiro instrumento da democracia participativa, que retirou crianças e adolescentes da condição de mero objeto de medidas policiais e judiciais, conferindo-lhes a posição de sujeitos de direitos fundamentais. Erigindo a população infanto-juvenil à condição de prioridade nacional, o Estatuto se sobressai, ainda, por fornecer os meios necessários à efetivação de seus interesses, direitos e garantias, largamente previstos na legislação constitucional e infraconstitucional

O autor Wilson Donizeti (2004, p.18) perlustra que no artigo 6º da Constituição Federal, garantindo também o direito à educação; da mesma forma está ligado com o artigo de nº 205 o qual possui garantias de direito fundamental-social, colocando objetivos para que se haja o desenvolvimento pessoal da criança, orientando-a para o seu exercício de cidadania, correlacionando com relação ao trabalho, pois com esses princípios ajudam em sua qualificação.

O direito da proteção integral, que resulta do artigo 1º da Lei nº 8.069 de 1990, tanto para a criança, como para o adolescente, dispendo da base na Constituição Federal, observando que é dever da família, da sociedade e do Estado proteger o menor, assegurando para poder obter um desenvolvimento, e que a assistência deve ser dada de preferência em ambiente familiar, podendo ela ser biológica ou substituta (ELIAS, 2010, p. 11).

Com relação ao princípio do melhor interesse, essa conduta deve ser praticada para que seja feita a melhor condição para a criança e ao adolescente, mesmo que não seja da vontade dele, apreciando aquilo que é a mais favorável para o seu desenvolvimento, contendo uma ligação com o princípio da dignidade humana (TAVARES, 2012, p. 13).

Desse modo, com os princípios constitucionais é possível identificar os direitos fundamentais que pertencem às crianças e adolescentes, como perlustra Custódio (2009, p. 42), que ao se articular com os princípios que são destinados aos menores de dezoito anos, que não se tornaram adultos ainda, a principal função para que se tenha o papel educativo, para que haja as mudanças no convívio da condição de cidadão e

de exercer a democracia, e ainda, para haver as modificações que são fundamentais nas questões sociais e políticas.

Com a junção dos princípios do direito da criança e do adolescente, da Constituição Federal de 1988 e do Estatuto da Criança e do Adolescente, a probabilidade de lidar com os direitos dos menores é bem maior, pois dão a orientação. Mello (1990, p. 230) define que os princípios é o que sustentam o sistema; é a base para se ter os fundamentos que pairam sobre as diversidades de leis e normas estabelecidas, auxiliando para que se tenha o entendimento correto com relação ao que se deve seguir, para que haja a devida compreensão das normas que são regidas.

A criança e o adolescente são detentores de vários direitos constitucionais, mas vale destacar o princípio da proteção integral à criança e do adolescente, que está amparado no artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

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.

Conforme o artigo 3º do ECA:

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-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.

O referido artigo acima, relata que o menor precisa ter a proteção integral, e ser visto como uma pessoa da sociedade, com prioridades, pois necessita de elementos para que se tenha uma vida digna, devendo a família e o Estado preservar e cuidar, o autor Thales Tácito Cerqueira (2010, p. 19), ressalta que essas prerrogativas enquadram todos os direitos de personalidade expostos no artigo de nº 3 do Estatuto da Criança e do Adolescente, delimitando o que é significativo e interessante para o desenvolvimento do menor.

Todavia, crianças e adolescentes são pessoas que possuem garantias, e que devem ser resguardados, como um ser humano normal, não por serem menores, devem ser reprimidos ou destruídos, deste modo, possuem direitos, deveres e

obrigações, mas são mais vulneráveis e precisam de cuidados e proteção maior do que um adulto.

3. A CRIMINALIDADE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

No Brasil, a criança e o adolescente com condições sociais precárias ou que não tem uma boa base familiar, em grande maioria tendem a entrar no mundo da criminalidade, que infelizmente vem crescendo com o passar do tempo, pois quando não se tem família ou algum responsável que o guie e oriente para que não participem da criminalidade, eles se sentem tentados a ir por esse caminho.

Como relatado na lei de nº 8.069/90, que dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente, os menores devem ter a proteção. Em seu artigo primeiro deixa claro que deverá proteger o jovem integralmente aqueles que tiverem menos de dezoito anos.

Portanto, é um direito do menor ser protegido por lei, e desta forma, as autoridades buscam meios para que não aconteça a criminalidade e para que a criança e o adolescente evitem o acesso e contato com o crime, advertindo e aplicando as penas necessárias.

3.1 CARACTERIZAÇÃO DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI

A criminalidade está presente no cotidiano da sociedade, e no Brasil, pois há diversas facções criminosas e muitos que incentivam o jovem para entrar nesse caminho do crime, pois é visto como meios mais fáceis para a sobrevivência, mesmo sabendo que as consequências não são boas, o menor é atraído para continuar no mundo do crime (MONTEIRO e SANTOS JÚNIOR, 2007, n.p.).

Geralmente, quem defende para que a idade penal do menor seja reduzida, são pessoas que foram vítimas de algum jovem infrator, ou da mesma forma, a mídia é um grande aliado para formações de opiniões, ela também tem uma grande influência para que essas opiniões sejam mais constantes e que faz tornar o assunto mais unilateral com relação aos jovens infratores, e os intitulando como inimputáveis (SILVÉRIO, 2006, p. 75).

Os artifícios utilizados para instigar o pensamento à redução da menoridade penal, é que se tem as referências de outros países que utilizam os métodos de punição para infratores que têm menos de dezoito anos, ou pensam que a criança e o adolescente entraram para a criminalidade para ser um facilitador para os adultos que ali também pratica o crime, até mesmo com o pensamento de que o jovem sabe do que está fazendo e deve pagar por isso. Mas como foi supramencionado, no Congresso Nacional existem vários processos para que seja mudada a menoridade penal, com a

ideia remover a inimputabilidade do menor de dezoito anos e mudar a faixa etária para que a pessoa seja punida por seus atos (AMARAL, 2003, p. 30).

Com esse entendimento, existem formas que são tratados os acontecimentos que não são novidades; o pensamento em questão é se um adulto, ou alguém com mais de dezoito anos pratique um ato criminoso responde por pena prevista em lei, mas um jovem ou uma criança pratique o mesmo crime é apenas punido por ato infracional onde será aplicada as medidas sócio educativas, e nos piores casos quando são cometidos atos infracionais mediante violência ou grave ameaça pode ocorrer a internação de até três anos.

[...] falta de entendimento pleno da conduta criminosa, que, talvez, no passado podia ser tida como verossímil na atualidade já não é mais. Com a evolução da sociedade, da educação, dos meios de comunicação e informação, o maior de 16 anos já não pode mais ser visto como inocente "ingênuo, bobo, tolo, que vive a jogar vídeo game e brincar de *Playmobil*" (ARAÚJO, 2003, p. 30).

É defendido que o jovem não é punido da forma correta como previsto no Código de Processo Penal, pois somente se aplica aos adultos esses procedimentos, que então faz ter a ideia de que o crime possa compensar e valer a pena ser praticado por menores.

O fato é que, na atualidade, pode-se afirmar, com segurança, que mais de 95% (noventa e cinco por cento) dos casos de adolescentes entre 16 e 18 anos infratores é de criminosos habituais e perigosos, que roubam, traficam, estupram e matam, sem titubear, já que não há o que temer em resposta a seus atos. Para estes casos, urge que a maioria penal seja reduzida para os 16 anos (ARAÚJO, 2003, p. 31).

E nas palavras de Munir Cury et al. (2003, n.p.), que por não se ter a menoridade reduzida, o jovem poderá compreender que para ele será mais fácil se ele cometer um crime, pois as penalidades são mais brandas, mas há uma grande quantidade de crimes cometidos, mesmo que sejam crimes de alta gravidade deve ser evitado as punições para os menores segundo as instruções do ECA.

Há também o questionamento de que se o jovem pode exercer a cidadania política sendo menor de dezoito anos, também poderá responder por seus atos infracionais igual um adulto (CURY et al., 2003, p. 138).

Psicólogos, antropólogos e sociólogos conceituam a adolescência como um estágio peculiar no desenvolvimento humano, um período de alterações físicas, psíquicas e sociais. Juntamente com modificações hormonais, o adolescente vive uma fase de amadurecimento psicológico que passa pela reavaliação das relações parentais e por um período de desajuste social, no qual deixou de ser criança, inconsciente e inconsequente, mas ainda não é aceito na sociedade adulta (MONTEIRO; SANTOS JÚNIOR, 2007, p. 01).

Júlio Fabbrini Mirabete (2010, p. 217), ressalta que:

O jovem de 16 a 17 anos, de qualquer meio social, tem hoje amplo conhecimento do mundo e condições de discernimento sobre a ilicitude de seus atos. Entretanto, a redução do limite de idade no direito penal comum, representaria um retrocesso na política penal e penitenciária brasileira e criaria a promiscuidade dos jovens com delinquentes contumazes. O Estatuto da Criança e do Adolescente prevê, aliás, instrumentos eficazes para impedir a prática reiterada de atos ilícitos por pessoas com menos de 18 anos, sem os inconvenientes mencionados.

Quando dito sobre a inimputabilidade penal não se exclui a obrigação de reparar o dano, o jovem será punido segundo as punições que são regidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, portanto, não ficará impune ao ato infracional cometido (SARAIVA, 2008, p. 01)

Beccaria (2009, p. 73), traz em seus ensinamentos que ao se aplicar a pena em quem tem a intenção de cometer um crime, faz ao autor pensar na ideia de não fazer o ato criminoso, portanto, quando um menor comete um crime, é acometido por medidas sócio educativas estabelecidas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O autor ainda continua espaiecendo que “um delito já cometido, para o qual não há mais remédio, apenas pode ser punido pela sociedade política para obstar que os outros homens incidam em outros idênticos, pela esperança de ficarem impunes” (BECCARIA, 2009, p. 73).

Contudo, ainda explana que: “o temor que as leis inspiram é saudável” (BECCARIA, 2009, p. 15-16), quando o jovem é advertido que terá que se responsabilizar pelos seus atos infracionais, pode ocorrer que ele pense sobre suas condutas, e não cometa os crimes, pois quando há o entendimento e o discernimento

do errado, sendo ele ajudado, pode mudar a ideia e os caminhos que estão sendo seguidos.

Portanto, quando não se tem as medidas protetivas, ou quando não são bem executadas, o menor comete os crimes em grande escala, pois o jovem precisa de incentivo para não continuar fazendo os atos infracionais, para isso é importante que se tenha uma boa convivência familiar e implantando quais são os valores sociais, para que os jovens tenham um bom acompanhamento em seu desenvolvimento (SARAIVA, 2008, p. 17).

Nas palavras de Osório Adriano (2017, p. 07):

Segundo dados estatísticos, do total de 545 mil menores infratores e adultos criminosos no Brasil, 17,4%, ou seja, 94.830 são crianças e adolescentes com menos de 18 anos, que estão internados em estabelecimentos de correção ou cumprindo medidas em regime de semiliberdade ou de liberdade assistida. Segundo a Subsecretaria de Promoção dos Direitos da Criança e do Adolescente, cerca de 70% dos adolescentes em regime de semiliberdade acabam reincidindo, ou seja, cometem novos crimes após deixar os institutos.

Deste modo, a punição não é o suficiente para que ele saia do mundo do crime, mas é importante que tenha um acompanhamento de algum responsável que possa conduzir para qual caminho deve seguir, pois o jovem está acostumado com um ambiente criminoso, e após cumprir a penas, a tendência de voltar a praticar os crimes é alta; e também quando não se tem uma boa orientação.

3.2 CAUSAS QUE LEVAM ADOLESCENTES COMETEREM ATO INFRACIONAL

Atualmente os jovens têm mais contato com as informações do que em tempos antigos, eles têm acesso à internet, televisão e outros meios de comunicação, e essas tecnologias infelizmente são as maiores companhias das crianças e adolescentes, por conseguinte, as famílias estão mais distantes. Consequência disso é que o menor não tendo um acompanhamento adequado do seu desenvolvimento e crescimento, poderá então seguir qualquer caminho que for mais atrativo.

E por grande maioria, o perfil dos menores que cometem esses crimes, é do sexo masculino, tendo renda familiar baixa, ou são desempregados, vivem com o mínimo para sobreviver. Infelizmente, segue um padrão, a maioria são filhos de pais que não estão juntos, que vivem com padrasto ou madrasta, ou é criado por alguém de fora, alguma pessoa contratada para que fique na supervisão, que ficam o dia inteiro em contato somente com TV ou *internet*, e às vezes veem seus pais só no momento

que retornam dos serviços. Podendo também terem o contato com a violência doméstica, que envolvem vários tipos de agressões, ou uso de álcool, ou drogas. Portanto, os jovens que vivem em ambientes assim, tem a maior tendência de irem para o mundo do crime (ARAÚJO, 2003, n. p.).

Amaral (2003, p. 25) comenta que:

Não há emprego para os pais e sequer perspectivas para o adolescente, que não consegue enxergar além da exclusão a que está submetido com sua família, e da conduta reprovável e "reforçadora" de certas elites de nossa sociedade. Que Brasil é esse? Não é, por certo, o dos brasileiros!

Com isso, geralmente o menor não tem os conselhos e nem o acompanhamento diário de pai ou da mãe, levando-o a considerar os atos delituosos como normal, pois não tem que o impeça de fazer, ou de guiar qual seria o caminho certo, fazendo ainda entender que tudo isso é indiferente para ele, não compreendendo do mal que pode ocorrer. E ainda, o menor que convive com a violência doméstica, na própria casa em convívio familiar, entende que o fato de ser violento também é um modo de viver habitual, levando isso para o convívio em sociedade, externando em atos infracionais contra outrem (NUCCI, 2006, p. 256-257).

Por não ter um bom convívio em casa, destinado de um ambiente não agradável, com o intuito de procurar um ambiente melhor, o menor acaba indo procurar algo que o faça se sentir bem, e em grande maioria encontra algo que o agrada nas ruas, levando para o caminho das bebidas, drogas, violência, e os crimes, sendo esse o seu futuro. Portanto, se tem ainda como base a família quando bem estruturada, dando o devido amparo para a criança e para o adolescente ele não vai para esses caminhos errados (ARAÚJO, 2003, n. p.).

Pois, quando não se tem a devida atenção para os menores que estão em desenvolvimento, eles se sentem por muita das vezes com a sensação de que não tem a segurança e a proteção que precisam, e procuram em outros lugares que levam ao mundo da criminalidade. Dessa forma, cabe a sociedade e aos familiares observar, cuidar e gerenciar os filhos para que não se desvirtuem.

3.3 PREVENÇÃO

Se entende que quando há a prevenção da conduta do jovem para que ele não tenha acesso ao crime, é mais eficaz do que puni-lo, pois quando o previne e o orienta sobre os malefícios que a criminalidade provoca, pode ajudar a entender que esse não é o caminho que deve ser seguido, e mesmo após terem cometido algum ato ilícito a

prevenção para que não ocorra novamente é válida, essa tem sido a visão que o governo, as pessoas jurídicas e físicas; organizações que não são governamentais, tentam trazer para que haja um futuro melhor para esses jovens, procurando incentivar com arte e esporte

Schossler (2015, n.p.), perlustra que ao direcionar o jovem para o caminho certo, previne que ele se adentre no mundo do crime, pois dando a devida educação e fazendo que tenha uma identidade de bom caráter, de ser um bom cidadão, o jovem cresce querendo seguir um bom caminho.

O autor ainda continua que a Constituição Federal de 1988 trata a família como base da sociedade, devendo ela ser protegida e preservada, portanto, devem ser tomadas medidas para que sejam diminuídos os casos de agressões familiares, melhorias na renda familiar, e melhorar em outros aspectos em que envolve as entidades familiares (SCHOSSLER, 2015, n.p.).

Debarbieux e Blaya (2002, n.p.) ressaltam que para que se tenha um jovem de boa índole, e para que ele não queira ir para os caminhos errôneos, existem quatro eixos que são interligados, sendo eles: a educação dos pais, gerenciamento dos pais, treinamentos para que se tenha a capacidades nas crianças e programas para que se enriqueça o intelectual, agindo de forma correta com esses pilares, é possível que não se tenha um jovem que cometa transgressões.

Curvelo (2012, n.p.), entende que com as políticas públicas com a ideia voltada para a educação do menor, dando ele condições para que desenvolva seu intelecto, ainda que não tenha condição, mas incentivando a pensar em um futuro melhor, dando condições de olhar em frente, previne que o jovem se sinta perdido, e o faça enxergar que pode sim, alcançar um rumo melhor para sua vida, sem precisar cometer atos delituosos.

E ainda podendo adentrar no mercado de trabalho, mas cabe ressaltar que no Brasil existe uma idade para que se ingresse em um trabalho, não podendo entrar anterior a essa idade, os autores comentam que:

No que se refere a inserção ocupacional, parcela significativa dos jovens infratores já teve alguma experiência laborativa, em geral no mercado informal, com escassa remuneração e falta de direitos trabalhistas. Vale ressaltar que o mercado de trabalho para os jovens, de uma maneira geral, é bastante restrito principalmente para adolescentes com baixa escolaridade. Diante da ausência de boas opções, muitos jovens se inserem no tráfico de drogas, que hoje se configura como uma atraente oferta de trabalho (ASSIS; CONSTANTINO, 2005, p. 84).

O Estatuto da Criança e do Adolescente ainda assegura em seu artigo 227, *caput*, que a família tem o dever de assegurar a segurança do menor, para que ele tenha os seus direitos resguardados e protegidos, sem ter "negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão".

Para Wilson Donizetti Liberati (*apud* SOARES, 2005, p. 02) "[...] os métodos para o tratamento e orientação tutelares são pedagógicos, sociais, psicológicos e psiquiátricos, visando, sobretudo, à integração da criança e do adolescente em sua própria família e na comunidade local".

Contudo, será então aplicado ao jovem quando for pego cometendo um crime a advertência, e dessa forma receberá orientações de como deverá seguir com a vida, de uma autoridade competente, e ainda mais, com a presença de seus familiares, de preferência os pais, com o intuito de informar quais são as consequências da vida do crime, e orientando para que não venha cometer outros atos infracionais (BARROS, 2003, n.p.).

Se o jovem continuar a praticar os crimes, será aplicado a medida socioeducativa, que poderá acarretar a ter que reparar o dano que causou, fazendo entender que tem a obrigação de arrumar aquilo que não era para ter feito (SANTOS, 2000 *apud* TAVARES, 2004, n.p.).

A liberdade assistida, será sempre solicitada quando se vê a necessidade em que o jovem precisa de acompanhamento e de auxílio para que possa viver bem, devendo os responsáveis observarem se é necessário esse método (BARROS, 2003, n.p.).

Ademais, o ECA não tem definição para quais serão as condições que deverão ser cumpridas pelos jovens "cabe à autoridade judiciária, que individualizará o tratamento tutelar, aplicando no caso concreto as condições" (*apud* SOARES, 2005, n.p.).

É indubitável a sociedade que se mantém organizada, tentando inibir a violência, principalmente vindo de menores, dando a devida segurança e amparo para o jovem, tentando direcionar para o caminho correto, para que não venha a se perder e entrar no mundo da criminalidade, pois estão em formação, e precisam de acompanhamento de adultos responsáveis para que auxiliem em seu desenvolvimento.

4. MEDIDAS DE PROTEÇÃO E SOCIOEDUCATIVAS

As medidas socioeducativas serão aplicadas por um promotor de justiça ou por um juiz de direito. Quando um jovem praticar atos ilícitos, ou quando for o caso de uma criança, será aplicada as medidas de proteção e não medidas socioeducativas, conforme estipulado no artigo 110 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Ressalta-se que nenhum menor será remetido a privação de liberdade sem passar pelo devido processo legal, portanto, antes que seja aplicada as medidas do artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, deverá passar por um processo de investigação sobre o crime praticado e que seja garantido os direitos do menor infrator.

Segundo Beccaria (2009, p. 20), ressaltava que “Um dos maiores freios dos delitos não é a crueldade das penas, mas a sua infalibilidade”. Com esse entendimento, cabe ressaltar que só será aplicado as medidas socioeducativas para menores de dezesseis anos, que podem entender a gravidade por terem cometido um crime.

O autor De Plácido Silva (1999, p. 1121), traz como preceitos de proteção ao jovem que:

Do latim *protectio*, de *protegere* (cobrir, amparar, abrigar), entende-se toda espécie de assistência ou de auxílio, prestado às coisas, ou às pessoas, a fim de que se resguardem contra os males que lhes possam advir. Em certas circunstâncias, a prostituição revela-se o favor ou o benefício, tomando, assim, o caráter de privilégio ou de regalia. Desta acepção é que se deriva o conceito de protecionismo, na linguagem econômica e tributária.

Para que as medidas de proteção sejam aplicadas, serão seguidas de acordo com o artigo 100 do Estatuto da Criança e do Adolescente, sendo a preferência de que se estabeleça, que a família seja um alicerce para o menor, como disposto no artigo 101 do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I – encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;

II – orientação, apoio e acompanhamento temporários;

III – matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;

IV – inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;

V – requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;

VI – inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;

VII – acolhimento institucional;

VIII – inclusão em programa de acolhimento familiar

Visto que o legislador ressaltou o papel da família e do menor, se preocupando com o que se passa no ambiente em que vive, pois, o entendimento é que quando um jovem pratica um ato infracional, pode ser que a família não esteja passando por um momento bom, e não está conseguindo manter a criança ou o adolescente dentro dos padrões (CASSANDRE, 2008, p. 34).

De fato, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê as medidas socioeducativas para serem aplicadas quando o menor pratica atos ilícitos, em seu artigo 112 e seguintes, mostrando quais serão as consequências:

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 a comunidade;

IV – liberdade assistida;

V – inserção em regime de semiliberdade;

VI – internação em estabelecimento educacional;

VII – qualquer uma das previstas no art. 101, I a VI.

§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.

Portanto, há diferença entre as medidas socioeducativas e as medidas de proteção, segundo Dupret (2010, p. 171), as medidas de proteção poderão ser aplicadas nas crianças menores e também nos adolescentes que estão em ambientes perigosos, mas as medidas socioeducativas, serão aplicadas quando o adolescente que se expõe ou vai atrás desses riscos, como previsto no artigo 98, inciso III; quando o jovem por sua intuição e vontade própria se coloca em risco de perigo, quando ele por si só vai atrás para cometer os crimes.

O tratamento com relação à criança e ao adolescente tem que ser diferenciado, pois o adolescente infrator é tratado com medidas mais rigorosas como relatado na legislação, sendo derivado do princípio da legalidade, e será vedada qualquer medida que seja diferente da que foi imposta na lei (MAIOR NETO, 2006, p. 378).

A intenção das medidas socioeducativas para os jovens infratores são para que se tenham a reeducação e a ressocialização, tem a intenção de mostrar que com a repreensão a mudança no comportamento errado, e para evitar que sejam cometidos novos atos infracionais, com as penas mais brandas, tem um pouco de simetria com as punições implantadas no Código Penal, como forma de inibir o jovem do mundo do crime (DA SILVA, 2008, p. 23).

Com as medidas socioeducativas o jovem tem a possibilidade de se integrar novamente na sociedade, e viver uma vida normal, pois com as medidas ele poderá entender que ele não precisa viver uma vida cometendo crimes e praticando atos ilegais, e com um bom comportamento a população poderá também enxergar de outra forma, dando a oportunidade para que o jovem consinta sobre seus erros.

Portanto, as espécies de medidas socioeducativas que estão previstas no artigo 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, pretende fazer com que o jovem não volte a cometer infrações novamente, pois, conforme for a gravidade do ato praticado, será imposta a pena com as medidas cabíveis.

Das várias formas de serem aplicadas as medidas socioeducativas, a de advertência que é aduzida no artigo 115 do Estatuto da Criança e do Adolescente, compõe-se em: "A advertência consistirá na admoestação verbal, que será reduzida a termo e assinada".

A pena de advertência, poderá ser aplicada para que o menor se predisponha de suas falhas e que tem a oportunidade de mudar; em muitas das vezes o jovem não

pretendia cometer tais atos ilícitos, mas com a atual situação que se encontra, acaba praticando infrações.

Sendo uma das penas mais brandas, pois se aplica quando o jovem está com o comportamento estranho de forma rebelde, então ele será advertido e entregue para os responsáveis, e Nogueira (2005, p. 1022) entende que deverá ser uma das medidas mais usadas, pois quando utilizada, leva a agregação familiar (NOGUEIRA *apud* CHAVES, 2005, p. 1002).

A obrigação de reparar o dano, está elencada no artigo 116 do ECA, onde que “em se tratando de ato infracional com reflexos patrimoniais, a autoridade poderá determinar, se for o caso, que o adolescente restitua a coisa, promova o ressarcimento do dano, ou por outra forma, compense o prejuízo da vítima”.

Com a pena de reparação de danos, faz com que o menor se atente melhor sobre o erro que está fazendo, desse modo ele entende e admite o que faz está errado, e ainda tem a oportunidade de reparar a lesão que causou na sociedade, se retratando com as vítimas.

Essa medida pode ser exigida para que o menor repare o dano e para o responsável por ele também, mas essa medida pode ser mudada com manifestação de advogado, caso for exposto à inviabilidade em sua aplicação (FONSECA, 2006, p. 34).

Pode-se também ser aplicada a prestação de serviço à comunidade. Faz com o jovem desenvolva serviços que faça o bem para a sociedade, visando os interesses coletivos, obrigando-o a desenvolver esses serviços quando ele pratica algum ato infracional (SÁ, 2009, n.p.).

Para a prestação de serviços comunitários, o infrator terá que exercer as atividades no máximo oito horas por semana, podendo até ser realizadas aos sábados e domingos, mas, observando que essa medida não pode atrapalhar na escola e nem em seu trabalho habitual.

Conforme elencado no artigo 117 do Estatuto da Criança e do Adolescente que:

Art. 117 - A prestação de serviços comunitários consiste na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período não excedente a seis meses, junto a entidades assistenciais, hospitais, escolas e outros estabelecimentos congêneres, bem como em programas comunitários ou governamentais.

Parágrafo único - As tarefas serão atribuídas conforme as aptidões do adolescente, devendo ser cumpridas durante

jornada máxima de oito horas semanais, aos sábados, domingos e feriados ou em dias úteis, de modo a não prejudicará frequência à escola ou jornada normal de trabalho.

Logo, com a medida de prestar os serviços comunitários, o infrator entenderá que fazer o bem é o caminho certo, e assim ele poderá viver tranquilamente sem que vá por caminhos errados, pois deste modo consegue educar para que vise que a vida em comunidade e vivendo corretamente, possa ser uma realização para todos, e neste caminho consegue ainda fazer com que ele se integralize na vida em sociedade, se sentindo útil.

Nas palavras de Cury, Silva e Mendes (2002, p. 255), que é uma das medidas que mais tem retorno, pois há um sentimento desenvolvido quando o jovem começa a executar os trabalhos, pois envolve nas questões pessoais e sociais, e com essa medida, o jovem deverá prestar serviço para a comunidade, e serão desenvolvidas tarefas conforme a inclinação do jovem, não excedendo as 8 horas por semana, de forma que também não atrapalhe em seus estudos e na vida.

Necessita-se ser supervisionado por autoridades do judiciário, do Ministério Público, técnicos sociais, onde que irão elaborar relatório sobre o desempenho do menor, com relação ao serviço prestado e o seu convívio com a sociedade (FONSECA, 2006, p. 38).

Sobre a liberdade assistida; o objetivo dela é que tenha o acompanhamento do adolescente e orientação. Este será acompanhado por algum responsável que será um orientador, auxiliando, acompanhando e advertindo para ter o discernimento do que é certo e errado, facilitando a conscientização do que é errado.

Ocasionalmente, se estabelece a medida da liberdade assistida, que está prevista no artigo 118 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 118 - A liberdade Assistida será adotada sempre que se afigurar a medida mais adequada para o fim de acompanhar, auxiliar e orientar o adolescente.

§ 1º - A autoridade designará pessoa capacitada para acompanhar o caso, a qual poderá ser recomendada por entidade ou programa de atendimento.

§ 2º - A liberdade assistida será fixada pelo prazo mínimo de seis meses, podendo a qualquer tempo ser prorrogada, revogada ou substituída por outra medida, ouvido o orientador, o Ministério Público e o defensor

O menor será submetido esse tratamento quando estes jovens que já passaram por alguma medida e são reincidentes, e no intuito de que não venham praticar novamente algum delito, é aplicado a medida de liberdade assistida (AQUINO, 2012, p. 27).

Será estipulado o tempo mínimo de seis meses, e podendo ser prorrogada a qualquer momento, tanto como revogada ou substituída da forma que achar melhor para aplicar no jovem infrator, sempre com acompanhamento, e não terá tempo máximo para o seu cumprimento, cabendo ao Juiz decidir o que é mais adequado para o jovem (CASSANDRE, 2008, p.48).

Geralmente é aplicada em jovens reincidentes de crimes mais leves, mas podendo ser utilizada em casos mais graves também, mas, conforme estudos sociais realizados, a melhor forma para o menor infrator seria que ele estivesse próximo ao seu ambiente familiar, para poder voltar à sociedade de forma mais rápida. Também se aplica em casos de internação ou semiliberdade, quando é certificado que está se recuperando e não é mais um perigo (FONSECA, 2006, p. 43).

O regime de semiliberdade, está regulamentada no artigo 120 do ECA, como exposto que:

Art. 120. O regime de semiliberdade pode ser determinado desde o início, ou como forma de transição para o meio aberto, possibilitada a realização de atividades externas, independentemente de autorização judicial.

§ 1º São obrigatórias a escolarização e a profissionalização, devendo, sempre que possível, ser utilizados os recursos existentes na comunidade.

§ 2º A medida não comporta prazo determinado aplicando-se, no que couber, as disposições relativas à internação (BRASIL, 2021).

O regime de semiliberdade, visa equilibrar a vida do infrator, pois ele tem os seus compromissos normais durante o dia, e tem que voltar para a instituição no período noturno, isto seria o compromisso dele, tirando parcialmente a liberdade.

Esta é uma das medidas mais rigorosas após a internação, mas é também utilizada quando se entende que o menor não é perigo para a sociedade, mesmo que ele tenha cometido um crime grave. O entendimento é que ele não é mais um perigo eminente, portanto, será exigido apenas a semiliberdade para a sua reinserção no meio social e com sua família (MATIAS, 2012, p. 33), vale ressaltar que a semiliberdade não

tem prazo estipulado, conforme parágrafo 2º do artigo 120 do ECA (ABREU, 2009, p. 28).

Ela poderá ser utilizada de duas maneiras, tanto quando o jovem começar a vida no crime, mesmo não sendo de alta periculosidade, ou também poderá iniciar após a aplicação de alguma outra medida socioeducativa.

Outra medida é a internação, "... o constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento" (CAVALCANTE, 2008, p. 32).

Neste caso, o menor só será liberado após uma autorização judicial, que permitirá após análise de que se pode voltar a semiliberdade ou a liberdade assistida, dependendo da situação, se o comportamento mudou, se teve uma evolução considerável.

Essa medida deve ser instaurada no menor tempo que for possível, conforme o artigo 121, parágrafos 2 e 3, no tempo máximo de três anos, podendo ser analisado a cada seis meses o jovem, para averiguar se é preciso manter ele em internação, e só deverá ser aplicado quando não houver outra maneira ou medida socioeducativa (CAVALCANTE, 2008, p. 33).

Deste modo, o artigo 122 prevê que:

Art.122: A medida de internação só poderá ser aplicada quando:

- I) quando se tratar de ato infracional cometido com grave ameaça ou violência à pessoa;
- II) reiteração no cometimento de outras infrações graves;
- III) descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta (BRASIL, 2021).

Portanto, só poderá ser aplicada a medida quando instaurada por autoridades judiciárias, e somente deve ser imposta quando as medidas anteriores forem aplicadas e não obtiver resultado (CARDOSO, 2006, p. 50).

Tem a necessidade de internação para que se evitem problemas maiores, pois se com as outras medidas tomadas o infrator não teve mudanças, pode ser que o ambiente em que vive ou as influências estejam cooperando para que ele não tenha uma evolução considerável, e quando adotado esse método, a intenção é que o menor saia deste ambiente e compreenda qual é a melhor direção a ser seguida.

Por último, a medida de remissão, que acontece quando há o perdão e a renúncia, como previsto no artigo 126 do Eca, que é uma maneira para que se haja a exclusão, suspensão ou extinção do processo, como relatado:

Art. 126. Antes de iniciado o procedimento judicial para apuração de ato infracional, o representante do Ministério Público poderá conceder a remissão, como forma de exclusão do processo, atendendo às circunstâncias e consequências do fato, ao contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

Parágrafo único. Iniciado o procedimento, a concessão da remissão pela autoridade judiciária importará na suspensão ou extinção do processo (BRASIL, 2021).

Portanto, a remissão é utilizada quando no caso o jovem não apresenta comportamento de caráter duvidoso, não for apresentado antecedentes, e quando a família, a escola, a sociedade e outros institutos concordam com a reação de modo adequado (CURY; SILVA e MENDEZ, 2002, p. 412).

Quando aplicada a remissão, acredita-se que pode evitar um problema futuro, pois não é de modo voluntário que se tem a mudança, mas ela faz com que o menor tenha uma dívida a ser paga, dando a obrigação de fazer o que foi determinado.

Mirabete (2003, p. 426), traz a seguinte reflexão:

A remissão pode ser concedida como perdão puro e simples, sem a aplicação de qualquer medida, ou, a critério do representante do Ministério Público ou da autoridade judiciária, como uma espécie de transação, como mitigação das consequências do ato infracional. Nesta última hipótese ocorre a aplicação de medida específica de proteção ou socioeducativa, excluídas as que implicam privação da liberdade (encaminhamento aos pais ou responsáveis, advertência, etc.). Excluem-se as medidas de semiliberdade e internação diante do princípio do devido processo legal, consagrado na Constituição Federal (art. 5º, LIV). Essa transação sem a instauração ou conclusão do procedimento tem o mérito de antecipar a execução da medida adequada, a baixo custo, sem maiores formalidades, diminuindo também o constrangimento decorrente do próprio desenvolvimento do processo (MIRABETE, 2003, p. 426).

Isto posto, com as medidas socioeducativas, é possível que o jovem volte a ter uma vida normal, pois essa seria a intenção para serem aplicadas tais medidas, para que o infrator tenha a oportunidade de ter a reinserção na comunidade onde se vive, observando a realidade existente no cotidiano da vida do menor.

5. RESSOCIALIZAÇÃO DO ADOLESCENTE NA SOCIEDADE

As medidas socioeducativas têm a intenção de que o adolescente que foi infrator tenha uma vida normal após cumprir as penas que foram previstas, tem o intuito de trazer o jovem de volta à sociedade e para ter uma nova concepção de vida, podendo conviver com sua família e em ambientes sociais normalmente (JANSE, 2010).

Mesmo assim, não é o bastante para que o adolescente tenha uma vida normal na reinserção. Portanto, é importante que o ambiente familiar esteja preparado para que o menor se sinta protegido, e bem orientado com a educação na escola, e que tenha uma inclusão no mercado de trabalho quando atingir a idade apropriada, e que seja também observado pela família, se o menor apresenta índice de que esteja aprendendo a conviver em sociedade de forma natural e correta, se a sua formação de caráter com pessoas de bom exemplo, como traz a explanação de Alves (2010, p. 129) "o principal agente de socialização, devendo ser parceira e partícipe das ações no processo de formação da identidade pessoal e social da criança e do adolescente."

Portanto, é relacionado com o ambiente em que o adolescente vive, quando não há ligação com os princípios familiares os jovens tendem a ir para os caminhos errados, pois quando não há direcionamento dos pais e na relação existem conflitos, ou não há imposição de limite para o menor; a tendência para que ele se envolva no mundo do crime é maior.

Para se ter uma ressocialização ideal dos adolescentes infratores, é necessário que se tenha uma base familiar com valores serem seguidos, com isso pode-se diminuir a criminalidade que chega até os menores, pois com os programas de ressocialização atinge até o resgate de família do mesmo, dando o devido apoio para que se tenha a união e respeito (REBELO, 2010, n. p.).

Nas palavras de Alves (2010, p. 59), comenta que:

São necessárias ações não apenas para provimento do seu acesso aos serviços essenciais, mas também o desenvolvimento de políticas sociais que ofereçam apoio à família ou responsáveis, políticas e ações voltadas para proteger as crianças e adolescentes quando os seus vínculos familiares estão fragilizados ou rompidos, tais políticas devem apoiar as famílias no cumprimento de suas funções de cuidado e socialização de

seus filhos, buscando promover a inclusão social e buscar a superação das vulnerabilidades.

Observando que o papel da família é essencial para o desenvolvimento correto do menor, reeducando para a convivência em sociedade, sendo um dos fatores muito importante quando o menor é recolocado em sociedade, pois quando há a oportunidade de voltar ao ambiente social quando afastados por praticar ato infracional, quando vão se reinserir é significativo quando todos os acolhem e aceitam, sem criticá-los ou discriminá-los, pois é uma oportunidade para que o jovem não volte ao mundo do crime, e tenha uma possibilidade de vida melhor, e com esse convívio social, quando é aceito normalmente, o jovem poderá ter um relacionamento melhor com a sociedade. Contudo, tendo uma educação adequada, faz parte do processo de ressocialização do menor, pois quando exercida de forma correta com ensino de qualidade (JANSE, 2010).

Também existe a possibilidade para que o menor ingresse no mercado de trabalho, pois quando ele percebe que consegue seguir uma vida plena, irá sempre buscar o caminho certo para ir, e ainda proporciona a sensação de liberdade, de independência e compromisso, Morais (1995, p. 41) relata que:

[...] é necessário reconhecer-se a maioria da sociedade e sua capacidade de criar instrumentos próprios de autodefesa, independente do regulamentarismo estatal, tornando-se, assim, indispensável à criação de atividade regular remunerada para os adolescentes, com finalidade pedagógica e sem o seu ingresso no mercado de trabalho. Essa medida, no entanto, não pode significar fraude à legislação trabalhista, mas sim meio de educação de nossa juventude.

Nesse contexto, pode-se falar em justiça restaurativa, que tem a intenção de reparar o dano que foi causado pelo infrator, sem deixar que ninguém se sinta lesado conforme esclarece Link (2008, p. 13-14):

O aumento da violência no cenário mundial e a insuficiência do paradigma punitivo, centrado na estrutura crime-pena aflitiva ("mal" necessário), na exclusão social e estigmatização do réu – pela ambivalência criminoso e cidadão do bem –, na desconsideração ou minimização do papel da vítima no processo de solução de conflitos em matéria penal, na concepção estrita do crime como transgressão à norma, contribuíram para a busca de medidas de combate à criminalidade alternativas à prisão, como a reparação e trabalhos de interesse geral, avançando para

programas de justiça restaurativa – lastreada em premissas, princípios e efeitos próprios que se pretendem diversos do modelo punitivo.

Com esse modo de soluções de conflitos a justiça age de forma democrática com a intenção de que não haja a reincidência, traga a tranquilidade para a sociedade que sofreu algum tipo de dano pelas infrações, Pacheco (2012, p. 21) conceitua que:

A finalidade da justiça restaurativa é consertar, reparar o futuro, restaurando relacionamentos, especialmente, entre a vítima, o agressor e a comunidade, visando, ainda, prevenir a ocorrência de novos delitos. [...] a justiça restaurativa busca equilibrar o atendimento às necessidades, não só da vítima e da comunidade, mas também a necessidade da reintegração do vitimário à sociedade. Tem, por primordial finalidade, que todas as partes participem do processo de justiça de maneira produtiva.

Portanto, com a justiça restaurativa tem o intuito de trazer a paz para a família do infrator, e também para a comunidade que vive, para que não tenha o fator da discriminação, e para que as pessoas que o rodeia não tenha mais medo ou se sintam que foram lesionados:

A justiça restaurativa pode ser compreendida como um novo modelo criminológico de solução de conflitos penais, que tem como fundamento maior a conciliação e a intermediação entre o infrator e vítima, enfatizando as instâncias civis e a própria sociedade como mediadoras, em lugar do antiquado e formalista Estado-juiz (SANTOS, 2013, p.43).

Deste modo, a justiça restaurativa não tem a visão de punição, mas sim de que o infrator tenha a consciência do que fez e que se sinta culpado e tenha a vontade de retratar o dano que causou a outras pessoas, e a ideia é que ele não venha causar mais problemas ou prejuízo para a sociedade:

[...] a justiça restaurativa se destaca no cenário internacional, como uma forma de resolução de conflitos, onde a vítima e o ofensor protagonizam o processo. Surge como uma resposta à pequena atenção dada à vítima e, em contrapartida como forma de ressocializar o ofensor, que em razão da falência do sistema penal tradicional, sai do presídio pior do que entrou, além de estar estigmatizado e etiquetado para sempre pela experiência do cárcere. (PACHECO, 2012, p.15).

A Resolução 2012/12 da Organização das Nações Unidas (2006, p. 5) aponta que:

Novas e estabelecidas formas de justiça restaurativa oferece a comunidade alguns meios de resolução de conflitos que são bem-vindos. Eles envolvem os indivíduos que não são as principais vítimas do incidente, mas estão diretamente envolvidas ou afetadas por ele. A participação da comunidade no processo não é abstrata, mas muito direto e concreto. Esses processos são particularmente adaptáveis às situações onde as partes participam voluntariamente e cada um tem a capacidade de se envolver plenamente e de forma segura em um processo de diálogo e negociação.

A intenção da justiça restaurativa é que não haja um rancor ou qualquer tipo de ódio quando o infrator tenta se reintegrar na sociedade, o objetivo de restaurar a confiança e o relacionamento com as pessoas do ambiente em que vive sem nenhuma restrição, nesta seara Pinto (2008, p.192) relata que:

A ideia, então, é voltar-se para o futuro e para restauração dos relacionamentos, ao invés de simplesmente concentrar-se no passado e na culpa. A justiça convencional diz: você fez isso e tem que ser castigado! A justiça restaurativa pergunta: o que você pode fazer agora para restaurar isso?

No Código de Processo Civil, em seu artigo 3º busca trazer as soluções de modo pacífico e complacente, para que sejam solucionados os conflitos existentes, em seu § 2º expõe que "O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. "

Podendo também o jovem adentrar no mercado de trabalho, pois assim ele cria a responsabilidade e desenvolve o comprometimento com o ambiente, Lorencetti (2011, p. 61) relata de que forma que pode contribuir:

I - Instituir programas do SENAI/SENAC de forma descentralizada nos bairros mais vulneráveis voltados para uma vida produtiva dos jovens;

II - Efetuar acordos entre Ministério do Trabalho, Promotoria da Infância e Sociedade Civil, para viabilizar o ingresso de menores no mercado de trabalho;

III - Criar um programa de inserção do jovem no mercado de trabalho.

Portanto, cabe também a comunidade ajudar na reinserção do jovem, pois devem aceitar a sua convivência social, como Jance (2010, n.p.) comenta que “que a verdadeira reeducação deveria começar pela sociedade, antes que pelo condenado. Antes de querer modificar os excluídos, é preciso modificar a sociedade excludente, atingindo, assim a raiz do mecanismo de exclusão”.

Com isso, o jovem que cometeu algum delito, ao se sentir incluso na sociedade ele tem a probabilidade de mudar os pensamentos errados, contando com uma boa educação familiar, convívio com boas pessoas, e estar no mercado de trabalho, podendo contar ainda com ajudas de programas de políticas públicas (NERI, 2012, p. 63).

Neste sentido o autor ainda continua que:

São necessárias ações não apenas para o provimento do seu acesso aos serviços essenciais, mas também o desenvolvimento de políticas sociais que ofereçam apoio à família ou responsáveis, políticas e ações voltadas para proteger as crianças e adolescentes quando os seus vínculos familiares estão fragilizados ou rompidos, tais políticas devem apoiar as famílias no cumprimento de suas funções de cuidado e socialização de seus filhos, buscando promover a inclusão social e buscar a superação das vulnerabilidades. (ALVEZ apud NERI, 2012, p. 63)

Costa (2006, p. 59), que o auxílio da família e de quem convive perto tem o papel importante na reeducação do jovem, pois assegura para que o futuro do menor seja melhor, quando se convive em um ambiente adequado com harmonia, com respeito, com paz. Com educação se tem a oportunidade de ter valores que são positivos para o ser humano, e o entendimento que:

A maior aquisição que um jovem pode fazer na comunidade educativa é a do seu próprio projeto de vida. Se isso não ocorrer, todo o trabalho realizado, todo esforço despendido não significará mais do que assegurar-lhe, por um determinado tempo, a nossa assistência. (COSTA, 2006, p. 59)

Vale salientar que tratando o adolescente adequadamente e sem tratar com desprezo, quando volta de alguma medida socioeducativa dando a oportunidade de mudar de vida, com educação e boas convivências, possibilita que o jovem tenha um futuro melhor, pois mesmo que as medidas não forem eficazes, existem meios para

que o menor não volte para o mundo do crime, pois se todos desenvolverem os papéis ajudando a encontrar o caminho correto, o desenvolvimento da criança e do adolescente se torna voltado para as coisas boas, então cabe a todos ajudar em sua formação como cidadão.

6. CONCLUSÃO

O estatuto da Criança e do Adolescente, com a Constituição Federal de 1988 objetiva que os menores são portadores de direitos e deveres, devendo eles serem resguardados e cumpridos para que haja um bom desenvolvimento e crescimento deles, ambos devendo ser respeitados.

Antes, as crianças e adolescentes não eram respeitados como pessoas, não tinham direitos e garantias, momento em que mais precisam de cuidados e proteção, isto é, são portadores de direitos de proteção integral, com garantias e prioridades absolutas.

E por estarem em desenvolvimento, devem sempre estar com sua base familiar e social, com pessoas que os orientem e que os auxiliem em seu crescimento, para se tornarem adultos de boa conduta, e com apoio e boa educação, os riscos de se envolverem em ocupações ilegais são poucas, pois o menor desenvolve valores com relação à sociedade.

A pesquisa foi elaborada em quatro capítulos, sendo que no primeiro capítulo tratou-se a respeito de que direitos e deveres que as crianças e adolescentes devem ter, explorando sobre os direitos que existem para resguardar os menores.

No segundo capítulo tratou sobre a criminalidade dos menores, que quando uma criança e um adolescente não tem acompanhamento adequado e não é bem cuidado por um adulto, quando não se tem a devida educação e a falta de um lar pertinente para a sua boa desenvoltura, afeta muito o caminho que o menor decide tomar, fazendo com que ele procure os caminhos mais fáceis da marginalidade e criminalidade, é necessário que se tenha mais cuidado para que os menores não procurem esses caminhos, pois quando bem orientados as chances de fazerem as coisas erradas diminuem.

No terceiro capítulo abordou sobre as medidas socioeducativas, que são utilizadas quando o menor pratica algum ato criminoso, mas a intenção dela é para que essa criança ou adolescente não retorne ao mundo do crime, que não procure novamente os caminhos errados, mas que aprenda o que é o certo e de como conviver em sociedade harmoniosamente.

Pois, quando cometido os atos infracionais eles terão que passar pelas medidas de responsabilização pelos danos que foram cometidos, e com a execução das medidas socioeducativas, dá a oportunidade para o menor não cometer mais atos ilícitos, pois há a reparação do dano. As medidas não têm a intenção de punir o jovem, mas sim de orientar em quais caminhos devem seguir, mostrando qual é o caminho certo e como deve se comportar.

Observa-se que o menor infrator tem particularidades em grande maioria, pois quando não se tem ajuda para o seu bom desenvolvimento pode acabar indo para o mundo criminoso. Quando bem amparado pela família, pela sociedade e pelo Estado, com uma boa educação, as chances do jovem se tornar infrator são menores.

E para que esse menor infrator não volte para o crime, cabe a reinserção dele, na sociedade, pois quando há uma boa recepção e a não criminalização dele, ele consegue se adequar e se sentir seguro. Com precaução para que não se tenha jovens infratores e ajudando os que são infratores; a criminalidade de crianças e adolescente pode diminuir, pois quando se tem um jovem bem estruturado e amparado, ele não sentirá a necessidade de entrar ou permanecer no crime.

Em síntese, quando se tem a ressocialização do menor, realizado de forma correta e com acompanhamento, educando e indicando o caminho certo a ser seguido, ele consegue enxergar o que é necessário para se viver em sociedade, sem ter que entrar no crime, mas quando ocorrer, a família e tutores ajudando e dando o apoio a vida desse menor poderá ser diferente, se tornando um adulto com boa índole sem se envolver na criminalidade.

7. REFERÊNCIAS

ABREU, Antonio Carlos Croner de. **A Redução da Maioridade Penal**. Disponível em <<http://dspace.idp.edu.br>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

ADRIANO, Osório. **Projeto de lei n.º 4.753, de 2009**. Altera os § 3º e 5º e acrescenta o § 7º do art. 121 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Disponível em: <www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid...node2?>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

ALVES, Cinthya Maria Costa. **Família**: contribuição no processo de ressocialização do adolescente em conflito com a lei. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/familia-contribuicao-no-processo-de-ressocializacao-do-adolescente-em-conflito-com-a-lei/70558/>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

AMARAL, Luiz Otavio de Oliveira. **Redução da Imputabilidade Penal**. Revista Consulex, Brasília, DF, ano VII, n. 245, 30-41, 15 de dez. 2003.

AQUINO, Leonardo Gomes de. Criança e adolescente: o ato infracional e as medidas socioeducativas. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-99/crianca-e-adolescente-o-ato-infracional-e-as-medidas-socio-educativas/>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

ARAÚJO, Kleber Martins de. **Pela redução da maioridade penal para os 16 anos**. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 162, 15 dez. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4578>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

ASSIS S & CONSTANTINO P 2005. **Violência contra crianças e adolescentes: o grande investimento da comunidade acadêmica na década de 90**, pp. 163-198. In MCS Minayo & E Souza (orgs.). *Violência sob o olhar da saúde*. Fiocruz, Rio de Janeiro.

BARROS, Fernanda Otoni de (Cord.). **To Fora: o adolescente fora da lei**. O retorno da segregação. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e Das Penas**. 2 ed. São Paulo: Martin Claret, 2009.

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: 17 de fevereiro de 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: 17 de fevereiro de 2021.

CARDOSO, Jacqueline de Paula Silva. **Da Ineficácia Da Internação Como Medida Sócio – Educativa**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/493>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

CARNEIRO, Rosa Maria Xavier Gomes. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. 1152 p.

CASSADRE, Andressa Cristina Chiroza. **A Eficácia Das Medidas Socioeducativas Aplicadas Ao Adolescente Infrator**. Disponível em:

<<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/876>>.
Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

_____, _____. Disponível em:
<<https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2017/3/art20170308-10.pdf>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

CAVALCANTE, Patrícia Marques. **As Medidas Socioeducativas Impostas Ao Adolescente Infrator Segundo O Eca**: Verso E Anverso. Disponível em:
<<https://pt.scribd.com/document/64280978/AS-MEDIDAS-SOCIOEDUCATIVAS-IMPOSTAS-AO-ADOLESCENTE-INFRATOR-SEGUNDO-O-ECA-VERSO-E-ANVERSO-Patricia-Marques-Cavalcante-JurisWay>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua. **Manual do Estatuto a Criança e Adolescente (teoria e prática)**, 2 edição – Niterói/RJ, 2010.

CHAVEZ, Antônio. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 2 ed. São Paulo: LTr, 1997.

COELHO, João Gilberto Lucas. In CURY, Munir (coord.). **Estatuto da criança e do adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **Aventura Pedagógica: Caminhos e Descaminhos de uma Ação Educativa**. São Paulo: Columbus Cultural, 1990.

CURVELO, Hercílio Denisson Alves. **O combate a criminalidade através de práticas educativas**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 set. 2012. Disponível em:
<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.38857&seo=1>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

CURY, Munir e outros. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado**. 5 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CUSTÓDIO, André Viana. **Direito da criança e do adolescente**. Criciúma, SC: UNESC, 2009.

DA SILVA, André Tombo Inácio. **As medidas sócio-educativas aplicáveis aos adolescentes infratores**. Gama-DF. Trabalho de Conclusão de Curso. Faculdade de Direito Jurplac. 2008.

DEBARBIEUX, Eric.; BLAYA, Catherine. **Violência nas escolas e políticas públicas**. Brasília: UNESCO, 2002.

DUPRET, Cristiane. **Curso de direito da criança e do adolescente**. Belo Horizonte: Ius, 2010.

ELIAS, Roberto João. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 11.

FONSECA, Mayara Yamada Dias. **A Questão da Maioridade Penal**. Disponível em: <<http://intertemas.toledoprudente.edu.br/index.php/Direito/article/view/466>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

GOMES, Patrícia Saboya. **O combate ao trabalho infantil no Brasil: conquistas e desafios**. In: OLIVEIRA, Oris de (Org). Trabalho infantil e direitos humanos. São Paulo: LTR, 2005.

ISHIDA, Válder Kenji. **Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina e jurisprudência**. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p.41.

JANSE, Thaisa Pamara Sousa. **Menor infrator: (in) eficácia na (re) inserção social através das medidas socioeducativas**. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/menor-infrator-in-eficacia-na-re-insercao-social-atraves-das-medidas-socio-educativas/48484/>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

LIBERATI, Wilson Donizete. **Direito à educação: uma questão de justiça**. São Paulo: Malheiros, 2004.

LINK, Valéria de Souza. **O Sistema de Justiça Penal e a Justiça Restaurativa: concepções filosóficas e psicológicas subjacentes**. 2008. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/colecao.php?strSecao=resultado&nrSeq=12270@1>> Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

LORENCETTI, Luiz Carlos. **O Adolescente em Conflito com a Lei**: Fórum Desenvolve Londrina.

MAIOR NETO, Olympio de Sá Sotto, In: CURY, Munir (coord.). **Estatuto da Criança e do Adolescente comentado**: comentários jurídicos e sociais. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 378.

MARTINS NETO, João dos Passos. **Direitos fundamentais: conceitos, função e tipos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MATIAS, Ailla Cristina de Carvalho. **Medidas Socioeducativas**. Disponível em: <<https://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/4061/1/Ailla%20Cristina%20de%20Carvalho%20Matias%20RA%2020826735.pdf>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1990.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de Direito Penal: parte especial**. 27 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MONTEIRO, Ivana dos Santos.; SANTOS JÚNIOR, Rodimar da Silva. **Redução da maioria penal: advento do retrocesso**. 2007. Disponível em: <<https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/3850/Reducao-da-maioridade-penalAdvento-do-retrocesso>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

MORAES, Antônio Carlos Flores de. **Trabalho do Adolescente: proteção e profissionalização**. São Paulo: Dei Rey, 1995

NERI, Anita Liberalesso. **Desenvolvimento e envelhecimento: Perspectivas biológicas, psicológicas e sociológicas**. 4. ed. São Paulo: Papirus, 2001.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

ONU. **Convenção sobre os Direitos da Criança**. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/convencao-sobre-os-direitos-da-crianca>>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2021.

RAMOS, Fábio Pestana. **A história trágico-marítima das crianças nas embarcações portuguesas do século XVI**. In: PRIORE, Mary Del (Org). História das Crianças no Brasil. São Paulo: Contexto, 1999.

REBELO, Carlos Eduardo Barreiros. **Maioridade Penal e a Polêmica acerca de sua Redução**. Belo Horizonte: Ius, 2010.

SÁ, Arthur Luiz Carvalho De. **As Medidas Socioeducativas do ECA e a reincidência da delinquência juvenil**. Disponível em: <<https://conteudojuridico.com.br/consulta/Monografias-TCC-Teses-E-Book/17787/as-medidas-socioeducativas-do-eca-e-a-reincidencia-da-delinquencia-juvenil>>. Acesso em: 22 de fevereiro de 2021.

SARAIVA, João Batista da Costa. **A idade e as razões não ao rebaixamento da menor imputabilidade penal.** 2008. Disponível em: <<http://www.cefetsp.br/edu/eso/comportamento/saraivamenor.html>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

_____. **Adolescente e ato infracional. Garantias Processuais e Medidas Socioeducativas.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

SCHOSSLER, Alexandre. **Seis propostas contra a criminalidade juvenil.** 2015. Disponível em: <<http://www.dw.com/pt-br/seis-propostas-contr-a-criminalidadejuvenil/a-18556874>>. Acesso em: 21 de fevereiro de 2021.

SILVA, De Plácido. 1999. **Vocabulário jurídico.** 15ª edição. Editora Forense: Rio de Janeiro

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 31. Ed., São Paulo: Malheiros: 2008.

SILVERIO, Jorge. **Eles querem justiça.** Revista época. São Paulo, SP. p. 75-79, fev. 2006.

SOARES, João José Batista. **Algumas Considerações sobre a Medida Sócioeducativa da Internação.** In: Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado de Santa Catarina – ESMESC, Ano 4, vol. v. 2005.

TAVARES, Heloisa Gaspar Martins. **Idade penal (maioridade) na legislação brasileira desde a colonização até o Código de 1969.** Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 508, 27 nov. 2004.

TAVARES, José de Freitas. **Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente.** 8. ed. Forense, 2012, p.13.

VERONESE, Josiane Petry; CUSTÓDIO, André Viana. **Trabalho infantil: a negação do ser criança e adolescente no Brasil.** Florianópolis: OAB editora, 2007.

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS FRENTE A UM SISTEMA INEFICAZ E A REDUÇÃO DA MAIORIDADE PENAL.

JHENIFER RANGEL MARCHIORI:

Acadêmica do curso de Direito. Graduada em Serviço Social, pós graduada em Metodologia e Didática do Ensino Superior e Acadêmica do 10º período de Direito pelo Centro Universitário São Lucas/Afya Educacional.

RENATA MIRANDA DE LIMA ¹⁷⁷

(orientadora)

RESUMO: As medidas socioeducativas são as sanções atribuídas pelo Estado ao adolescente que pratica ato infracional. Acredita-se que ocorre uma negligência por parte do Estado na execução destas medidas, a partir desta premissa a resposta do Estado vem sendo idealizar a redução da maioridade penal. Esta pesquisa tem por objetivo apresentar a proteção integral da crianças e do adolescente, abordando no que se diz respeito a aplicabilidade das medidas socioeducativas, com ênfase na medida socioeducativa de internação referenciando o Centro de Atendimento Socioeducativo de Ji-Paraná. Será apresentado, neste artigo, a linha do tempo dos direitos e garantias da Criança e do Adolescente até o marco histórico que é O Estatuto da Criança e do Adolescente. Será elencado de forma sucinta as medidas socioeducativas e em quais casos cada uma dessas medidas poderá ser aplicada, além de uma abordagem crítica no que se diz respeito a redução da maioridade penal. Como metodologia, trata-se de uma pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa, com objetivos explicativo e exploratório, utilizando-se como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica. Pretende-se com a elaboração desta pesquisa evidenciar a negligencia do Estado na aplicabilidade das medias socioeducativas, além de referenciar o adolescente como uma pessoa em desenvolvimento.

Palavras chave: Adolescente; Ato Infracional; ECA.

ABSTRACT: The measures socio-educational are the sanctions attributed by the State to the adolescent who commits an infraction. Believed that occurs a neglect by the State in implementing these measures, from this premise the state's response has been

¹⁷⁷ Orientadora. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Luterano – CEULJI, Ji-Paraná, RO. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade Dom Alberto, RS. Mestre em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Justiça pela Fundação Universidade Federal de Rondônia – UNIR.

idealize the reduction of the age of criminal responsibility. This research aims to present the integral protection of children and adolescent, addressing the applicability of socio-educational measures with emphasis on the socio-educational measure of hospitalization referencing the Socio-Educational Service Center from Ji-Parana. Will be presented in this article the timeline of the rights and guarantees of Children and Adolescents up to the historic milestone that is The Statute of Children and Adolescents. The socio-educational measures will be briefly listed and in which cases each of these measures may be Applied in addition to a critical approach to reducing the age of criminal responsibility.. As a methodology, it is an applied research with a qualitative approach, with explanatory and exploratory objectives, using bibliographic research as methodological procedure. It is intended with the elaboration of this research evidence the State's neglect of the applicability of socio-educational measures, in addition to referring to the adolescent as a developing person.

Key words: Adolescent; Infraction Act; ECA

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. A Proteção da Criança e do Adolescente. 3. Responsabilidade Familiar. 4. Atos Infracionais. 5. Medidas Socioeducativas. 6. Redução da Maioridade Penal. 7. Realidade Local: 7.1 Do Motivo Inicial da Pesquisa; 7.2 Centro Socioeducativo de Ji-Paraná –CASE. 8. Considerações Finais. 9. Referências.

1. Introdução

Segundo o que preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o menor de 18 anos é penalmente inimputável, ou seja, a criança e o adolescente não comete crime, e sim ato infracional, que é a conduta descrita como crime ou contravenção penal, o adolescente que pratica ato infracional está sujeito a aplicabilidade de medida socioeducativa.

Para melhor compreensão ao que se diz respeito aos direitos e garantias da criança e do adolescente preliminarmente será abordado a trajetória das leis voltadas as crianças e adolescente até a promulgação do ECA, será explanado quais são as medidas previstas no Estatuto e quando se da sua aplicabilidade, além de uma breve abordagem crítica ao que se diz respeito a redução da maioridade penal. Será apresentado de forma sucinta o Centro de Atendimento Socioeducativo de Ji-Paraná-CASE, o Centro recebe os adolescentes que necessitam se submeter ao cumprimento de medida socioeducativa de internação.

O interesse por esta pesquisa se deu na ocasião em que como acadêmica de Serviço Social pude acompanhar dois adolescentes que cumpriram medida socioeducativa de internação, na ocasião, pude perceber o quanto os direitos e garantias desses adolescentes estavam sendo feridos.

Como metodologia, trata-se de uma pesquisa aplicada, com abordagem qualitativa, com objetivos explicativo e exploratório, utilizando-se como procedimento metodológico a pesquisa bibliográfica.

As medidas socioeducativas estão previstas no Estatuto com o objetivo de proteção a pessoa em desenvolvimento, e principalmente a reinserção dessas, sejam crianças ou adolescentes ao convívio familiar e societário, em outras palavras, é a segunda chance, a tentativa para a não permanência destes no mundo do crime.

O aumento do índice de atos infracionais cometidos por jovens e adolescentes nas últimas décadas tem gerado movimentos que acreditam em soluções imediatistas no âmbito punitivo, sem considerar a previsão legal das medidas socioeducativas e a necessidade de sua qualificação e efetividade. Torna-se importante o estudo da legislação em vigor, diante da necessidade de reeducação e ressocialização, devido ao caráter especial dos jovens inimputáveis. (SARAIVA, 2005, apud, FRANCINE DE BEM COSTA, 2017, p. 2).

A PEC 171/93 propõe a redução da maioridade penal de 18 (dezoito) para 16 anos em casos de crimes hediondos, a proposta de Emenda à Constituição foi aprovada pela Câmara e aguarda apreciação do Senado Federal. Atualmente o Código Penal em seu artigo 27 prevê que os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. Assim sendo como já supracitado, menor não cumpre pena, e sim medida socioeducativa, todavia questiona-se a eficácia do nosso sistema assim como a aplicabilidade das medidas socioeducativas, principalmente a medida socioeducativa de internação, pois estas não estão sendo eficazes. Sendo assim, a solução cabível vem sendo unicamente reduzir a maioridade penal, mesmo que o enfoque da redução seja apenas crimes hediondos, a sociedade e o poder público agem como se nosso sistema prisional na prática fosse a solução.

O intuito desta pesquisa é enfatizar que o adolescente mesmo que tenha se sujeitado a prática do ato infracional é sobretudo um uma pessoa de desenvolvimento. O caráter pedagógico das medidas socioeducativas tem o objetivo de “resgatar” esse adolescente, logo, espera-se que as medidas sejam cumpridas conforme estabelecido em lei para que alcance sua finalidade e esse adolescente não se torne um adulto que se sujeite a prática de crimes.

2. A Proteção da Criança e do Adolescente.

As ações de assistência e proteção de crianças e adolescentes começaram no Brasil desde a época colonial com a criação da Roda dos enjeitados.

No período colonial fatores como adultério, pobreza extrema e orfandade estavam diretamente ligados ao abandono de crianças, nesta época era comum deixar recém-nascidos largados em lugares que não pudessem sobreviver. As rodas existiam em mosteiros e conventos, serviam de meio de comunicação entre o interior e o exterior do convento. Na abertura lateral, eram colocados objetos pelas pessoas que se encontravam no exterior do convento. Após a colocação do objeto, aquele que se encontrava no exterior tocava uma sineta e a irmã "rodeira", no interior do convento, fazia girar a roda, retirando em seguida os objetos ali colocados. (INFOPÉDIA. RODA DOS ENJEITADOS, 2021.)

As crianças abandonadas começaram a ser colocadas nas rodas, para que pudessem ser acolhidas. Quando atingiam a idade de aprendizagem, as crianças eram transferidas para a Casa Pia, uma instituição de acolhimento que as educava e preparava para a vida adulta. De tanto ser usada, a roda acabou por se tornar legítima chegando a ser oficializada nos finais do século XVIII e a receber a designação de Roda dos Expostos ou dos Enjeitados. O intendente geral da Polícia do Reino, Pina Manique, reconheceu oficialmente a instituição da roda através da circular de 24 de maio de 1783, com o objetivo de pôr fim aos infanticídios e acabar com o horroroso comércio ilegal de crianças portuguesas na raia, onde os espanhóis as vinham comprar. A Roda dos Enjeitados passou a existir em todas as terras, vindo a perder a sua importância e uso com o advento do Liberalismo em Portugal, na primeira metade do século XIX. (INFOPÉDIA. RODA DOS ENJEITADOS, 2021.)

Em 1890 surge o Código Criminal da República, o Decreto Nº 847, de 11 de Outubro de 1890. Segundo o Código Criminal crianças entre 9 e 14 anos são avaliadas psicologicamente e penalizadas de acordo com o seu discernimento sobre o delito cometido. Elas poderiam receber pena de um adulto ou ser considerada imputável. (BRASIL, 1890.)

A lei nº 4.242 tratou da assistência e proteção de menores abandonado e delinquentes, sendo regulamentada posteriormente em 1923 pelo Decreto nº . 16.272, de 20 de dezembro de 1923. Aqueles jovens autores ou cúmplices de crime ou contravenção, considerados menores delinquentes, tornaram-se imputáveis até os 14 anos. (BRASIL, 1923.)

No ano de 1926 Bernardino, um menino de apenas 12 anos, que era engraxate foi preso por ter atirado tinta em um cliente. O menino foi preso em uma cela com 20 adultos, onde sofreu todo tipo de violência. A notícia repercutiu na época o que levou o presidente Washington Luiz a sancionar a elevação da maioridade penal. (SENADO FEDERAL. RÁDIO SENADO - QUANDO NOSSAS CRIANÇAS TAMBÉM IAM PARA CADEIA.)

Em 1927 foi aprovada a primeira lei brasileira específica para a infância e adolescência: O Código de Menores Mello de Mattos (1927). Segundo COIMBRA & NASCIMENTO (2004) o termo “menor” foi erigida a partir desta apreensão pelo discurso jurídico, dividindo a infância em duas. A pobre virtuosa e a pobre indesejada.”.

O Código de Menores permitia que o adolescente que cometesse conduta ilícita fosse para o reformatório, exceto os menores de 14 anos de idade: .

Art. 68. O menor de 14 anos, indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou contravenção, não será submetido a processo penal de espécie alguma; a autoridade competente tomará somente as informações precisas, registrando-as, sobre o fato punível e seus agentes, o estado físico, mental e moral do menor, e a situação social, moral e econômica dos pais ou tutor ou pessoa em cujo guarda viva.

[...]

Art. 69. O menor indigitado autor ou cúmplice de fato qualificado crime ou Contravenção, que contar mais de 14 anos e menos de 18, serão submetidos a processo especial, tomando, ao mesmo tempo, a autoridade competente as precisas informações, a respeito do estado físico, mental e moral dele, e da situação social, moral e econômica dos pais, tutor ou pessoa incumbida de sua guarda.

[...]

Art. 71. Se for imputado crime, considerado grave pelas circunstâncias do fato e condições pessoais do agente, a um menor que contar mais de 16 e menos de 18 anos de idade ao tempo da perpetração, e ficar provado que se trata de individuo perigoso pelo seu estado de perversão moral o juiz lhe aplicar o art. 65 do Código Penal, e o remeterá a um estabelecimento para condenados de menor idade, ou, em falta deste, a uma prisão comum com separação dos condenados adultos, onde permanecerá até que se verifique sua regeneração, sem que, todavia, a duração da pena possa exceder o seu máximo legal.

Art. 72. Tratando-se de contravenção, que não revele vicio ou má índole, pode o juiz ou tribunal, advertindo o menor entregar aos pais, tutor ou encarregado de sua guarda,ou dar-lhe outro destino, sem proferir condenação (BRASIL, 1926).

Durante a vigência do Código de Menores os adolescentes recebiam o mesmo tratamento que os adultos infratores.

No ano de 1941 o Decreto Lei nº 3.799 de 1941, institui-se o Serviço de Assistência a Menores (SAM), primeiro órgão federal a se responsabilizar pelo controle da assistência aos menores em escala nacional. Atendia aos menores abandonados e desvalidos, encaminhando-os às instituições oficiais existentes, e aos menores delinquentes, internando-os em colônias correccionais e reformatórios. (BRASIL, 1941.)

Após o golpe de 64, os militares extinguem o SAM e criam a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor (Funabem) e a Política Nacional do Bem-Estar do Menor (PNBEM), que deveriam coordenar todas as ações na área. A questão da infância passou a ser tratada como problema de segurança nacional e deu origem às FEBEMS em nível estadual. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ . LINHA DO TEMPO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.)

No ano de 1975 fora criada a 1ª Comissão Parlamentar de Inquérito (CPMI) destinada a investigar o problema da criança desassistida no Brasil, contribuindo para a elaboração de um novo Código de Menores.

Finalmente em 05 de Outubro de 1988, o artigo 227 da Constituição Federal de 1988 estabelece:

como dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988.)

No dia 13 de Julho de 1990 o grande marco histórico no que se diz respeito aos direitos e garantias da criança e do adolescente foi aprovado no Congresso Nacional, Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) é o marco legal que reuniu reivindicações de movimentos sociais que trabalhavam em defesa da ideia de que crianças e adolescentes são também sujeitos de direitos e merecem acesso à cidadania e proteção. O ECA foi publicado sobre a lei federal nº 8069. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ . LINHA DO TEMPO SOBRE OS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE.)

3. Responsabilidade Familiar

A Constituição Federal em seu artigo 226 diz que a família é a base da sociedade, segundo o dicionário popular família é o conjunto de pessoas com relação de

parentesco que vivem sobre o mesmo teto. Nos dizeres de Pablo Stolze (2017, p. 1079) "... não é possível apresentar um conceito único e absoluto de Família, apto a aprioristicamente delimitar a complexa e multifária gama de relações socioafetivas que vinculam as pessoas, tipificando modelos e estabelecendo categorias ..." (PABLO STOLZE, 2017, p. 1079).

Cristiano Chaves (2010, p. 63) expõe: "A entidade familiar deve ser entendida, hoje, como grupo social fundado, essencialmente, em laços de afetividade, pois a outra conclusão não se pode chegar à luz do Texto Constitucional, especialmente do artigo 1º, III, que preconiza a dignidade da pessoa humana como princípio vetor da República Federativa do Brasil. (CRISTIANO CHAVES, 2010, p. 63).

Hoje, o conceito de família não se restringe apenas para a conceito de família patriarcal: homem, mulher e filhos. Pablo Stolze (2010, p.1080) expõe que a Constituição Federal em seu artigo 226 faz referência a três categorias de família, o casamento, a união estável e o núcleo monoparental. (PABLO STOLZE, 2010, p. 1080).

O conceito de casamento é basicamente a união entre homem e mulher, com o intuito de constituir um seio familiar, esse seio familiar pode ser composto por um homem e uma mulher apenas, ou, um homem, uma mulher e seu(s) filho(s). O artigo 1.565 do Código Civil conceitua casamento: Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

Pablo Stolze ensina que a União Estável pode ser definida como uma relação afetiva de convivência pública e duradoura entre duas pessoas, do mesmo sexo ou não, com o objetivo imediato de constituição de família. (PABLO STOLZE, 2010, p.1234,). Divergente do conceito de casamento a união estável não restringe a união entre homem e mulher, possibilitando a união de pessoas do mesmo sexo, com o mutuo objetivo de constituir família. A família monoparental é composta por apenas um dos genitores e o(s) filho(s).

Confuso, né? O conceito de família pode ser confuso, mas o que esse clico representa, a responsabilidades inerentes à criança e ao adolescente é o mesmo, seja qual for o seu conceito individual de família.

Foi com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que a criança e ao adolescente passaram a ter seus direitos garantidos, o artigo 227 nos trouxe o que se diz respeito ao dever da família, frente a criança e ao adolescente:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à

educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, 1988).

Conforme estabelecido na Lei Maior, é dever da família assegurar a criança e ao adolescente saúde, educação, além da dignidade e principalmente coloca-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, crueldade e opressão. Porém, o abandono familiar é uma questão cada vez mais frequente, crianças e adolescentes que não possuem o apoio da família estão cada vez mais se envolvendo no mundo do crime e em algumas situações o próprio membro da família leva a criança ou o adolescente a cometer algum delito.

Uma notícia apresentada pelo Jornal Eletrônico Correio de Minas, mostra a situação em que uma mãe e seu filho de apenas 11 anos roubam e agredem um senhor de 88 anos de idade. “.. a suspeita foi abordada, quando aproximou-se da guarnição o senhor (88 anos). Ele alegou ter sido vítima de roubo pela mesma. Segundo ele, a mulher teria utilizado o filho (menor de idade) para cometer o delito. De acordo com a vítima, a acusada adentrou em seu imóvel sem seu consentimento, forçando a porta, e dentro da sala do imóvel, fechou a porta, bruscamente, ação que acionou o alarme. (JORNAL CORREIO DE MINAS, 2018.)

A proteção integral à criança e ao adolescente está diretamente ligada a pessoa em desenvolvimento, como será a vida adulta dessa menina que aos 11 anos de idade ajudou sua mãe a cometer um roubo seguido de agressão, se por ventura esse menor fosse melhor assistido tanto por sua família, quanto pelo Estado ele poderia ter a chance de se tornar um adulto longe do mundo crime, provavelmente iria constituir sua própria família e repassar a seus filhos os bons ensinamentos que pode ter no seio de sua família.

Assim, Costa 2019, comenta. Percebeu tamanha importância da responsabilidade familiar na vida das crianças e adolescentes? E não estou falando de responsabilidade com subsídios como saúde, educação, estou falando de exemplo, de apoio. É dentro do seio familiar que tudo acontece. A realidade de muitos adolescentes em conflito com a lei evidencia a ausência de figuras representativas na família além da inconsistência de vínculos familiares (COSTA; ASSIS, 2006, apud ANA LAURA, p. 13, 2019).

O capítulo III do Código Penal trouxe um rol de crimes contra a assistência familiar. O artigo 244 prevê:

Art. 244. Deixar, sem justa causa, de prover a subsistência do cônjuge, ou de filho menor de 18 (dezoito) anos ou inapto para o trabalho, ou de ascendente inválido ou maior de 60 (sessenta) anos, não lhes proporcionando os recursos necessários ou faltando ao pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada; deixar, sem justa causa, de socorrer descendente ou ascendente, gravemente enfermo: Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos e multa, de uma a dez vezes o maior salário mínimo vigente no País. Parágrafo único - Nas mesmas penas incide quem, sendo solvente, frustra ou ilide, de qualquer modo, inclusive por abandono injustificado de emprego ou função, o pagamento de pensão alimentícia judicialmente acordada, fixada ou majorada.

No ano de 2015, eu Jhenifer Rangel Marchiori, realizei uma pesquisa para o Trabalho de Conclusão de Curso em Serviço Social, na ocasião realizei o acompanhamento de dois adolescentes que cumpriram medida socioeducativa de internação, o foco do trabalho foi o retorno ao convívio familiar desses adolescentes, a ideia central foi preparar as famílias para recebe-los. Através desta pesquisa pude perceber o quanto os direitos e garantias de crianças e adolescentes são feridos, como nossa Constituição é "dilacerada" diariamente.

Eu fiquei com raiva, queria por fogo em tudo, eu dormi aqui e acordei lá sem saber onde eu tava, fiquei dopado por uns 3 dias, aí eu escutei falando em uma fuga aí já fiquei de orelha em pé, pedi pra um dos menino deixar eu ir e os outros não queria falando que eu ia atrapalhar tudo, o menino falô assim: não pow bora levar ele, foi de madrugada, nós quebrô o ar né? Aí fugimo, eu nem sabia onde eu tava, fui atrás de um dos "muleque" né? A mãe dele me deu 20 reais, como eu ia vim embora com 20 reais ? Ela levou eu na rodoviária e a passagem era cento e pouco reais, pedi pra menina se podia levar eu até um pedaço só pra eu sair dali e ela disse que não podia, aí fui pedir dinheiro, consegui uns 50 reais, liguei pra minha mãe e falei onde eu tava, aí fiquei zanzando sem saber onde ir e ela falô que ia me buscar, de repente alguém pulou nas minhas costas e começou grita: perdeu, perdeu .. eu pensei que ia morrer, que alguém ia me matar ali, me levaram pra clínica e me jogaram lá no 14, que é uma sala fidida que deixa a gente isolado lá, fiquei lá uns três dias, mesmo assim tentei fugir umas 3 vezes aí não deu certo, uma vez eu tava de boa no meu quarto nem pensava em fugir porque eu sabia que nem tinha como, chegou o cara que dá aula

*de jiu jitsu falando que ouviu que eu queria fugir de novo né ? **E me deu um golpe, só vi o sangue descer da minha boca e ele me batendo, aí eu ouvi alguém mandando parar porque ia deixar hematoma, enquanto eu não aceitei que eu estava lá e que não ia sair eu sofri muito, eu estava no fundo do poço, blindado, depois de muita conversa com o psicólogo lá, eu aceitei que estava lá e que essa era minha vida agora, que eu tinha que aceitar **senão eu ia morrer, uma hora ou outra eu ia morrer.***** ". (MARCHIORI, 2015 p. 58)

O relato ora citado é de um dos adolescentes que cumpriram medida socioeducativa de internação, esse adolescente não recebeu visita de nenhum membro de sua família durante o período de seis meses que permaneceu internado, quando retornou a família não se dispôs a recebê-lo, no final do acompanhamento este adolescente já havia retornado para casa de sua família, pois a princípio precisou residir com a avó, havia voltado a frequentar a escola e relatou que sua convivência com a família havia melhorado de forma gradual. São relatos como desse adolescente que faz com que se perceba o quanto a família é de suma importância para o bom desenvolvimento de crianças e adolescentes.

O Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 19 traz um aspecto geral da importância do núcleo familiar no que se diz respeito ao desenvolvimento integral da criança e do adolescente ao mencionar que ser criado e educado no seio da família, é um DIREITO.

A criança não aprende andar ou comer sozinha, também não se aprende sozinho que faça machuca, fogo queima, certo? Você não deixa a criança se machucar para aprender sozinha que aquilo não pode ser feito, é necessário a supervisão, é através de ensinamentos que a criança vai se desenvolvendo e aprendendo o que pode ou não fazer, é por isso que a importância da família vai muito além do que está estampado em doutrinas.

Diante disto, da importância da família que pode-se fazer a ligação direta da importância da família na ressocialização de adolescentes que cumprem medida socioeducativa, principalmente no que se diz respeito à medida de internação que será explanar mais sobre adiante.

O adolescente que cumpre medida de internação pode ficar em estabelecimento prisional por até três anos, depois desse tempo sem dúvidas a família é quem mais poderá contribuir para que esse adolescente possa se inserir na sociedade e principalmente no seio familiar, através do apoio familiar pode ser possível a não reincidência deste adolescente no mundo do crime

4. Atos Infracionais

Foi com a promulgação da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente que surgiu a responsabilização dos jovens autores de ato infracional, essa responsabilização é aplicada aos adolescentes.

Segundo preconiza o Estatuto é considerado criança a pessoa até doze anos de idade incompletos e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade, criança não se sujeita a imposição de medida socioeducativa, se por ventura a criança cometer algum ato ilícito serão acionados os pais ou responsável e aplicado medidas protetivas conforme estabelecido o artigo 101 do referido diploma.

O menor é considerado penalmente inimputável segundo disposto no artigo 27 do Código Penal. (BRASIL. 1940).

O menor não comete crime e sim ato infracional, não será empregado a ele as disposições do Código Penal, mas sim as prerrogativas previstas no ECA. O menor não pode ser encaminhado para estabelecimento prisional, ao menor cabe somente medida socioeducativa nas quais possuem caráter integralmente pedagógico.

O artigo 103 do ECA conceitua ato infracional a conduta descrita como crime ou contravenção penal. Toda conduta praticada por criança ou adolescente não constitui crime e sim ato infracional, ou seja, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis.

Segundo o entendimento de José Barroso Filho:

Importante é que tenhamos consciência de que tratar e recuperar o adolescente infrator implica, necessariamente, em tratar e recuperar a família deste jovem, para que possamos resgatá-lo como elemento útil à sociedade. De todos esses considerados, forçosa é a constatação de que o Estado, em verdade, é "co-autor de boa parte das infrações cometidas, pois sua inação em projetos sociais conduz muitos ao desespero, infectando-os com o delito. Vale ressaltar: A economia que se faz em educação, saúde e habitação implica em gastos redobrados com segurança pública. Assim, a melhor resposta que se pode dar ao ato infracional é tratar o agente da maneira mais conveniente, no sentido de que a sociedade possa ganhar um cidadão e não um marginal.

O cumprimento das medidas socioeducativas possuem caráter pedagógico (artigo 6º do ECA), o objetivo da aplicabilidade dessas medidas é inteira recuperação desses adolescentes, levando-se em conta a pessoa em desenvolvimento, as medidas são mecanismos pelos quais, em tese, deveriam funcionar como um gatilho para que

esse adolescente possa se reinserir na sociedade, para que esse adolescente quando se tornar adulto, possa ocupar uma cadeira de uma faculdade, não a sela de uma prisão.

Conforme disposto no art. 228 da Constituição Federal, a criança e o adolescente são penalmente inimputável, ou seja, não praticam crime, e sim ato infracional, todavia, o adolescente poderá ser apreendido em duas situações, sendo por força da ordem judicial, na qual será de imediato encaminhado a autoridade judiciária ou em flagrante de ato infracional, nessa ocasião será encaminhado à autoridade policial competente, conforme preceitua os artigos 171 e 172 do ECA.

A aplicabilidade da medida socioeducativa é de competência exclusiva do Juiz. (Súmula 108 do STJ.)

O adolescente não poderá ser encaminhado para prisão, assim, para que ocorra sua liberação deverá comparecer à delegacia um dos pais ou o responsável legal, conforme previsto no artigo 174 do ECA.

Na hipótese de não ocorrer a liberação do adolescente a autoridade policial encaminhará o adolescente ao representante do Ministério Público, ocorrendo a liberação, a autoridade policial encaminhará ao representante cópia do boletim de ocorrência ou auto de apreensão, como previsto nos artigos 175 e 176 do referido diploma.

Segundo previsto no artigo 179 do ECA, após a apresentação do adolescente, o representante do Ministério Público deverá proceder imediata e informalmente a oitiva do adolescente e, sendo possível, de seus pais ou responsável, vítima e testemunhas.

O Estado aplica as medidas socioeducativas como forma de solução de conflitos, as medida a ser aplicada irá depender da veracidade do ato infracional cometido pelo adolescente. As medidas socioeducativas têm como objetivo a responsabilização do adolescente quanto as consequências de ações praticadas por ele, nas quais possam ser consideradas ato infracional, incentivando sempre que possível a reparação, conscientização, integração social, além da garantia de seus direitos individuais e sociais refletindo no seio educacional, social e familiar do adolescente infrator.

5. Medidas Socioeducativas

As medidas socioeducativas possuem previsão no Capítulo IV, artigo 112 do ECA. As medidas socioeducativas podem ser em meio aberto, semiliberdade e internação.

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.

As disposições do artigo 112 do ECA serão aplicadas ao adolescente que cometer ato infracional, se for ventura a criança praticar alguma conduta que necessite da aplicabilidade de medida socioeducativas há ela será aplicada as hipóteses previstas no artigo 101 do ECA:

Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade; II - orientação, apoio e acompanhamento temporários; III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental; IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente; V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial; VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos; VII - abrigo em entidade; VIII - acolhimento institucional; IX - colocação em família substituta. X - inclusão em programa de acolhimento familiar; XI - colocação em família substituta.

Conforme disposto no Conselho Nacional de Justiça é o Juiz da Vara de Infância e Juventude, este é quem determina a aplicação de uma medida socioeducativa, somente ele tem competência para aplicar e acompanhar a execução das medidas.

O Magistrado analisa se há ou não reincidência, levando em consideração as circunstância em que ocorreram os fatos e principalmente qual foi a efetiva participação do adolescente na prática do ato infracional. É considerada a idade do adolescente a data do fato conforme preceitua o parágrafo único do artigo 104 do ECA.

As medidas socioeducativas impõe o desenvolvimento de ações pedagógicas. A Lei 12.594 de 2012 – Lei do Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo – SINASE, regulamenta as medidas socioeducativas destinada ao adolescente que pratique ato infracional e define os procedimentos para execução.

O artigo 35 da Lei 12.594 rege no que se diz respeito aos princípios que regem a execução das medidas socioeducativas:

I - legalidade, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto; II - excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de

medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos; III - prioridade a práticas ou medidas que sejam restaurativas e, sempre que possível, atendam às necessidades das vítimas; IV - proporcionalidade em relação à ofensa cometida; V - brevidade da medida em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) ; VI - individualização, considerando-se a idade, capacidades e circunstâncias pessoais do adolescente; VII - mínima intervenção, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida; VIII - não discriminação do adolescente, notadamente em razão de etnia, gênero, nacionalidade, classe social, orientação religiosa, política ou sexual, ou associação ou pertencimento a qualquer minoria ou status ; e IX - fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo. (BRASIL, 2012.)

O parágrafo segundo do referido diploma legal elenca seus objetivos:

§ 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos: I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação; II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

A **advertência** é uma medida socioeducativa aplicada em meio aberto, ou seja, o menor não é privado de sua liberdade. A autoridade competente repreende o adolescente verbalmente, com o intuito de esclarecer que medidas mais severas poderiam ser aplicadas.

A **obrigação de reparar o dano** obriga o adolescente a reparação de dano causado a outrem, o objetivo desta medida é a responsabilização econômica e social do adolescente, sempre buscando a orientação educativa deste adolescente.

O artigo 928 do Código Civil preceitua: O incapaz responde pelos prejuízos que causar, se as pessoas por ele responsáveis não tiverem obrigação de fazê-lo ou não dispuserem de meios suficientes.

Segundo entendimento de Maciel a **Liberdade Assistida** é uma medida que impõe condições de vida no cotidiano do adolescente, visando o redimensionamento de suas atitudes, valores e a convivência familiar e comunitária.” (MACIEL, 2010, apud MARCELO AUGUSTO, p. 03, 2017).

A aplicabilidade desta medida preconiza a orientação do adolescente autor do ato infracional.

A medida socioeducativa de **Prestação de Serviços à comunidade** não privará o adolescente de sua liberdade, esta medida consiste na realização de serviços comunitários de caráter gratuito, o que não pode exceder a seis meses, tampouco prejudicar a frequência escolar do adolescente.

Quando o adolescente comete ato infracional considerado de natureza mais grave, são aplicadas as medidas socioeducativas de restrição de direitos, nas quais são a inserção no regime de semiliberdade e a internação, a internação é aplicada em casos em que o adolescente comete o ato sobre violência ou grave ameaça.

A **semiliberdade** o adolescente é privado da sua liberdade, porém pode passar os finais de semanas em sua residência com a família, bem como realiza atividades escolares ou de trabalho fora das dependências da instituição independente de autorização judicial.

A **internação** é a medida mais severa a ser aplicada, constitui medida privativa de liberdade na qual não poderá exceder a três anos. A internação deverá ser obrigatoriamente cumprida em entidade exclusiva para adolescentes, na qual poderá receber visitas de seus familiares ao menos semanalmente, além da possibilidade de realizar atividades culturais, esportivas e de lazer.

Os dados da Pesquisa do Levantamento Anual SINASE 2017 no Brasil há um total de 26.109 adolescentes cumprindo medida socioeducativa, sendo 17.811 em medida de internação (68,2%), 2.160 em regime de semiliberdade (8,3%) e 4.832 em internação provisória (18,5%). Há, ainda, outros 937 adolescentes/jovens em atendimento inicial (3,6%), 306 em internação sanção (1,2%) e 63 em medida protetiva (0,2%). (CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. SINASE. LEVANTAMENTO ANUAL, 2017.)

O objetivo da aplicabilidade das medidas socioeducativas ao adolescente autor de ato infracional é a solução de conflitos, as medidas são mecânicas pelo qual o

Estado “corrige” o adolescente infrator e ao mesmo tempo busca a reinserção dele tanto no seio familiar como social.

6. Redução da Maioridade Penal.

O Código Civil estabelece que a menoridade cessa aos dezoito completos, é quando a pessoa passa a ser habilitada a exercer atos da vida civil. (BRASIL, Código Civil, 2015.) O Código Penal trouxe em seu artigo 27º a redação que os menores de 18 anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos a normas estabelecidas no ECA. (BRASIL, Código Penal, 1940.)

A PEC 171/93 propõe a redução da maioridade penal de 18 (dezoito) para 16 anos em casos de crimes hediondos, a proposta de Emenda à Constituição foi aprovada pela Câmara e aguarda apreciação do Senado Federal Os crimes hediondos possuem previsão legal na Lei Nº 8.072, de 25 de Julho de 1990. São crimes insuscetíveis de anistia, graça, indulto ou fiança.

Segundo o Conselho Nacional de Justiça são considerados hediondos os crimes: homicídio qualificado, lesão corporal gravíssima ou seguida de morte contra policiais no exercício de sua função ou em decorrência dela, extorsão qualificada pela morte, extorsão mediante sequestro, latrocínio, estupro, estupro de vulnerável, epidemia com resultado de morte, falsificação, corrupção, adulteração ou alteração de produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais, favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável, genocídio e posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. Além dos crimes, que por lei são equiparados aos crimes hediondos: o tráfico ilícito de entorpecentes, a tortura e o terrorismo. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2018.)

Conforme disposto na Lei Nº 8.072 , as penas dos crimes hediondos são cumpridas inicialmente em regime fechado, e a progressão de regime para pessoas condenadas nesse tipo de crime só pode ocorrer após o cumprimento de dois quintos da pena, em caso de réus primários, e de três quintos, em caso de reincidentes. (BRASIL, 1990.)

A PEC 171/93 que propõe a redução da maioridade penal de 18 para os 16 anos em casos de crimes hediondos alteraria a prerrogativa Constitucional que considera o adolescentes menores de 18 anos são penalmente inimputável, ou seja o adolescente menor de 18 anos não iria cumprir medida socioeducativa, mas sim pena privativa de liberdade em estabelecimento prisional.

Quadro 01: Capacidade e ocupação do Sistema Prisional no Brasil.

País	Região	Quantidade de estabelecimentos	Capacidade	Ocupação	Taxa de Ocupação
BRASIL	CENTRO-OESTE	220	36.402	71.512	196,45%
	NORDESTE	314	70.595	122.437	173,44%
	NORTE	170	31.948	51.104	159,96%
	SUDESTE	496	242.030	389.916	161,10%
	SUL	194	66.356	87.128	131,30%
	Total	1.394	447.331	722.097	161,42%

Fonte: Conselho Nacional do Ministério Público. 2019.

Conforme dados levantados no ano de 2019 pelo Conselho Nacional do Ministério Público é notório a superlotação nos estabelecimentos prisionais, o Estado de Rondônia possuía no ano de 2019 uma taxa de ocupação de 128,70%. (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SISTEMA PRISIONAL EM NÚMEROS. 2019.)

O ano de 2020/2021 não possui dados referente a ocupação do sistema prisional realizado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, mas a estimativa é que nossos presídios permanecem superlotados, como seria possível um sistema com qualidade alarmante ter suporte para receber adolescentes, adolescentes estes que são pessoas em desenvolvimento, como seria a vida desses jovens quando saíssem da prisão, o Brasil sem sombra de dúvidas não possui suporte para fornecer educação dentro do sistema carcerário, qual a perspectiva de vida desses jovens se começassem a vida adulta dentro da cela de uma prisão.

Na oportunidade que pude acompanhar dois adolescentes que cumpriram medida de internação foi possível observar segundo relato dos adolescentes que há uma falha do Estado no que se diz respeito à execução da medida socioeducativa de internação, os adolescentes foram encaminhados para outro Estado afim de cumprir medida socioeducativa, durante o meses que permaneceram internados não receberam visitas da família, além de relatarem agressões por parte da equipe técnica.

O ECA dispõe que o adolescente possui o direito de ser internado na mesma localidade ou naquela mais próxima do domicílio dos seus pais ou responsável, além da possibilidade de receber visitas e corresponder-se com seus familiares.

No acompanhamento que eu Jhenifer Rangel Marchiori realizei com dois adolescentes, na pesquisa ora citada, apenas um não necessitou ser internado novamente, um dos jovens cometeu ato ilícito logo após voltar da clínica, quando questioneei a mãe desse jovem como foi a sua volta ao convívio familiar foi relatado por ela não saber se o filho havia melhorado ou se estava tudo ainda pior, em um momento de desespero chegou a citar: “[...] se pudesse eu deixava prender ele na delegacia

mesmo, não aguento mais não saber se ele vai voltar para casa ou se vai acontecer algo com ele nessas confusões que ele arruma por aí. [...]” (Marchiori, 2015, p. 59).

Através da pesquisa foi possível notar o quão falho é o sistema, no que se diz respeito a aplicabilidade de medida socioeducativa, logo para o Estado é mais viável reduzir a maioria penal, assim menos adolescentes seriam encaminhados ao cumprimento de medida socioeducativa, o que iria superlotar ainda mais nosso sistema prisional

Segundo pesquisa divulgada pelo CNJ no ano de 2020 o número de pessoas que cometem crimes reincidentes é quase o dobro no sistema prisional (42,5%) que no sistema socioeducativo (23,9%), que é destinado a menores infratores. (CNJ, 2020.)

O sistema socioeducativo mesmo contendo falhas possui um percentual menor de reincidência que o sistema prisional, ou seja, o sistema socioeducativo possui uma eficácia maior, porque então reduzir a maioria, é possível considerar que a redução da maioria penal veio como forma de camuflar a falha na aplicabilidade das medidas socioeducativas, se as medidas de internação fossem aplicadas conforme estabelecido em lei, talvez menos adolescentes se tornariam reincidentes.

7. Realidade Local

7.1 Do motivo inicial da pesquisa

O motivo inicial desta pesquisa se deu na ocasião em que, eu Jhenifer Rangel Marchiori, como acadêmica de Serviço Social no ano de 2015 realizei o acompanhamento de dois adolescentes que cumpriram medida socioeducativa de internação.

Após relatos dos adolescentes de como era o dia-a-dia no Centro de atendimento socioeducativo senti a necessidade de aprofundar meus conhecimentos no que se diz respeito aos direitos e garantias da Criança e do Adolescente previstas no ECA, especificamente no artigo 121 do Estatuto que traz as prerrogativas de como deve ser dar a internação do adolescente infrator.

No ano de 2015 a cidade de Ji-Paraná não possuía Centro de atendimento ao adolescente, devido a isto os adolescentes, com os quais tive oportunidade de acompanhar, cumpriram medida de internação em outro Estado, a família não possuía condições financeiras de visitá-los, pude perceber, durante o acompanhamento, que a falta de visitas pela família foi um fator negativo, quando questionei como foi a recepção de seus familiares quando retornou do período de internação está foi a resposta de um dos adolescentes:

“Olha eles me receberem bem, mas eles devia ser preparado melhor, o pessoal da justiça sabia da minha situação, devia ter falado isso pra eles, as drogas é incurável, progressiva e fatal, isso não tem cura, só melhora, o pessoal da justiça devia ter explicado isso pra minha família e ninguém falô isso pra eles”. (Marchiori, 2015, p.58.)

Foi a partir de relatos como este que surgiram questionamentos no que se diz respeito a aplicabilidade da medida socioeducativa de internação, durante a pesquisa ficou claro que as garantias previstas no ECA não estavam sendo cumpridas, não só pelo fato da internação ter ocorrido em estabelecimento distante da residência dos familiares dos adolescentes, mas principalmente por relatos de agressão por parte da equipe técnica do núcleo, relatos de serem colocados em um quarto muito pequeno (espécie de solitária) e ter permanecido ali por cerca de dois dias.

O Adolescente é considerado uma pessoa em desenvolvimento conforme preconiza o Artigo 6 do ECA. Como será o desenvolvimento de um adolescente que foi agredido em um local que em tese seria para educá-lo?

Ao ser responsabilizado pelo seu ato, entende-se de alguma que esse adolescente pudesse se tornar um adulto capaz de se relacionar bem com sua família e sociedade, assim, como a criança e o adolescente não são capazes de responder pelos seus atos, é preciso serem tratados como ser humanos dignos de respeito, pois se forem serem tratados com agressão essa atitude poderá ser reproduzida por eles no futuro já que violência gera violência, eles estão ainda em desenvolvimento e podem aprender com o outro ou seja, aprende com colegas e principalmente com os adultos, seguindo a ideia do conhecimento empírico, pois através da experiências , sendo elas positivas ou negativas, crianças e adolescentes tendem seguir os mesmos passos dos adultos.

Alguns relatos apresentam que adolescentes após seu retorno de internação comete novo ato infracional. A mãe relata que seu filho “voltou pior que foi”.

A partir deste cenário de repúdio e indignação de maus tratos e tratamento que não condiz no ECA, surgiram tantos questionamentos no que se diz respeito a aplicabilidade das medidas socioeducativas, principalmente a de internação. O adolescente sem sombra de dúvidas deve ser responsabilizado pelo seus atos, mas isso não pode ser feito em condições desumanas.

7.2. Centro Socioeducativo de Ji-Paraná – CASE.

A FEASE (Fundação Estadual de Atendimento Socioeducativo), elabora, coordena e executa a política de atendimento ao adolescente autor de ato infracional em Rondônia.

A Fundação tem por finalidade o atendimento socioeducativo no Estado de Rondônia destinado ao adolescente autor de ato infracional, ela foi instituída por meio da implementação e manutenção das execuções de medidas socioeducativas de internação e semiliberdade.

A Fease possui com 261 vagas, estando estas distribuídas em oito (08) unidades socioeducativas, um (01) Centro de Atendimento Socioeducativo(CASE) em Ji-Paraná e um (01) Núcleo de Atendimento Socioeducativo em Guajará-Mirim. Quatro (04) das oito (08) unidades estão localizadas em Porto Velho, e uma (01) unidade nas cidades de: Ariquemes, Cacoal, Rolim de Moura e Vilhena, além das unidades possui também um (01) Grupo de Escolta Tática (GET) localizado na cidade de Porto Velho e uma extensão deste grupo em Cacoal. (GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA – FEASE, 2021.)

O Centro de Atendimento Socioeducativo (CASE) de Ji-Paraná foi inaugurado em 9 de Junho de 2016, a obra iniciou no ano de 2002, demorou quase 15 anos para sua conclusão. O CASE recebe os adolescentes das da região Central do Estado e das cidades localizadas no eixo da rodovia BR-429, e possui apenas 52 vagas disponíveis para receber os adolescentes que necessitem cumprir medidas socioeducativa de internação. .

Segundo reportagem da Coordenadoria da Infância e da Juventude em um período de dois meses seguintes a inauguração do CASE tiveram oito rebeliões, o que levou a juíza Ana Santiago Ziparro, titular da Vara da Infância e da Juventude a realizar um projeto de mediação, que consiste no método pacífico de solução de conflitos, de acordo com a juíza a mediação possibilita a transformação da “cultura do conflito” em “cultura do diálogo” na medida em que estimula a resolução de problemas pelas próprias partes.

O objetivo do projeto proposto foi fazer com que os sócio educadores pudessem identificar situações de conflitos, ainda que potenciais, para utilizarem os instrumentos necessários para à pacificação.

Além do projeto de mediação a juíza também implantou uma parceria com a Organização Não Governamental (ONG) Amor – Exigente, que atua no apoio e orientação aos familiares de dependentes químicos, para implantação de um programa de desintoxicação, já que segundo a juíza o fator que mais motiva a internação é o uso

de drogas, que leva ao furto e depois ao assalto. (COORDENADORIA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE.)

A medida socioeducativa de internação possui previsão legal no artigo 121 do ECA , no qual dispõe:

Art. 121. A internação constitui medida privativa da liberdade, sujeita aos princípios de brevidade, excepcionalidade e respeito à condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. § 1º Será permitida a realização de atividades externas, a critério da equipe técnica da entidade, salvo expressa determinação judicial em contrário. § 2º A medida não comporta prazo determinado, devendo sua manutenção ser reavaliada, mediante decisão fundamentada, no máximo a cada seis meses. § 3º Em nenhuma hipótese o período máximo de internação excederá a três anos. § 4º Atingido o limite estabelecido no parágrafo anterior, o adolescente deverá ser liberado, colocado em regime de semi-liberdade ou de liberdade assistida. § 5º A liberação será compulsória aos vinte e um anos de idade. § 6º Em qualquer hipótese a desinternação será precedida de autorização judicial, ouvido o Ministério Público. § 7º A determinação judicial mencionada no § 1º poderá ser revista a qualquer tempo pela autoridade judiciária.

Aos moldes dos ensinamentos de Magalhães (2010), as entidades e programas do atendimento socioeducativo deverão oferecer e garantir aos adolescentes infratores o acesso a programas públicos e comunitários, como por exemplo, escolarização formal, atividades desportistas culturais e de lazer, assistência religiosa, atendimento a saúde na rede pública, inserção em atividades profissionalizantes e inclusão no mercado de trabalho, inclusive para aqueles que possuem deficiência em conformidade com o Decreto nº 3.298 de 20 de dezembro de 1999. (MAGALHÃES, 2010, apud IRMA DANIELE FORTALEZA DE SOUSA, 2020 , p. 6.)

O CASE de Ji-Paraná como Centro de Atendimento Socioeducativo recebe os adolescentes que necessitam cumprir medida socioeducativa de internação devido a alguma conduta que seja equipada ao crime ou contraversão penal.

O CASE é dividido em 4 blocos, cada bloco possui entre 10 a 12 alojamentos. O bloco B é destinado aos adolescentes que estão em um período provisório da medida e também para aqueles que praticaram alguma falta disciplinar dentro do centro. Para os demais blocos, os adolescentes são separados por afinidade e gravidade do ato infracional. O adolescentes ficam em seus alojamentos e saem apenas acompanhados de um servidor. A saída ocorre por alguma atividade ou atendimento técnico

O centro possui 52 alojamentos individuais, segundo informações obtidas o Centro nunca chegou em uma situação de superlotação O CASE possui atendimento psicossocial, os atendimentos psicológicos ocorrem semanalmente e os atendimentos sociais e de saúde quando é apresentado demanda do próprio adolescente ou do próprio setor.

Os adolescentes recebem visitas semanais de familiares, contudo durante a pandemia e seguindo o Decreto Estadual, o contato familiar vem ocorrendo por meio de ligações em vídeo chamadas, quando o familiar, por algum motivo, não pode estar presente o adolescente realiza ligação por vídeo-chamada.

O Estado garante aos adolescentes produtos para a higiene pessoal, porém, se a família preferir trazer produtos de higiene conforme sua preferência por marcas, também é permitido.

As atividades pedagógicas consistem em: Escolarização, sala de Jogos, aulas de natação, atividade ocupacional na horta, sessões de filmes, concursos de redação e gincanas, rodas de conversas, palestras com temas diversos, atividades em grupo na biblioteca e leituras de livros.

Conforme estabelecido no ECA a avaliação e reavaliação da medida de internação deve e acontecer no máximo a cada 6 meses, e o Centro cumpre esta prerrogativa. Há, porém, casos em que os adolescentes são avaliados há cada três ou quatro meses, depende do caso e da decisão judicial. Entrementes, o judiciário cumpre a legislação não excedendo o tempo máximo.

O processo de escolarização é modular. Os adolescentes são matriculados no Ensino de Jovens e Adultos-EJA e recebem aulas dentro do Centro por professores da Secretaria de Educação do Estado.

Os adolescentes que não possuem idade para matrícula na EJA, são matriculados em escolas regulares que enviam os materiais ao Centro para que tais garotos possam realizar as atividades. Com a pandemia, tantos os adolescentes da EJA quanto os que estão em escolas regulares executam suas atividades em seus alojamentos com ajuda de servidores, já que não podem ter acesso a internet.

Segundo Dados fornecidos pelo próprio CASE, o Centro cumpre de forma árdua as prerrogativas estabelecidas no ECA ao que se diz respeito a aplicabilidade de medida socioeducativa de internação, principalmente do que se trata o caráter pedagógico que a mesma exige para que possa atingir o seu objetivo.

8. Considerações Finais

O objetivo geral deste estudo foi levantar uma abordagem crítica ao que se diz respeito a aplicabilidade das medidas socioeducativas, em especial a medida socioeducativa de internação em um aspecto geral, bem como direcionado a pesquisa ao CASE – Ji-Paraná. A ideia inicial da pesquisa era a idealização de um projeto de acompanhamento de em média quatro encontros com os adolescentes que se encontram reclusos no CASE, os encontros seriam direcionados a história de vida desses adolescentes, o eixo entre esses adolescentes e seus famílias e a perspectiva destes após o cumprimento das medidas socioeducativas.

Posteriormente, seria abordado através de visita para o levantamento de dados a realidade do casa de detenção de Ouro Preto do Oeste, com o intuito de enfatizar a falha em nosso sistema por parte do Estado na aplicabilidade das medidas socioeducativas e a redução da maioridade penal como forma de camuflar este problema.

Toda via, nos encontramos em um ano que foi tomado pela pandemia advinda do COVID-19, com ela além de muitas percas, também nos restringiu a frequentar lugares e infelizmente a pesquisa não foi realizada conforme o esperado.

Porém, após a experiência que pude ter através desta pesquisa, acredito que mesmo que não estivéssemos passando por um momento tão delicado, não poderia extrair tantas informações, já que foi notório por minha parte nos vários contatos com diversos setores do CASE que uma visita acadêmica não seria bem-vinda, acredito talvez pelo fato que esta visita pudesse expor de uma forma negativa como realmente funciona o Centro de Atendimento. Vale salientar que os dados ao que se diz respeito ao funcionamento do Centro foram fornecidos pelo próprio, não sendo possível pesquisa através dos meios de informação, como a internet, os resultados das buscas se restringem a notícias.

Com conhecimento de causa, pois possuo formação acadêmica em Serviço Social, e pude estagiar durante o período de um ano no Tribunal de Justiça, onde tive acesso a aterrorizantes histórias de vidas, posso dizer que a grande maioria de adolescentes que se sujeitam a cometer ato infracional possuem problemas familiares, seja por abandono, seja por abuso, seja por necessidade, se sujeitar a infringir a lei começa no seio da família. Não que passar por “problemas” possa ser usado como “desculpa”, mas é o primeiro gatilho.

A sociedade e o Estado em sua grande maioria impõe a redução da maioridade penal, mesmo que direcionada a pratica de crimes hediondos, como se fosse a grande “SOLUÇÃO”, para problemas tão emergentes, sem ao menos por em evidência que mesmo que estejamos lhe dando com adolescentes que tiveram um desvio de conduta e necessitam ser responsabilizados por seus atos, estamos falando de pessoas em desenvolvimento.

O caráter pedagógico da medida de internação deveria preparar este adolescente para o mundo após a internação, deveria fortalecer os vínculos sociais, profissionais e principalmente familiares. Como seria possível fortalecer esses vínculos se um acadêmico não pode desenvolver um projeto com esses adolescentes, se o Estado não se posiciona em meio a pandemia para que esses adolescentes continuem recebendo visitas de seus familiares, que por muitas vezes não estão preparados para receber esse adolescente após sua internação .

As medidas socioeducativas deveriam ser o “salva vidas” de adolescente que se encontram perdidos, por muitas vezes clamando por socorro. Com este estudo foi possível observar que falta por parte do Estado políticas públicas voltadas a esses adolescentes que cumprem medida socioeducativa , como já abordado, tendo o CASE como principal exemplo as atividades pedagógicas consistem em apenas em: Escolarização, sala de Jogos, aulas de natação, atividade ocupacional na horta, sessões de filmes, concursos de redação e gincanas, rodas de conversas, palestras com temas diversos, atividades em grupo na biblioteca e leituras de livros. As medidas socioeducativas deveriam ter não somente o caráter punitivo, mas também o educativo, como por exemplo cursos de profissionalização para que esses adolescentes possam ingressar no mercado de trabalho, projetos que fortifiquem cada vez mais os laços familiares. As medidas deveriam preparar esses adolescentes para que possam encontrar oportunidades, no lugar da exclusão, para que pudessem buscar o correto no lugar da criminalização.

9. REFERÊNCIAS

BARROSO FILHO, José. **Do ato infracional**. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 6, n. 52,1 nov. 2001. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/2470/do-ato-infracional> Acesso em: 07 mar. 2021.

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

BRASIL. Código Penal (1940). **Código Penal**. Rio de Janeiro, RJ, 1940.

BRASIL. **Código Civil** (2015). Institui o Código Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso: 18 de março de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 16.272, de 20 de Dezembro de 1923**. Aprova o Regulamento da Assistência e Proteção aos Menores Abandonados e Delinquentes. Legislação Informatizada. 1923. Disponível em : <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-16272-20->

[dezembro-1923-517646-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=I%2C%20da%20lei%20n.,da%20Justi%C3%A7a%20e%20Negocios%20Interiores.](#) Acesso: 19 de Abril de 2021.

BRASIL. **Decreto nº 17.943–A de 1.º de dezembro de 1926.** Código de Menores. Rio de Janeiro, 1927. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acesso: 15 de abril de 2021.

BRASIL. **Decreto Nº 847, de 11 de Outubro de 1890.** Promulga do Código Penal . Legislação Informatizada. 1890. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-847-11-outubro-1890-503086-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso: 19 de abril de 2021.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.799 de 1941.** Transforma o Instituto Sete de Setembro, em Serviço de Assistência a Menores e dá outras providências. Legislação Informatizada. Disponível em : [BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de Julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: \[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm\]\(http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm\). Acesso: 15 de março de 2021.](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3799-5-novembro-1941-413971-publicacaooriginal-1-pe.html#:~:text=Transforma%20o%20Instituto%20Sete%20de,Menores%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso: 19 de abril de 2021.</p></div><div data-bbox=)

BRASIL. **Lei nº 12.594, de 18 de janeiro de 2012.** Institui o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE), regulamenta a execução das medidas socioeducativas destinadas a adolescente que pratique ato infracional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12594.htm . Acesso: 18 de março de 2021.

BRASIL. **LEI Nº 8.072, DE 25 DE JULHO DE 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm. Acesso: 15 de março de 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal de Justiça. Súmula nº 108.** A aplicação de medidas socio-educativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, e da competência exclusiva do juiz. Data da Publicação - DJ 22.06.1994 p. 16427. Disponível em: https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-summulas-2010_7_capSumula108.pdf. Acesso: 28 de abril de 2021.

COIMBRA, Cecília M.B. & NASCIMENTO, Maria Lívia do. Jovens pobres: o mito da periculosidade. In: FRAGA, Paulo César Pontes & IULIANELLI, Jorge A. Silva. **Jovens em Tempo Real**. Rio de Janeiro: DP&A, 2003.

COSTA, C.R.B.S.F.; ASSIS, S.G. **Fatores protetivos a adolescentes em conflito com a lei no contexto socioeducativo**. 2006 Disponível em:

<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-71822006000300011>. Acesso em: 04 nov. 2018 . In: OLIVEIRA, ANA LAURA. MENOR INFRATOR COMO CONSEQUÊNCIA DO ABANDONO AFETIVO: o adolescente em conflito com a lei, a família e a sociedade, 2019. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/1404/1/Monografia-%20Ana%20Laura%20de%20Oliveira.pdf> . Acesso: 12 de Março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **CNJ Serviço: o que são medidas socioeducativas?**. 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/cnj-servico-o-que-sao-medidas-socioeducativas/#:~:text=Quem%20determina%20a%20aplica%C3%A7%C3%A3o%20de,sem%20o%20devido%20processo%20legal>. Acesso: 22 de março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - CONANDA. **Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo**. Disponível em: <http://www.conselhodacrianca.al.gov.br/sala-de-imprensa/publicacoes/sinase.pdf>. Acesso: 15 de março de 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Sistema prisional em números**. 2019. Disponível em : <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>. Acesso: 15 de março de 2021.

COORDENADORIA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE. **Rondônia, onde a mediação ajuda a acabar rebeliões em unidade socioeducativa**. Disponível em: <https://www.tjrr.jus.br/cij/index.php/noticias/766-rondonia-onde-a-mediacao-ajuda-a-acabar-rebelioes-em-unidade-socioeducativa>. Acesso: 18 de abril de 2021.

FARIAS, Cristiano Chaves de, e ROSENVALD, Nelson. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 63.

GAGLIANO, Pablo Stolze . **Manual de direito civil**; volume único / Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho. – São Paulo : Saraiva, 2017. 1. Direito civil 2. Direito civil - Brasil I. Título II. Pamplona Filho, Rodolfo. 16-1508 CDU 347(81).

GOVERNO DO ESTADO DE RONDÔNIA. **Fundação Estadual de Atendimento Socioeducativo – FEASE**. Disponível em: <http://www.rondonia.ro.gov.br/fease/>. Acesso: 23 de março de 2021.

JORNAL CORREIO DE MINAS . **Mãe e filho invadem residência, ameaçam e roubam idosos, mas terminam no xilindró.** 2018. Disponível em: <https://correiodeminas.com.br/mae-e-filho-invadem-residencia-ameacam-e-roubam-idosos-mas-terminam-no-xilindro/>. Acesso: 20 de março de 2020.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente:** aspectos teóricos e práticos. 4.ed.rev.e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MARCHIORI, Jhenifer Rangel Marchiori. **O retorno ao convívio familiar: Trabalho do Serviço Social no Tribunal de Justiça.** 2015.79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Serviço Social) – Curso de Serviço Social - Centro Universitário Luterano de Ji-Paraná, Ji-Paraná. .

MAGALHÃES, Ana Cléia Lopes. **A medida socioeducativa semiliberdade na promoção da inclusão social de adolescentes em conflito com a lei em Teresina.** Instituto Camillo Filho –ICF, Teresina, 2010. In: FORTALEZA DE SOUSA, IRMA DANIELE. **Adolescentes em Conflito Com A Lei: As Causas Que Levam Os Adolescentes A Cometerem Ato Infracional No Estado Do Piauí.** Instituto Camillo Filho – ICF. 2020. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/4732-16388-1-PB.pdf>. Acesso: 28 de abril de 2021.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ. **Linha do tempo sobre o Direito da Criança e do Adolescente.** Disponível em: <http://crianca.mppr.mp.br/pagina-2174.html>. Acesso: 19 de abril de 2021.

Roda dos enfeitados. in **Infopédia** [em linha]. Porto: Porto Editora, 2003-2021. [consult. 2021-04-19 01:19:15]. Disponível : [https://www.infopedia.pt/\\$roda-dos-enfeitados](https://www.infopedia.pt/$roda-dos-enfeitados) . Acesso: 19 de abril de 2021.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescentes em conflito com a lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil.** 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. In: DE BEM COSTA, FRANCIELE. **Aplicação Das Medidas Socioeducativas Em Meio Aberto Aos Jovens Autores De Ato Infracional No Município De Araranguá.** Universidade do Sul de Santa Catarina, 2017. Disponível em: <http://www.uniedu.sed.sc.gov.br/wp-content/uploads/2017/02/Artigo-Francine.pdf>. Acesso : 28 de abril de 2021.

SENADO FEDERAL. Radio Senado. **Quando as nossas crianças também iam para a cadeia - 1ª parte - 1.** Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/radio/1/reportagem-especial/2016/06/24/reportagem-especial/69507dab-07b0-471e-b282->



0e394c86b310#:~:text=Em%201926%2C%20a%20imprensa%20carioca,tipo%20de%20viol%C3%Aancia%2C%20inclusive%20sexual. Acesso: 18 de abril de 2021.