

BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO N. 1056

(Ano XIII)

(01/12/2021)

ISSN - 1984-0454



BRASÍLIA - 2021

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Contato: editorial@conteudojuridico.com.br

WWW.CONTEUDOJURIDICO.COM.BR

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA



Mandado de Prisão com Difusão Vermelha (red notice)
Valdinei Cordeiro Coimbra, 08.

ARTIGOS

Acordo de não persecução penal: relação com o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica

Thiago Paulo Silva, 15.

Violência contra a mulher: os aspectos que dificultam o reconhecimento da vítima diante da violência psicológica à luz da Lei 11.340/2006.

Angela Maria Amorim de Freitas, 30.

A distanásia em face do direito à vida com qualidade e à dignidade da pessoa humana

Elioenai Freitas de Souza, 47.

O ativismo judicial no Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma análise acerca da conduta ativista do maior tribunal do país em suas decisões judiciais

Eduardo Antonio Silva Gomes, 61.

Tríplice fronteira e o narcotráfico: uma análise das políticas públicas de segurança nas fronteiras do estado do Amazonas

Josilane de Sena Dias, 80.

Uma análise da exigibilidade da vacinação para permanência laboral na empresa privada

Jeferson Saldanha e Silva, 96.

Alimentos gravídicos em face de inseminação artificial na união homoafetiva

Antonio Alves Furtado, 116.

Direito do Nascituro

Adriano Tadeu Góes de Souza Filho, 131.

A guarda compartilhada como forma de combate a alienação parental à luz da lei 13.058/2014 em tempos de pandemia

Lavinie Pereira Lopes, 145.

Crime contra administração pública: descumprimento de ato de ofício por agentes públicos – prevaricação

Alice de Araújo Pereira, 162.

Análise em informe da atuação do sindicato na pandemia da covid-19

Raul Avelino dos Santos, 176.

As políticas públicas voltadas aos adolescentes em conflito com a lei em cumprimento das medidas socioeducativas

Abigail Fagundes Machado, 190.

Cyberbullying: Os limites da liberdade de expressão

Kildeane Meirielle Moura Costa e Ingrid Andreza Gato De Oliveira, 214.

A (in)efetividade do protesto extrajudicial como ferramenta para execução lastreada em título judicial

Crislainne Soares Dos Santos Lira, 228.

Responsabilidade dos pais com relação aos filhos no divórcio litigioso

Gabriella Setsuko Chixaro Takeda, 241.

A inconstitucionalidade da imposição da lei civil do regime da separação de bens para os maiores de setenta anos.

Marisangela Silva Ferreira, 262.

A inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação total de bens para maiores de 70 anos

Mikaelly Viana Rodrigues, 278.

O crime de estupro e sua cultura

Nathalia Glória da Silva, 294.

A vinculação da receita de impostos: análise jurisprudencial

Maria Eduarda Dias da Costa, 305.

A prisão preventiva à luz da presunção de inocência

Adriene Karolayne de Oliveira Lima e Gabriela Alves Gama, 324.

A Criminalização da Homofobia

Lia Busch Silva Araujo, 347.

Os reflexos da covid-19 nas relações trabalhistas

Ivan Gabriel Parente Viana, 359

A redução salarial frente à pandemia do covid-19

Laura Menezes Surette Dutra, 375.

Alienação parental em tempos de pandemia

Hillary Cristina Melo Dorneles, 397

MANDADO DE PRISÃO COM DIFUSÃO VERMELHA (RED NOTICE)

VALDINEI CORDEIRO COIMBRA:

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-FORTIUM1.

No Brasil, salvo as hipóteses de flagrante delito, somente um juiz pode decretar uma ordem de prisão, sendo que, até recentemente, uma prisão decretada por um juiz de uma unidade da federação, para ser cumprida em outra, exigia-se que o mandado fosse deprecado no juízo onde o procurado fosse localizado, o que as vezes, acabava gerando a soltura do detido, considerando a demora no trâmite entre a expedição e o cumprimento de uma carta precatória. Isso somente foi amenizado com a alteração do CPP, pela Lei n. 12.403/2011, que acrescentou o art. 289-A, que determina que o juiz competente que expedir uma ordem de prisão (preventiva ou condenatória) deverá providenciar o imediato registro do mandado no banco de mandados de prisão a ser mantido pelo Conselho Nacional de Justiça.

O Mandado uma vez registrado no banco de mandados do CNJ passa a ter a sua validade presumida em todo o Brasil, além de contar com ampla publicidade (difusão), facilitando, assim, o seu cumprimento em outra unidade da federação. Neste sentido, o procurado pode ser preso por qualquer agente policial, ainda que fora da competência territorial do juiz que expediu a prisão, mas somente se o mandado estiver registrado no

1 Professor Universitário de Direito Penal e Orientação de Monografia. Advogado. Delegado de Polícia da PCDF (aposentado). Já exerceu os cargos de Coordenador da Polícia Legislativa da Câmara Legislativa do Distrito Federal (COPOL/CLDF), Advogado exercendo o cargo de Assessor de Procurador-Geral da CLDF. Chefe de Gabinete da Administração do Varjão-DF. Chefe da Assessoria para Assuntos Especiais da PCDF. Chefe da Assessoria Técnica da Cidade do Varjão - DF; Presidente da CPD/CGP/PCDF. Assessor Institucional da PCDF. Secretário Executivo da PCDF. Diretor da DRCCP/CGP/PCDF. Diretor-adjunto da Divisão de Sequestros. Chefe-adjunto da 1ª Delegacia de Polícia. Assessor do Departamento de Polícia Especializada - DPE/PCDF. Chefe-adjunto da DRR/PCDF. Analista Judiciário do TJDF. Agente de Polícia Civil do DF. Agente Penitenciário do DF. Policial Militar do DF.

CNJ. Do contrário, deverá a autoridade policial do local em que se deu o cumprimento da prisão fazer diligências cartorárias para verificar a autenticidade do Mandado de prisão, bem como comunicar ao juiz que a decretou, o qual, deverá providenciar o registro do mandado no banco do CNJ. Feito isso, a prisão será comunicada imediatamente ao juiz do local em que foi cumprida, que, por sua vez, providenciará a certidão extraída do registro no CNJ (via internet) e informará ao juízo que decretou a medida.

O preso será informado dos seus direitos constitucionais, nos termos dos incisos LXIII do art. 5º da CFRB, e, caso não informe o nome do seu advogado, deverá a autoridade responsável comunicar à Defensoria Pública local.

Assim, entendemos que o lançamento do mandado de prisão no banco de mandados do CNJ tem como efeito a difusão no território nacional da respectiva ordem judicial, autorizando a prisão do procurado por qualquer agente público, ampliando a jurisdição de um juiz local, no tocante aquela ordem judicial expedida.

Mas até aqui, nada se falou sobre o instituto da "difusão vermelha" (*red notice*), objeto do título do presente *paper*.

Pois bem.

A chamada "difusão vermelha" (*red notice*), nada mais é do que a notícia da existência de um alerta na Interpol, devidamente expedido pelas autoridades judiciais de um país-membro daquele organismo internacional, com vistas à extradição de pessoas procuradas pela justiça criminal.

A difusão vermelha, acaba gerando um efeito mundial ao mandado de prisão expedido por um juiz de primeira ou segunda instância. No entanto, a finalidade precípua é desburocratizar o trâmite policial para o seu cumprimento.

No Brasil encontra regulação na instrução normativa n. 01 de fevereiro de 2010 do CNJ, que dispõe sobre a indicação da condição de possível foragido ou estadia no exterior quando da expedição de mandado de prisão em face de pessoa condenada, com sentença de pronúncia ou com prisão preventiva decretada no país.

Referida instrução normativa foi criada tendo por base a adesão oficial do Brasil ao sistema da Interpol desde 1986 para difusão de informações relacionadas, sendo que o Departamento de Polícia Federal - DPF é o órgão brasileiro encarregado de centralizar as informações e a ligação com a Interpol para difusão entre os países membros em diferentes graus de gravidade.

A instrução normativa em referencia indica no seu art. 1º que: "

Art. 1º Os magistrados estaduais, federais, do eleitoral ou militares, juízes de primeiro grau, desembargadores ou juízes de segundo grau e ministros de tribunal superior, ao expedirem ordem de prisão por mandado ou qualquer outra modalidade de instrumento judicial com esse efeito, tendo ciência própria ou por suspeita, referência, indicação ou declaração de qualquer interessado ou agente público, que a pessoa a ser presa está fora do país, vai sair dele ou pode se encontrar no exterior, nele indicarão expressamente essa circunstância".

A medida referida deve ser adotada nos mandados de prisão definitiva, de sentença de pronúncia ou de prisão preventiva, o qual será imediatamente encaminhado, por cópia, ao Superintendente Regional da Polícia Federal do respectivo estado, com vista à "Difusão Vermelha" para o seu cumprimento em qualquer país que tenha acordo internacional sobre o tema.

O problema da difusão vermelha é quando a ordem de prisão vem de outro país, uma vez que, nem sempre a prisão decretada em outro país é de natureza jurisdicional. É possível que a prisão tenha sido decretada por uma autoridade administrativa, exigindo-se para o seu cumprimento, ser submetida ao crivo do Poder Judiciário, pois em tese, contraria a Constituição brasileira que, salvo a prisão em flagrante, somente admite prisão por ordem judicial.

Além disso, apesar da boa intenção de dar celeridade no cumprimento de prisão de pessoas condenadas, cautelas são necessárias quando do cumprimento de prisão, veiculada pelo Sistema de Difusão Vermelha, devendo o Delegado da Polícia Federal apresentar o preso a um juiz federal, sob pena de constituir autoridade coatora, conforme já manifestou o STF:

EMENTA: QUESTÃO DE ORDEM EM HABEAS CORPUS PREVENTIVO. CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HABEAS CORPUS IMPETRADO CONTRA AMEAÇA DE ATO DE DELEGADO DA POLÍCIA FEDERAL. 1. A competência do Supremo Tribunal Federal para julgar habeas corpus é determinada constitucionalmente em razão do Paciente ou da Autoridade Coatora (art. 102, inc. I, alínea i, da Constituição da República). 2. Questão de ordem resolvida no sentido de reconhecer a incompetência do Supremo Tribunal Federal para processar e julgar o habeas corpus n. 119056-DF, determinando a remessa dos autos a uma das Varas Federais da Seção Judiciária do Distrito Federal. (STF, HC 119056, 2013)

O cumprimento do mandado de prisão por via da difusão vermelha, por si só não autoriza a apresentação do preso à autoridade estrangeira. Tudo deve ser feito nos termos da Lei n. 6.815/80 que trata do estatuto do estrangeiro. Neste sentido, segue julgado do STF:

EMENTA: PRISÃO PREVENTIVA PARA FINS DE EXTRADIÇÃO. NACIONAL LIBANÊS NATURALIZADO BRASILEIRO. EXTRADITANDO EXPULSO DO PARAGUAI. TRÁFICO DE DROGAS. EXTRADITANDO PRESO EM FACE DE OUTRO MANDADO DE PRISÃO: DIFUSÃO VERMELHA. AUSÊNCIA DE CÓPIAS DE TEXTOS LEGAIS, COMO EXIGE A LEI N. 6.815/80. OMISSÃO DO ESTADO-REQUERENTE EM FORMULAR O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO E DE COMPLEMENTAR A INSTRUÇÃO DO PEDIDO. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA INDEFERIDO. CONVERSÃO DO FEITO EM DILIGÊNCIA E DEFINIÇÃO DE PRAZO IMPRORROGÁVEL DE SESENTA DIAS PARA CUMPRIMENTO DAS EXIGÊNCIAS. 1. A República do Líbano não apresentou os documentos que completariam pedido de extradição, com promessa de reciprocidade, nem complementou a instrução nos termos da Lei n. 6.815/80, a despeito de ter sido fixado prazo peremptório, mais de uma vez, para que viesse esta documentação para a competente instrução do feito. 2. As peculiaridades da presente prisão preventiva para extradição, que não se limitam ao simples exame dos aspectos formais e à mera apreciação dos fins comuns a que se destina a maioria das extradições submetidas a este Supremo Tribunal, aliada à complexidade da causa, consubstanciada, dentre outros motivos, pela dificuldade da tradução do idioma árabe, ultrapassam os tradicionalmente inerentes às extradições de nacionais libaneses e constituem razões suficientes para a manutenção da prisão do Extraditando, não se podendo falar, portanto, em excesso de prazo da prisão. 3. Também em razão das singularidades do caso em pauta, é de ser concedido novo e improrrogável prazo para o atendimento das diligências requeridas pelo Ministério Público Federal, cabendo ao Estado requerente valer-se do mesmo para o aperfeiçoamento de seus deveres, na espécie, se entender mantido o seu interesse na extradição, sob pena de se ter o indeferimento do pedido formulado. 3. Questão de ordem que se resolve no sentido da conversão do feito em diligência e a definição do prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias, contados da publicação desta decisão plenária, para o atendimento das exigências. (STF, PPE 623, 2010)

O Supremo Tribunal Federal já concedeu ordem de Habeas Corpus preventivo em desfavor de mandado de prisão expedido por autoridade judiciária estrangeira, em desfavor de pessoa residente no Brasil, em virtude da falta de pedido de extradição, conforme se verifica abaixo:

EMENTA: - Habeas Corpus preventivo. 2. Mandado de prisão expedido por magistrado canadense contra pessoa residente no Brasil, para cuja execução foi solicitada a cooperação da INTERPOL - Brasil. Inexistência de pedido de extradição. 3. Competência do STF - Art. 102, I, g, da Constituição Federal. 4. Em face do mandado de prisão contra a paciente expedido por magistrado canadense, sob a acusação de haver cometido o ilícito criminal previsto no art. 282, a, do Código Penal do Canadá, e solicitada à INTERPOL sua execução, fica caracterizada situação de ameaça à liberdade de ir e vir. 5. Habeas corpus parcialmente conhecido e, nessa parte, concedido, para assegurar à paciente salvo conduto em todo o território nacional. Em se tratando de pessoa residente no Brasil, não há de sofrer constrangimento em sua liberdade de locomoção, em virtude de mandado de prisão expedido por justiça estrangeira, o qual, por si só, não pode lograr qualquer eficácia no país. 6. Comunicação da decisão do STF ao Ministério da Justiça e ao Departamento de Polícia Federal, Divisão da Interpol, para que, diante da ameaça efetiva à liberdade, se adotem providências indispensáveis, em ordem a que a paciente, com residência em Florianópolis, não sofra restrições em sua liberdade de locomoção e permaneça no país enquanto lhe aprouver. 7. Habeas corpus não conhecido, no ponto em que se pede a cessação imediata da veiculação dos nomes e fotografias da paciente e de seus filhos menores no portal eletrônico da Organização Internacional de Polícia Criminal (O.I.P.C.) - Interpol, porque fora do alcance e controle da jurisdição nacional, tendo sido a inclusão das difusões vermelha e amarelas, relativas à paciente e seus filhos, respectivamente, solicitadas pela IP/Ottawa à IPSC, em Lyon, França. (STF, HC 80923, 2001)

Assim, a difusão vermelha (*red notice*), nada mais é do que o compartilhamento de informações pela Interpol com vista à cooperação entre as polícias dos países membros. Sendo que no Brasil, os mandados devem ser devidamente cadastrado no CNJ e em seguida, encaminhado à Polícia Federal que se incumbirá de promover no sistema da Interpol, noticiando-se a ordem de prisão de determinada pessoa a todos os países membros visando a sua localização e captura. Assim, se a pessoa contra quem o mandado de prisão foi emitido ingressar em qualquer dos países que integram a Interpol, um alerta é automaticamente emitido para o país que expediu a ordem, por isso a expressão "Difusão

Vermelha". A partir daí, cada país tem legislação própria quanto aos trâmites do pedido de extradição.

Para finalizar este paper, é importante mencionar que a Interpol se utiliza de vários mecanismos de cooperação entre as polícias dos países membros, dentre eles as chamadas "difusões", que foram classificadas em cores, tais como: a) Difusão Vermelha: busca o cumprimento de uma ordem de prisão para fins de extradição; b) Difusão Azul: busca informações sobre pessoas que cometeram crimes; c) Difusão Amarela: busca pessoas desaparecidas ou perdidas, em razão de fato criminoso ou em caráter humanitário; d) Difusão Branca: busca a localização de objetos de alto valor roubados, incluindo obras de arte; e) Difusão Preta: busca a identificação de cadáveres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Instrução Normativa n. 01 de 10 de fevereiro de 2010**. Disponível em:

http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8592:redencao-e-maracanau-sao-campeoes-em-acordos-no-primeiro-dia-de-conciliacao-no-ceara&catid=1:notas&Itemid=169. Acesso em 10 jun. 2014.

BRASIL, Presidência da República Federativa. *Código de Processo Penal - CPP - Decreto-Lei nº 3.689, 3.10.1941*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 06 ago. 2008. Disponível em: . Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Banco Nacional de Mandados de Prisão - BNMP - Resolução 137. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/sistemas/sistema-carcerario-e-execucao-penal/banco-nacional-de-mandados-de-prisao-bnmp>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 119056 QO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 03/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-244 DIVULG 11-12-2013 PUBLIC 12-12-2013. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000223125&base=baseAcordaos>. Acesso em 10 jun. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. PPE 623 QO, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2010, DJe-164 DIVULG 02-09-2010 PUBLIC 03-09-2010 EMENT VOL-02413-01 PP-00131 LEXSTF v. 32, n. 382, 2010, p. 226-247. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000168172&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 jun. 2014.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. HC 80923, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 15/08/2001, DJ 21-06-2002 PP-00097 EMENT VOL-02074-02 PP-

00410. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000099057&base=baseAcordaos>. Acesso em: 10 jun. 2014.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: RELAÇÃO COM O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA

THIAGO PAULO SILVA:
Graduanda do curso de direito da
Universidade Unirg.

JOSÉ ALVES MACIEL²
(orientador)

RESUMO: A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, inseriu o artigo 28-A ao Código de Processo Penal, autorizando ao autor de infração penal, cuja pena não ultrapasse quatro anos, em crimes sem violência ou grave ameaça, havendo confissão formal, ser beneficiado com a celebração de um acordo de não persecução penal, fundado em condições previstas em lei, fixadas segundo o caso em concreto. Com a inserção do dispositivo de lei, o instituto jurídico passou a ser requerido também por acusados cuja prática delitativa fora anterior à lei, mas com processo penal em andamento, com base no princípio de retroatividade da lei penal mais benéfica. Portanto, o objetivo geral desta pesquisa é apresentar a possibilidade jurídica de realização de acordo de não persecução penal e a sua relação com o princípio da retroatividade. O método de elaboração escolhido foi o dedutivo, a medida que expõe a novidade legislativa aplicável aos casos processados após sua entrada em vigor e mais adiante apresenta a possibilidade de aplicação retroativa. A pesquisa bibliográfica desenvolvida, fundada em revisão de literatura, tem como método de análise o de pesquisa qualitativa, com resultados expostos através na transcrição de trechos.

Palavras-chave: Acordo. Não persecução penal. Retroatividade. Aplicação. Processo Penal.

ABSTRACT: Law No. 13,964, of December 24, 2019, inserted article 28-A into the Code of Criminal Procedure, authorizing the perpetrator of a criminal offense, whose sentence does not exceed four years, in crimes without violence or serious threat, with formal confession, be benefited from the signing of a non-criminal prosecution agreement, based on conditions provided for by law, established according to the specific case. With the insertion of the law provision, the legal institute was also required by defendants whose criminal practice was prior to the law, but with criminal proceedings in progress, based on the principle of retroactivity of the most beneficial criminal law. Therefore, the general objective of this research is to present the legal possibility of carrying out a non-criminal prosecution agreement and its relationship with the principle of retroactivity. The chosen method of elaboration was the deductive one, as it exposes the legislative novelty applicable to cases processed after its entry into force and later presents the possibility of

² Professor orientador do curso de direito da Universidade Unirg.

retroactive application. The bibliographic research developed, based on a literature review, has as its method of analysis the qualitative research, with results exposed through the transcription of excerpts.

Keywords: Agreement. No criminal prosecution. Retroactivity. Application. Criminal proceedings.

INTRODUÇÃO

Encontra-se em evolução no ordenamento jurídico brasileiro o aprimoramento da chamada justiça negocial, marcada pela atuação conjunta das partes em prol do alcance de uma satisfativa prestação jurisdicional. No processo penal a hipótese também é admitida.

A possibilidade jurídica de celebração de um acordo de não persecução penal entre um sujeito acusado de delito e o Estado, representado pelo Ministério Público, consiste em mais uma das medidas processuais compreendidas pela chamada justiça penal negociada.

A exemplo do que já se permitia com a concessão da suspensão condicional dos processos e a transação penal em delitos de menor potencial ofensivo, o acordo de não persecução penal foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro através da edição da Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que inseriu ao Código de Processo Penal o artigo 28-A.

O acordo mencionado está autorizado nos casos em que o arquivamento não se aplica, contudo com confissão da prática delitiva por crime com pena mínima inferior a quatro anos, sem violência e grave ameaça. Nessas circunstâncias, aliadas a outros requisitos legais, denominadas condições cumulativas ou alternativas, pode haver a celebração de um acordo entre o acusado e o representante estatal.

Ocorre que, com a autorização de realização de acordos de não persecução penal, advieram análises e questionamentos doutrinários e jurisprudenciais sobre a sua aplicabilidade, de modo que passou a se discutir sobre a sua aplicação àqueles acusados que praticaram crimes anteriores a sua vigência, com o respectivo processo em andamento, e com o atendimento dos seus requisitos legais.

Cumprе ressaltar, que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica tem sua aplicabilidade no direito penal nacional e a sua não aplicabilidade para o direito processual penal (Art. 2º, CPP) a qual se aplica o princípio *tempus regit actum*. Dessa forma, essa pesquisa científica aborda a relação existente entre o mencionado princípio retroativo e a celebração de acordo de não persecução penal de acordo com previsão legal e

entendimentos doutrinários e jurisprudenciais frente apresentar-se como uma norma processual material ou mista.

MATERIAL E MÉTODOS

Realizada no município de Gurupi, Estado do Tocantins e apresentada à Universidade de Gurupi – UnirG, a pesquisa se classifica como Bibliográfica, já que o tema selecionado está previsto na legislação e nas doutrinas e entendimentos jurisprudenciais nacionais, principalmente porque analisa a incidência de um fundamento processual como autorizador da retroatividade de uma lei em favor do acusado.

Quanto aos objetivos, a pesquisa é exploratória, posto que apresenta as principais disposições referentes ao assunto abordado e a metodologia utilizada para a análise dos dados e informações coletados consiste na utilização de técnicas de análise qualitativa do texto, quais sejam: análise de conteúdo, análise do discurso e confronto de informações coletadas.

1 A JUSTIÇA NEGOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

O ordenamento jurídico brasileiro tem sofrido importantes modificações no tocante a negociação entre as partes, instrumento este que tem sido incentivado nas mais variadas esferas do Judiciário em busca de maior efetividade na prestação jurisdicional.

No decorrer do desenvolvimento histórico do direito e da evolução temporal da justiça, sempre houve distanciamento entre povo e poder judiciário, e este, por sua vez, apresentava certo abastamento com relação aos outros poderes constitucionais. No entanto, diante das exponenciais necessidades jurídicas da população, bem como da maior interação entre povo e direito por meio da globalização, fez-se necessário buscar maneiras de aproximar o cidadão do ordenamento jurídico, facilitar o acesso ao judiciário e cumprir efetivamente o que os princípios constitucionais, norteadores do direito contemporâneo, pregam para seu exercício justo na sociedade (CARAVELO, 2018, p.1).

A consequência desse movimento consiste na desburocratização do acesso à justiça em busca da solução consensual dos conflitos através das varias formas de negociação (CARAVELO, 2018).

Na esfera criminal o debate também se instaurou.

O aumento significativo de processos penais e especialmente do número de aprisionamentos tornou cada vez mais urgente a necessidade de discutir o processo penal

brasileiro. Os motivos de questionamentos se relacionam ao fato de que muitos crimes com pouco potencial ofensivo têm como autores pessoas com pouca ou nenhuma história criminal.

Para evitar o encarceramento desses indivíduos, “a justiça negocial criminal é um instrumento de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir” (AZEVEDO, 2020, p.1).

Em síntese, “na aplicação do direito penal, principalmente, busca-se difundir a ideia de que a restrição de liberdade como sanção punitiva não é a única forma de garantir a convivência harmônica na sociedade, a ressocialização do indivíduo e a intenção educacional da pena” (CARAVELO, 2018, p.1).

A justiça negocial no âmbito do direito penal já é uma realidade nacional, expressada através da transação penal admitida na Lei dos Juizados Especiais, nos acordos de delação premiada e mais recentemente através da aprovação do acordo de não persecução penal, objeto de estudo nesta pesquisa científica.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A priori, vigorou no processo penal brasileiro um sistema adversarial, litigioso e pretensamente acusatório, o qual foi alterado com o advento da Carta Cidadã de 1988 que consagrou um sistema democrático, acusatório, e baseado nos direitos e garantias fundamentais (FARACO NETO e LOPES, 2020).

Conforme dito anteriormente, atualmente, a chamada justiça negocial tem ganhado espaço no âmbito criminal, uma vez que anteriormente era comum às demandas de natureza cível, e nos crimes de menor potencial ofensivo, regulamentados pela Lei 9.099/95.

Aliado à expansão penal e aos novos desafios impostos pela sociedade de riscos, no cenário processual penal, tem-se a introdução de instrumentos de justiça negociada, que ganhou especial repercussão no ano de 2019, com a proposta de *plea bargain* inserida pelo ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública do Brasil Sérgio Moro (2019/2020), no denominado Pacote Anticrime.

Trata-se de um instituto com gênese nos países que adotam o sistema de *common law*, constituindo uma espécie de acordo realizado entre a acusação e o acusado, mediante declaração de culpa, em troca da atenuação no número de acusações, na gravidade

dessas, ou na redução da eventual pena (FERNANDES, MUSTAFÁ e ROCHA, 2020, p.1).

Portando, um dos resultados práticos desse ideal negocial no processo penal consiste na inserção do acordo de não persecução penal ao Código de Processo Penal Brasileiro.

2.1 CONCEITO E HIPÓTESES DE CABIMENTO

Com a sanção da Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o Código de Processo Penal passou a prever o acordo de não persecução penal no seguinte dispositivo:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (BRASIL, 1941)

O acordo analisado trata-se de um “negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente – pelo menos em regra, pelo juiz das garantias” (LIMA, 2020, p. 274).

Ao tratar acerca da inclusão do acordo de não persecução penal no ordenamento processual nacional, Aury Lopes Junior destaca:

Outrora inconstitucional a nosso juízo – pois previsto em uma resolução do CNMP (!) – o acordo de não persecução penal agora ingressa de forma regular no sistema processual penal, pela via legislativa adequada. Trata-se de mais um instrumento de ampliação do espaço negocial, pela via do acordo entre MP e defesa, que pressupõe a confissão do acusado pela prática de crime sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos (limite adequado à possibilidade de aplicação de pena não privativa de liberdade), que será reduzida de 1/3 a 2/3 em negociação direta entre acusador e defesa (LOPES JUNIOR, 2020, p. 314-315).

O mencionado dispositivo contém a conceituação legal do acordo de não persecução penal bem como dos requisitos que autorizam a sua realização, todos mencionados no artigo 28-A. Além dos requisitos anteriormente apresentados, é preciso que o caso não se enquadre nas hipóteses do parágrafo 2º do artigo 28-A.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Da leitura dos dispositivos legais resta claro que o momento de celebração do acordo de não persecução penal se dá após o Inquérito Policial, quando ao Ministério

Público é determinado o oferecimento da denúncia, havendo os elementos da justa causa penal.

Em sua essência, diferencia-se de outros institutos da justiça negocial, tal qual destaca o professor Renato Brasileiro de Lima:

Como se pode notar, há um reconhecimento da viabilidade acusatória, já que o investigado se vê obrigado a confessar circunstanciadamente a prática do delito. Nesse aspecto, o acordo diferencia-se de outros institutos de *Justiça negociada* existentes no nosso ordenamento jurídico, como, por exemplo, a transação penal e a suspensão condicional do processo, que não exigem a confissão. No entanto, à semelhança destes, a aceitação e cumprimento do acordo não causam reflexos na culpabilidade do investigado (LIMA, 2020, 274).

Desta feita, tem-se que o acordo consiste em um instrumento de negociação processual que requer uma postura diferenciada dos representantes judiciais, antes forjados no confronto, para abrirem-se para uma lógica negocial, estratégica (LOPES JUNIOR, 2020, p.315). Da celebração do acordo, efeitos diversos são gerados, por isso a cautela é necessária.

2.2 EFEITOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Uma vez atendidos os requisitos legais e aceitos os termos por parte do acusado, diz o §3º do artigo 28-A do CPP que o “acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor” (BRASIL, 1941).

Contudo, o mesmo dispositivo processual determina que, até que se concretize o acordo com a formalização do termo, será designada uma audiência para que o Magistrado analise a voluntariedade da homologação das condições, ouvindo-se o investigado acompanhado de seu defensor. Caso entenda por inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições impostas, o juiz devolverá os autos ao Parquet para que este reformule a sua proposta, com concordância do investigado e seu defensor (BRASIL, 1941).

O legislador deixa claro que o acordo não é obrigatório para o investigado, podendo este aceitá-lo ou prosseguir com o processamento da investigação e posterior ação penal.

Entendemos que – preenchidos os requisitos legais – se trata de direito público subjetivo do imputado, mas há divergência no sentido de ser um “poder do Ministério Público” e não um direito do

imputado. Uma vez formalizado o acordo e cumpridas as condições estabelecidas, será extinta a punibilidade, não gerando reincidência ou maus antecedentes, registrando-se apenas para o fim de impedir um novo acordo no prazo de 5 anos (inciso III do § 2º) (LOPES JUNIOR, 2020, p.315-316).

Aceito pelas partes, o juiz ainda pode recusar a sua homologação se não atender aos requisitos legais, devolvendo o acordo ao Ministério Público para que este complemente as investigações ou ofereça a denúncia, caso entenda necessário (§§ 7º e 8º, art. 28-A).

Por outro lado, diz o §6º do artigo 28-A que, “homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal” (BRASIL, 1941).

Uma vez cumpridas as regras do acordo, a punibilidade do investigado será extinta, nos termos do §13º do artigo citado, não subsistindo qualquer efeito a não ser o registro que impedirá a celebração de outro acordo no prazo de 5 anos. Todavia, se descumprido acordo, o juízo será comunicado pelo Ministério Público que dará prosseguimento com o feito oferecendo a denúncia (LOPES JUNIOR, 2020, p. 312).

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA AOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Com a entrada em vigor da Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, o Código de Processo Penal passou a contar com o artigo 28-A, permitindo a realização de acordos de não persecução penal quando atendidos aos requisitos determinados em lei.

Ocorre que esses acordos passaram a ser aplicados após a vigência da lei, restando aos acusados de delitos cometidos anteriormente, cujo processamento se encontram em fase avançada, a alegação de aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

3.1 O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O ordenamento jurídico nacional está pautado em normas fundamentais, a partir das quais são elaboradas as leis, os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais. A tais normas dá-se o nome de princípios.

O Código de Processo Penal em seu artigo 3º deixa clara a importância dos princípios ao determinar que “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito” (BRASIL, 1941).

Um dos princípios do direito penal consagrado, inclusive, em nossa Constituição Federal é o da retroatividade da norma penal mais benéfica, na qual é possível a aplicação de uma norma cuja entrada em vigor no mundo jurídico ocorreu em momento posterior a ocorrência de um determinado delito, desde que o benefício seja ao réu. Tal princípio é um marco de sensatez, estabelecendo critério razoável, proporcional e lógico já que, se determinadas condutas deixam de ser consideradas passíveis de punição ou passaram a ser vistas como menos gravidade, ao ponto de terem suas sanções diminuídas ou passíveis de algum tipo de benesse, não há qualquer razão para manter critérios mais gravosos, ainda que as condutas tenham ocorrido em momento diverso (PACHECO, 2019, p.1).

Em se tratando do direito penal processual, a retroatividade é vista de uma forma diversa do direito penal, uma vez que a entrada em vigor de uma lei de ordem processual se aplica a todos os sujeitos integrantes do sistema. Assim dispõe o artigo 2º: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” (BRASIL, 1941).

As normas de natureza processual aplicam-se aos processos em andamento, ainda que o fato tenha sido cometido antes de sua entrada em vigor e mesmo que sua aplicação se dê em prejuízo do agente. É que a sua aplicação no tempo não se encontra regida pelo art. 5º, XL, da CF, o qual proíbe a lei de retroagir para prejudicar o acusado. Tal dispositivo constitucional não está se referindo à lei processual, que tem incidência imediata, mas tão somente à penal (CAPEZ, 2018, 89).

Nos termos desse entendimento legal, logo após iniciada a sua vigência, a Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, passou a ser aplicável a todos os procedimentos processuais penais em andamento no Brasil. Ocorre que, por estabelecer um momento processual específico para a celebração do acordo de não persecução penal, a retroatividade tornou-se pauta dentre os juristas em todo o país.

3.2 A APLICABILIDADE DA RETROATIVIDADE AOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

É certo que a lei processual ao entrar em vigor se aplica aos processos em andamento, contudo em se tratando do acordo de não persecução penal, a discussão reside na retroatividade para beneficiar o denunciado que já teria perdido o direito de acordo por se encontrar em estágio processual avançado.

Deste modo, haja vista que a entrada em vigor de uma nova lei significa a sua aplicação aos procedimentos posteriores, havendo benefício ao acusado, suscita-se a aplicabilidade do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Sobre a lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, Rodrigo Leite afirma que a norma tem **conteúdo misto** e sua retroatividade, em si, não é objeto de maiores discussões, sendo que o grande debate reside em saber em **qual momento** ou **até qual fase do processo** essa retroatividade deve incidir (2020).

Um dos princípios do direito penal consagrado, inclusive, em nossa Constituição Federal é o da retroatividade da norma penal mais benéfica, na qual é possível a aplicação de uma norma cuja entrada em vigor no mundo jurídico ocorreu em momento posterior a ocorrência de um determinado delito, desde que o benefício seja ao réu. Tal princípio é um marco de sensatez, estabelecendo critério razoável, proporcional e lógico já que, se determinadas condutas deixam de ser consideradas passíveis de punição ou passaram a ser vistas como menos gravidade, ao ponto de terem suas sanções diminuídas ou passíveis de algum tipo de benesse, não há qualquer razão para manter critérios mais gravosos, ainda que as condutas tenham ocorrido em momento diverso (PACHECO, 2019, p.1).

Em que pese o princípio acima seja inequívoco quanto a possibilidade de retroatividade em favor do réu, em se tratando de acordo de não persecução penal, quatro correntes se apresentam quanto a possibilidade de ser ofertada após o oferecimento da denúncia.

Uma primeira vertente sustenta que o acordo somente pode ser celebrado **até o recebimento da denúncia**, pois se o acordo é denominado de “de não persecução” ele somente poderia ser celebrado até o início da persecução, cujo marco seria o recebimento da denúncia. Essa corrente tem fortes argumentos pela própria nomenclatura do instituto e pelo fato da homologação do acordo estar entre as atribuições do juiz das garantias. Esse entendimento foi adotado no **Enunciado 20** do Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça: cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia e também no **Enunciado 30** da Procuradoria-Geral de Justiça e da Corregedoria do Ministério Público de São Paulo: aplica-se o artigo 28 do CPP nos casos em que, oferecida a denúncia, o juiz entenda cabível a proposta de acordo de não persecução penal.

Numa segunda posição, defende-se que o acordo de não persecução penal poderia ser celebrado **até o início da instrução penal**. Essa posição foi adotada pelo **Ministério Público de Minas Gerais** após o Conselho Nacional do Ministério Público editar as Resoluções 181/2017 e 183/2018, mas antes da edição do Pacote Anticrime.

Uma terceira corrente argumenta que o acordo de não persecução penal (ANPP) deve ser celebrado **até a sentença**. Essa posição é defendida pelo **Ministério Público de Santa Catarina** (assim, cumpridas todas as condições objetivas e subjetivas do instituto, pode haver proposta de ANPP mesmo após o recebimento da denúncia, até antes da sentença). Tal posição também veio a ser adotada pelo **Tribunal de Justiça e pelo Ministério Público de Minas Gerais** por intermédio da Portaria Conjunta n. 20, de 23 de março de 2020. Essa é a posição de **Andrey Borges de Mendonça** (*Lei anticrime: um olhar criminológico, político-criminal, penitenciário e judicial*. São Paulo: RT, 2020, RB-11.21).

Uma quarta posição entende que o ANPP pode ser celebrado a qualquer momento antes do trânsito em julgado (LEITE, 2020, p.1) (Grifos do autor).

Ante a existência de divergência, bem como os direitos inerentes aos réus, naturalmente que, após a entrada em vigor da lei, os interessados passaram ao requerer a possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal mesmo em processos com estágio processual posterior ao determinado na letra da lei.

Na jurisprudência, os pedidos e celebração de acordo em momento posterior já desencadearam entendimentos favoráveis. No caso abaixo, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina aplicou o princípio da retroatividade e afastou a tese de preclusão.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (CPP, ART. 28-A). INSTITUTO DESPENALIZADOR. CARÁTER MATERIAL. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA (CF, ART. 5º, XL, E CP, ART. 2º). PRECLUSÃO. As prescrições legais que consagram medidas despenalizadoras qualificam-se como normas penais de caráter material benéficas e, por força de princípio constitucional, têm aplicação inclusive aos casos em curso, não ocorrendo preclusão do direito de propositura do acordo de não persecução penal se este instituto passou a vigor após a denúncia e não houve ao acusado oportunidade para manifestar-se quanto ao tema. JULGAMENTO CONVERTIDO EM

DILIGÊNCIA. (TJ-SC – APR: 00022607320148240080 TJSC 0002260-73.2014.8.24.0080, Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Data de Julgamento: 06/12/2020, 2ª Câmara Criminal).

O Superior Tribunal de Justiça também já entendeu da mesma forma, declarando como norma penal de natureza mista, passível de retroatividade benéfica ao réu:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSADIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATURA MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, §13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF). 2. Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019). (STJ – AgRg no HC: 575395 RN 2020/0093131-0, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 08/09/2020, T6- Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 14/09/2020).

Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal entende que somente seria aplicável a retroatividade para os casos em que a denúncia ainda não tivesse sido aceita quando da entrada em vigor da lei. Nesse sentido, o julgado relatado por Dias Toffoli serve de exemplo (STF – ARE: 1267734 PR 5008931-70.2015.4.04.7003. Relator Dias Toffoli, Data de Julgamento: 02/09/2021, Data de Publicação: 08/09/2021).

Apesar disso, há a tendência de reforma desse posicionamento, uma vez que, recentemente, o ministro Gilmar Mendes proferiu voto favorável à retroatividade do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado no processo de Habeas Corpus **185.913 (SANTOS, 2021)**. Em seu voto, o ministro fixou a seguinte tese:

É cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento. Ao órgão acusatório cabe manifestar-se

motivadamente sobre a viabilidade de proposta, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle, nos termos do artigo 28-A, § 14, do CPP (STF – HC 185.913).

Deste modo, está claro que o assunto ainda não fora completamente superado, contudo é crescente o entendimento de retroatividade da lei para beneficiar àqueles indivíduos cujo processo penal encontrava-se em andamento quando da entrada em vigor da nova lei.

CONCLUSÃO

O sistema processual penal brasileiro tem como objetivo fundamental, além de responsabilizar e impedir a prática de novos delitos, a ressocialização da pena e a busca pela recuperação dos sujeitos delinquentes.

É fato que o alto número de aprisionamentos não tem refletido na redução dos crimes, uma vez que, o sistema penitenciário se apresenta defasado e ineficiente, atuando como instrumento de recrutamento de criminosos especialmente por parte das facções etc.

Neste sentido, a justiça negocial avançou e passou a ser admitida no direito penal com o passar dos anos, até recentemente ser sancionada a Lei nº. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que passou a permitir a celebração do acordo de não persecução penal para os indivíduos que, tendo confessado a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos.

Em que pese o artigo 28-A inserido no Código de Processo Penal se aplique ao início da ação penal, mais precisamente antes de iniciada a persecução penal através da denúncia; com a entrada em vigor, a lei processual penal tem aplicabilidade aos feitos em andamento.

Diante do exposto, bem como do princípio da retroatividade da lei penal benéfica em favor do réu, ainda que o feito encontre-se em momento processual posterior, estando o acusado enquadrado nas hipóteses legais de cabimento, poderá o mesmo requerer judicialmente a realização do acordo de não persecução penal. Por ser controversa, a matéria será objeto de análise judicial, contudo possui entendimentos favoráveis, inclusive dos tribunais superiores: Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

REFERENCIAS

AZEVEDO, Mariana. **A justiça negocial no processo penal e o princípio da necessidade.** Canal Ciências Criminais, atualizado em 28 jun. 2020. Disponível em:

<<https://canalcienciascriminais.com.br/a-justica-negocial-no-processo-penal-e-o-principio-da-necessidade/>>. Acesso em 18 ago. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em 03 set. 2021.

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 05 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 05 set. 2021.

BRASIL. STF – Supremo Tribunal Federal - ARE: 1267734 PR 5008931-70.2015.4.04.7003. Relator Dias Toffoli, Data de Julgamento: 02/09/2021, Data de Publicação: 08/09/2021. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1279553517/agreg-nos-embdiv-nos-embdecl-no-agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-1267734-pr-5008931-7020154047003/inteiro-teor-1279553528>>. Acesso em 14 out. 2021.

BRASIL. STF- Supremo Tribunal Federal. HC 185.913. Voto do Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-anpp.pdf>>. **Acesso em 14 out. 2021.**

BRASIL. STJ – AgRg no HC: 575395 RN 2020/0093131-0, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 08/09/2020, T6- Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 14/09/2020. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930636258/agravo-regimental-no-habeas-corporus-agrg-no-hc-575395-rn-2020-0093131-0>>. Acesso em.

BRASIL. TJ-SC – APR: 00022607320148240080 TJSC 0002260-73.2014.8.24.0080, Relator: Hildemar Meneguzzi de Carvalho, Data de Julgamento: 06/12/2020, 2ª Câmara Criminal. Disponível em: <<https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1106655513/apelacao-criminal-apr-22607320148240080-tjsc-0002260-7320148240080>>. Acesso em 10 mai. 2021.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. – 25. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CARAVELO, Thiago Vinícius Pondian. **A justiça negocial no Direito Penal: Juizados Especiais Criminais e colaboração premiada**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 ago. 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/51709/a-justica-negocial-no-direito-penal-juizados-especiais-criminais-e-colaboracao-premiada>. Acesso em: 21 ago. 2021.

FERNANDES, Beatriz Scherpinski; MUSTAFÁ, Rennan Herbert; ROCHA, Cláudia da. Justiça Negocial: **A Nova Realidade do Processo Penal Brasileiro**. Empório do Direito, 06 out. 2020. Disponível em: <<https://emporiododireito.com.br/leitura/justica-negocial-a-nova-realidade-do-processo-penal-brasileiro>>. Acesso em 02 set. 2021.

LEITE, Rodrigo. **O acordo de não persecução penal retroage para alcançar os processos em curso? E até qual momento essa retroatividade deve incidir?** 21 out. 2020. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/10/21/o-acordo-de-nao-persecucao-penal-retroage-para-alcancar-os-processos-em-curso-e-ate-qual-momento-essa-retroatividade-deve-incidir/>>. Acesso em 10 out. 2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único** – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

PACHECO, Manuel Flavio Saiol. **A aplicação do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica em sanções decorrentes de processo administrativo disciplinar**. Jus.com, 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/75068/a-aplicacao-do-principio-da-retroatividade-da-lei-penal-mais-benefica-em-sancoes-decorrentes-de-processo-administrativo-disciplinar>>. Acesso em 04 out. 2021.

SANTOS, Rafa. Gilmar vota pela retroatividade do ANPP até o transitado em julgado. Revista Consultor Jurídico, 19 de setembro de 2021, 18h19. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-set-19/gilmar-vota-retroatividade-anpp-transito-julgado>>. Acesso em 14 out. 2021.

VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER: OS ASPECTOS QUE DIFICULTAM O RECONHECIMENTO DA VÍTIMA DIANTE DA VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA À LUZ DA LEI 11.340/2006.

ANGELA MARIA AMORIM DE FREITAS:
Graduanda do curso de direito do Centro
Universitário FAMETRO de Manaus

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo, estudar o instituto da violência contra a mulher com ênfase na violência psicológica descrita na lei 11.340/2006 no artigo 7º, II, tendo em vista que se trata de um instituto pouco explorado, posto que sua identificação na sociedade é ignorada por ser considerado uma violência de menor teor ofensivo. Ocorre que, em 2021, o crime de violência psicológica foi devidamente tipificado no Código Penal brasileiro e gerou o tipo penal da violência psicológica, um marco histórico para a sociedade, uma vez que a mesma não estava de fato atrelada ao direito. O texto foi desenvolvido por pesquisa exploratória, através da seleção de doutrinas, artigos e dissertações sobre o tema. Ainda, o método científico utilizado foi o dedutivo. Também foram consultados a Lei 11.340/2006 que dispõe sobre crimes contra a mulher, o Código Penal, julgados dos tribunais, bem como jurisprudência sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Violência psicológica. Mulher. Integridade Psíquica. Tipificação Penal.

ABSTRACT: This work aims to study the institute of violence against women with emphasis on psychological violence applied in law 11.340/2006 in article 7, II, considering that it is a little explored institute, since its identification in society is ignored for being considered a violence with less offensive content. It so happens that, in 2021, the crime of psychological violence was duly typified in the Brazilian Penal Code and generated the criminal type of psychological violence, a historic landmark for society, since it was not actually linked to law. The text was developed through exploratory research, through the selection of doctrines, articles and dissertations on the subject. Still, the scientific method used for the deductive. Also consulted were Law 11,340/2006, which provides for crimes against women, the Penal Code, judged by the courts, as well as jurisprudence on the subject.

KEYWORDS: Psychological violence. Woman. Psychic Integrity. Criminal Classification.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Violência psicológica contra a mulher – 2.1 Conceituação – 2.2 Ciclo de violência doméstica – 2.3 Violência contra a mulher na pandemia – 3. Violência psicológica – 3.1 Conceituação – 3.1 Violência psicológica como crime de lesão corporal – 3.2 Tipificação penal da violência psicológica 3.2.1 Tipo penal da violência psicológica – 4. Conclusão – 5. Referências.

INTRODUÇÃO

A violência contra a mulher é um problema de grande relevância para a sociedade por se tratar de crime de gênero, pois observa-se na história mundial a forte discriminação da mulher, seja na condição de esposa ou no ambiente de trabalho, a mulher sempre foi vista como um lado mais fraco.

Em decorrência disso, teve que ser criado mecanismos de combate a este tipo de violência como o **decreto nº 4.377, de 13 de setembro de 2002** que ratificou a chamada “Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979” a qual traz prerrogativas básicas de exercício do direito da mulher, este acordo internacional se tornou um ponto inicial para um instrumento de proteção exclusiva da mulher. Logo, falar sobre violência de gênero é de grande valia, uma vez que se trata de uma conquista história, posto que temos a evolução da visibilidade da mulher como um sujeito de direito na sociedade.

O direito brasileiro caracteriza as formas de violência contra a mulher na Lei Federal 11.340/2006, sendo delas: física, patrimonial, psicológica, sexual e moral, todas com suas devidas complexidades, no entanto a que possui maior complexidade probatória de sua materialização é a modalidade psicológica, por se tratar de uma forma de violência que mexe com a integridade psíquica da vítima.

A violência psicológica é geralmente despercebida quando sofrida pela vítima, tendo em vista que não deixa vestígios visíveis e de fácil identificação por se tratar de uma conduta que cause dano emocional (artigo 147-B, caput, do Código Penal).

Logo vem o questionamento: como provar que tal conduta lhe gerou dano emocional? Ou que tal conduta prejudica sua saúde psicológica?

Durante a pandemia o número de violência contra a mulher cresceu, nesse sentido o direito brasileiro tipificou, em junho de 2021, o crime de violência psicológica, até então sendo enquadrado de forma indireta como lesão corporal, desse modo verificou-se a necessidade de dar a devida atenção a esta modalidade que está muito presente na sociedade, entretanto é invisível pois suas marcas não são físicas ou patrimoniais.

Portanto, é importante destacar que, por se tratar de uma modalidade de violência complexa, a violência psicológica contra a mulher merece a devida atenção, pois além de

adentrar em um ramo do direito pouco explorado, o psíquico, destaca-se a relevância que é a integração de profissionais psicólogos dentro das unidades judiciais, delegacias, ministério público e, até mesmo, a defensoria pública, pois ainda estamos falando de um bem jurídico, deixando em evidencia o princípio do direito penal da exclusiva proteção do bem jurídico.

1 VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

1.1 Conceituação

A palavra violência vem do Latim “violentia”, que significa “veemência, impetuosidade”, possui a origem relacionada ao termo “violação” (violare), de forma genérica, no uso da agressividade de forma intencional e excessiva para ameaçar ou cometer algum ato que resulte em acidente, morte ou trauma psicológico.

Violência. s.f (Lat. Violentia (m)) - Qualidade de violento; acção ou resultado da acção de violentar ou violentar-se; ímpeto veemente nas acções; força com que se pretende obrigar uma pessoa a fazer aquilo que ela não quer; acto violento; abuso da força e do poder; opressão; grande impulso; veemência, impetuosidade; coacção; constrangimento² ; Violência. [Do lat. violentia] S.f. 1. Qualidade de violento. 2. Ato violento. 3. Ato de violentar. 4. Jur. Constrangimento físico ou moral; uso da força; coacção³ .

Ela se caracteriza como um constrangimento físico ou moral exercido sobre alguém, que obriga essa pessoa a fazer o que lhe é imposto: violência física, violência psicológica, sexual, patrimonial, entre outras, assim dispõe o artigo 7º da Lei 11.340/2006:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

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

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

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

A violência contra a mulher foi reconhecida pela Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos (Viena, 1993) como uma das formas de violação dos direitos humanos. Nesse sentido, os governos dos países-membros da ONU e as organizações da sociedade civil trabalham para a eliminação desse tipo de violência, que já é reconhecido também como um grave problema de saúde pública. O Brasil é signatário de todos os tratados internacionais que objetivam reduzir e combater a violência de gênero.

A violência contra a mulher se origina nas relações as quais pregam a dominação de gênero e a submissão da mulher, independente de classe social ou cultural, idade ou etnia, posto que se baseia na noção de que o homem detém poder sobre a mulher, o que o leva a agir de forma violenta, coagindo a mulher por sua superioridade e força física.

Nesse passo, Amini Haddad Campos e Lindinalva Rodrigues Côrrea, concluem:

Assim, constata-se que as situações de violência doméstica e familiar contra a mulher são fruto de sua condição geral de subordinação e submissão aos ditames masculinos, que refletem posições hierárquicas e antagônicas entre homens e mulheres, tendo como fator condicionante a opressão das mulheres perpetrada pela s em como do conflito de interesses entre os sexos. (CAMPOS e CÔRREA, 2007, p. 212-213).

No ano de 2006, houve o grande avanço na prevenção e combate da violência contra mulher, onde finalmente passou a vigorar uma lei voltada a proteção da mulher,

com intuito de trazer mais segurança para a mulher e, ainda, visando na punição do o agressor de maneira mais rigorosa.

Com o advento da lei Maria da Penha, houve expansão enquanto ao conceito de violência doméstica, posto que no Código Penal, em seu artigo 129, §9º, não consta com clareza acerca importância especificação da vítima feminina, tendo em vista a necessidade de haver tal proteção a mulher, diante disso veio a lei 11.340/2006, a fim de gerar medidas protetivas a mulher e especificar o que seria a violência doméstica contra a mulher e, além disso, taxar tipos de violência como: física, patrimonial, psicológica, sexual e afins.

Logo, no que diz respeito a Lei Maria da Penha, Leda Maria Hermann (2008, p.19) entende que:

Nem perfeita, nem milagrosa, a lei tem como principal mérito reconhecer e definir a violência doméstica em suas diversas manifestações, além de prever a criação de sistema integrado de proteção e atendimento às vítimas. Embora o destaque maior, no próprio texto legal, na mídia e na sociedade, esteja centrado nas normas penais que contém, não é esta sua faceta mais importante e inovadora.

1.2 Ciclo de violência doméstica

Um ponto bem importante para se explicar o fato da permanência da mulher em uma relação abusiva e violenta é chamada de “ciclo da violência doméstica”, criado pela psicóloga estadunidense, Lenore E. Walker, em 1975, onde foi possível demonstrar que a violência dentro das relações costuma se manifestar através de ciclos, o que acaba por demonstrar o motivo pelo qual mulheres em situação de violência não da relação, por mais abusiva que seja. (RAMOS, 2020, p. 98 e 99).

O ciclo da violência se dá em três fases, sendo elas:

A primeira fase é chamada de tensão, nesse momento o agressor demonstra irritação, realiza ameaças e humilhações para vítima, a qual, nas palavras de Ramos (2020, p. 99) se torna cúmplice e assume a responsabilidade pelo comportamento abusivo de seu algoz, entrando em fase de negação.

Já na segunda fase, ou como foi denominada “fase da agressão”, é o momento em que o agressor materializa a tensão, violentando a mulher, que por sua vez encontra-se gravemente ferida, sendo de suma importância destacar que a agressão não se resume tão somente à violência física. (WALKER, 1979, p. 309).

E, também, tem a terceira fase que é conhecida como “lua de mel”, aqui é onde o agressor demonstra arrependimento e faz falsas promessas de que as agressões não irão se repetir, a fim de pressionar a vítima a se manter no relacionamento. Leonore E. Walker (1975), denominou essas três fases como „ciclo da violência” pelo fato de que em algum momento a tensão reaparecerá e as fases se repetirão, sendo possível o ciclo se inicia com a violência psicológica, onde o agressor de certo modo torna a vítima vulnerável para que esteja frágil o suficiente para permanecer na relação abusiva.

1.3 Violência contra a mulher na pandemia

Em tempos de pandemia mundial e a necessidade de reclusão e quarentena em casa, cresceu significativamente em relação as vítimas no Brasil, sendo de acordo como o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, conduzido a pedido do Banco Mundial, um aumento de 431% em relatos de brigas de casal entre fevereiro e abril de 2020.

Nesse sentido, 12 estados brasileiros foram pesquisados e resultam que os casos de feminicídio subiram 22,2% de março para abril. Este conjunto de números mostram a existência de um incremento sério da violência doméstica e familiar nesse período de pandemia. Salienta-se que o número de vítimas é maior entre as negras e mais jovens, pois uma em cada três mulheres, entre 16 e 24 anos, relatam terem vivido algum tipo de violência.

A residência continua sendo o lugar mais perigoso. Praticamente metade dos casos de violência aconteceu dentro de casa, e 73% dos agressores eram íntimos das vítimas. Maridos ou namorados em primeiro lugar, seguidos de ex-maridos ou ex-namorados, pais ou mães, padrastos ou madrastas e mesmo filhos e filhas.

Não é de se assustar o crescimento significativo de violência doméstica contra a mulher, posto que ao ser submetida a cumprimento de quarentena em casa, a vítima está totalmente vulnerável em relação ao seu agressor, no caso, seu cônjuge, namorado ou convivente. Ainda, vale salientar, que a maioria das vítimas não procuram uma delegacia a fim de solucionar o problema, uma vez que com a chegada da pandemia mundial, decorrente da COVID-19, os protocolos no atendimento sofreram alterações, impossibilitando que a vítima seja ouvida ou acolhida dentro das delegacias de polícia.

Diante disso, em junho de 2021 foi aprovado o projeto de lei 741/2021, que visa a criação do programa sinal Vermelho contra a violência doméstica, tendo como principal objetivo incentivar as mulheres na denúncia de situações de violência doméstica.

Segundo o texto, caberá ao Poder Executivo em conjunto com o Judiciário, o Ministério Público, a Defensoria Pública e aos órgãos de segurança pública, firma cooperação com as entidades privadas para implementar o programa. A priori, foi

instituído no programa que a mulher que apresentar um sinal de "X" na palma de sua mão deverá ser amparada com vítima de violência doméstica, por se tratar de um modo de reconhecimento da vítima.

2 VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA

2.1 Conceituação

A violência psicológica, especificamente, está prevista no ordenamento jurídico brasileiro, através da lei 11.340, em seu artigo 7º, II, mencionando que:

Artigo 7º:

II- a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; (Redação dada pela Lei nº 13.772, de 2018).

Nesse sentido, partindo da definição legal da violência psicológica, observa-se que se trata de uma modalidade que dificulta a formação de materialidade probatória, uma vez que ocorre a dois ou, se acontecer em locais públicos não será vista como um tipo de violência, mas sim como ataques de ciúmes, excesso de proteção ou cuidado, ironias, ou seja, definições ínfimas para descaracterizar o crime. Nesse momento, pode ser reconhecida a invisibilidade da violência psicológica diante das demais.

Tal modalidade advém de uma conduta omissiva ou comissiva em que provoca danos à saúde da mulher, ocorrendo de modo sutil através de comportamentos capazes de fazer com que o homem mantenha seu controle sobre a mulher, fazendo com que ela se sinta humilhada e, até mesmo, incapaz de tomar qualquer atitude contra seu agressor, posto que a vítima sequer percebe que está sendo agredida psicologicamente, por tratar-se de uma violência subjetiva, uma vez que ocorre de modo lento e de difícil reconhecimento, pois ao contrário da violência física, essa não deixa marcas visíveis no corpo, o que dificulta a construção de sua materialidade.

A violência psicológica se caracteriza de forma peculiar diante das demais violências listadas na Lei 11.340/2006, haja vista que para se reconheça a violência física, basta o contato físico, o mesmo para a sexual, já para a patrimonial basta a violação ao

patrimônio da vítima, no entanto para a psicológica, apesar de estar listada como uma modalidade de violência doméstica, pode ser considerada a com maior dificuldade de haver seu reconhecimento uma vez que ela é invisível diante das outras.

Em tempos de pandemia, como se reconhecer na condição de vítima da violência psicológica? A resposta é simples e direta, não tem como, uma vez que as políticas públicas ligadas ao enfrentamento de violência doméstica, principalmente em sua modalidade psicológica são esquecidas e não abordadas.

Será que grande parte da invisibilidade da violência psicológica poderia ser culpa da sociedade? Talvez, pois crescemos ouvindo que “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher” e seguimos aguardando as marcas da violência física ou, só damos a devida atenção, quando o caso passa a se tratar de feminicídio.

Nesse sentido, é o entendimento de Maria Berenice Dias:

A violência psicológica encontra forte alicerce nas relações desiguais de poder entre os sexos. É a mais frequente e talvez seja a menos denunciada. A vítima muitas vezes nem se dá conta que agressões verbais, silêncios prolongados, tensões, manipulações de atos e desejos, são violência e devem ser denunciadas. Para a configuração do dano psicológico não é necessária a elaboração de laudo técnico ou realização de perícia. Reconhecida pelo juiz sua ocorrência, cabível a concessão de medida protetiva de urgência. Praticando algum delito mediante violência psicológica, a majoração da pena se impõe (CP, art. 61, II, f). (DIAS, 2007, p.48).

Dito isso, surgiu a possibilidade da aplicação da Lei Maria da Penha mesmo não havendo coabitação, tal decisão advém do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp. 1.239.850/DF, ao analisar um caso onde o irmão da vítima fez várias ameaças de causar mal injusto e grave, com a depreciação do veículo da vítima, causando-lhe sofrimento psicológico e dano material e moral, a fim de obrigar a irmã a desistir do controle da pensão que a mãe recebia. Isso porque, o agressor se valeu de sua autoridade como irmão para tomar da vítima o controle do dinheiro da pensão.

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE AMEAÇA PRATICADO CONTRA IRMÃ DO RÉU. INCIDÊNCIA DA LEI MARIA DA PENHA. ART. 5.º numal de lus INCISO II, DA LEI N.º 11.340/06. COMPETÊNCIA DO JUIZADO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER DE BRASÍLIA/DF. RECURSO PROVIDO. 1. A Lei nº 11.340/2006, denominada Lei Maria da Penha, tem o intuito de proteger a mulher da violência doméstica e familiar

que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, sendo que o crime deve ser cometido no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto. 2. Na espécie, apurou-se que o Réu foi à casa da vítima para ameaçá-la, ocasião em que provocou danos em seu carro ao atirar pedras. Após, foi constatado o envio rotineiro de mensagens pelo telefone celular com o claro intuito de intimidá-la e forçá-la a abrir mão "do controle financeiro da pensão recebida pela mãe" de ambos. 3. Nesse contexto, inarredável concluir pela incidência da Lei nº 11.343/06, tendo em vista o sofrimento psicológico em tese sofrido por mulher em âmbito familiar, nos termos expressos do art. 5º, inciso II, da mencionada legislação. 4. "Para a configuração de violência doméstica. Basta que estejam presentes as hipóteses previstas no artigo 5º da Lei 11.343/2006 (Lei Maria da Penha), dentre as quais não se encontra a necessidade de coabitação entre autor e vítima." (HC 115.857/MG, 6ª Turma, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), DJe de02/02/2009.)5. Recurso provido para determinar que Juiz de Direito da 3.ª Varado Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Brasília/DF prossiga no julgamento da causa.

(STJ - REsp: 1239850 DF 2011/0040849-0, Relator: 50 - D1 Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: TRATA 16/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/03/2012.

Observa-se, portanto, que a violência psicológica é uma modalidade mais profunda e complexa que qualquer outra violência, pois além de não deixar sequelas visíveis, ela pode ocorrer em qualquer esfera familiar ou grau de parentesco, ou qualquer circunstância.

Consoante a isto, verifica-se que se trata de uma violência silenciosa, na qual é de difícil manifestação, uma vez que ela só acontece entre as quatro paredes, no choro contido, na ilusão de que não acontecerá outra vez, e de que o agressor vai mudar o que na verdade não ocorre. Já os demais tipos de violências e o desrespeito tornam-se mais frequentes, tendendo a outras formas de violência, a exemplo, a violência física.

2.2 Violência psicológica como crime de lesão corporal

O código penal em seu artigo 129, caput, preceitua que a lesão corporal é "Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem", desse modo, é demonstrada a clareza na qual o legislador se referia a proteção da saúde, como um todo, a ser o bem jurídico

protegido, inclusive psicológica, logo a lesão à saúde de outrem se caracteriza por toda ou qualquer alteração fisiológica do organismo ou perturbação psíquica do ofendido.

Sob o ponto de vista de Mirabete (2012, p. 69):

O delito de lesão corporal pode ser conceituado como a "ofensa à integridade corporal ou à saúde". O conceito de lesão corporal como se vê deve ser entendido não apenas como uma lesão física ao corpo, mas toda e qualquer ofensa que prejudique a integridade física ou psíquica, incluindo, assim, qualquer distúrbio à saúde do ofendido.

Obviamente que não bastaria uma simples reclamação apresentada no registro de ocorrência, mas sim, a avaliação inclusive psicológica e psiquiátrica, além de outras provas como testemunhas para demonstrarem que o agressor praticou a violência psicológica e que por isso será condenado por Lesão corporal.

No entanto, normalmente o que é mais recorrente nas delegacias de polícia, são mulheres que sofreram a lesão corpora física, por acharem que a violência psicológica seria vista de forma ínfima e improvável diante a física, tendo seu maior respaldo em laudo pericial do IML. Nesse sentindo, as mulheres que nunca sofreram sequer um empurrão pelo companheiro, mas que são vítimas de violência psicológica poderão da mesma forma procurar a delegacia de proteção às mulheres e registrarem ocorrência, a delegada de posse das informações poderá fazer a abertura do inquérito que junto com o laudo psicológico, e outras provas a serem desenvolvidas no âmbito do processo, haverá base para condenar a agressão.

Em 2019, no Tribunal de Justiça de Santa Catarina, o juiz titular do juízo de direito do juizado de violência doméstica contra a mulher, condenou o réu pelo crime de lesão corporal, a partir de um laudo psicológico, num processo em que a vítima (mulher) sofreu durante seu casamento com o réu, violência psicológica, posto que o mesmo lhe agredia verbalmente e psicologicamente.

Processo 0009262-95.2019.8.24.0023 - Medidas Protetivas de urgência (Lei Maria da Penha) Criminal - Violência Doméstica Contra a Mulher - Autor: E. C. T. - Réu: H. T. - Ante o exposto, com fulcro no art. 487, I, do CPC, resolvo o mérito da presente demanda e, em consequência, JULGO PROCEDENTE o pedido de medidas protetivas formulado por Elizania Custodio Tscharn contra Helge Tscharn e ratifico a decisão de p. 6-8, no entanto, READÉQUO a medida permitindo que as partes mantenham contato tão somente via e-mail, conforme estabelecido no acordo firmado entre elas (item o.1

- p. 75). As medidas deferidas terão validade pelo período de 1 ano contado da data do proferimento daquela decisão (01/07/2019). Sem condenação em custas e honorários. No processo eletrônico a publicação e registro da sentença decorrem simultâneos a liberação da peça assinada digitalmente nos autos. Intime-se. Após o trânsito em julgado, certifique-se e archive-se.

Ora, é de grande relevância se atentar que para que seja considerado culpado no direito brasileiro, é importante se provar a materialidade do crime. Ocorre que, se tratando de violência psicológica, tal materialidade probatória é mais difícil de se conseguir comparado a outras modalidades de violência. Ao contrário da física ou a sexual, a vítima não pode ser submetida a exame de corpo de delito, ao contrário da patrimonial, não possui bens móveis ou imóveis para prova a existência do crime.

2.3 Tipificação penal da violência psicológica

A violência psicológica passou a ser tipificada penalmente em julho de 2021 através da lei nº 14.188/2021 que adiciona ao Código Penal o artigo 147-B, que preceitua a seguinte redação:

Art. 147-B. Causar dano emocional à mulher que a prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação:

Pena - reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, se a conduta não constitui crime mais grave.

. Antes desta tipificação as referências legislativas utilizadas para executar a violência psicológica contra a mulher se configuram em crimes, como a injúria (art. 140 do Código Penal), o constrangimento ilegal (art. 146 do CP), e a ameaça (art. 147 do CP), mas a violência psicológica é imensuravelmente complexa em si (abordada na Lei Maria da Penha) não encontrando respaldo penal à sua altura.

Logo, como a violência doméstica era antes tratada como crimes sem particularidade (como simples lesão corporal, por exemplo), a violência psicológica precisava de um tratamento penal específico.

Visto que foi feito um grande avanço na direção de considerar a violência doméstica como uma figura digna de tutela específica, muitos doutrinadores já discutiam também que tratamento deve ser dado à violência psicológica contra a mulher.

A primeira corrente acreditava na sua criminalização, tendo em vista que a única maneira de se reprimir a violência psicológica contra a mulher de forma efetiva é através da criminalização da mesma, e essa criminalização pode ser analisada nos casos em que já existe, como nas legislações da França (em 2010, artigo 222-33-2-1 do Código Penal Francês) e da Espanha (em 1999, através da Ley Orgánica de 9 de junho).

Enquanto a outra seguia o raciocínio que se diz contra a criminalização da violência psicológica. Além dos tipos penais não abordarem a complexidade da questão, certos doutrinadores também suscitam a questão do papel do Direito Penal no assunto, haja vista a precariedade tanto dos cárceres do nosso país assim como da efetividade do direito penal como um todo, portanto, fica o questionamento se a criminalização da violência psicológica seria mesmo uma solução viável.

A formalização da criação do tipo penal da violência psicológica é um avanço muito importante na legislação penal brasileira, tendo em vista que, analisando o andamento da pandemia no Brasil e a situação de vulnerabilidade da mulher num relacionamento abusivo, a necessidade desta tipificação se fez mais presente, posto que a vítima muitas vezes não sabe que está sofrendo a violência psicológica.

Desse modo, com o advento da Lei 14.188/2021, foi criado o artigo 147-B no código penal, passando a penalizar penalmente o crime, sendo mais fácil a sua apreciação pelo Poder Judiciário.

2.3.1 Tipo penal da violência psicológica

A redação do artigo 147-B do Código Penal traz de início o resultado gerado do crime com uma série de condutas que podem ser praticadas pelo sujeito ativo e causando o resultado, sendo dano principal é "causar dano emocional à mulher". Após isso, verifica-se as múltiplas condutas descritas pelo legislador sendo elas: mediante violência, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem, ridicularização, entre outros.

Além disso, sua redação é semelhante a do artigo 7º, II, da lei 11.340/2006, não completamente, pois outras condutas descritas neste artigo serviram para a criação do crime de perseguição ou "*stalking*" previsto no artigo 147-A do Código Penal, sendo eles a vigilância constante, perseguição, violação da intimidade, entre outras condutas. A situação mais delicada de avaliação de concurso de crimes será frente ao crime de perseguição ou *stalking* (art. 147-A), especialmente porque este delito é sujeito a ação

penal pública condicionada à representação (§ 3º), apesar de ter pena mais elevada que a violência psicológica, diante de causa de aumento de pena (§ 1º, II).

Art.147-A. Perseguir alguém, reiteradamente, e por qualquer meio, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção ou, de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.

Pena – reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

§1º A pena é aumentada de metade se o crime é cometido:

I – contra criança, adolescente ou idoso;

II – contra mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do §2º-A do art. 121 deste Código;

III – mediante concurso de 2 (duas) ou mais pessoas ou com o emprego de arma.

§2º As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência.

§3º Somente se procede mediante representação.

Ele pode ser cometido por qualquer pessoa, seja homem ou mulher, no entanto como menciona a própria redação do caput do artigo figura como sujeito passivo do crime, somente a mulher, ou qualquer pessoa que esteja na condição de mulher, como exemplo da mulher transgênero, mesmo que não tenha realizado a cirurgia de redesignação sexual, portanto, basta somente a qualidade da condição de mulher.

Conforme abordado, os núcleos da violência psicológica indicados no art. 7º, inc. II, da Lei 11.340/2006, foram divididos entre dois crimes do Código Penal, de forma em que as condutas de vigilância constante, perseguição contumaz e violação de intimidade fossem direcionadas ao crime de perseguição ou stalking, enquanto as condutas de constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, chantagem e ridicularização, que geraram danos emocionais, sendo reconduzidas ao crime de violência psicológica. Apesar da restrição de liberdade e locomoção (ir e vir) estar presente em ambas as condutas, no crime de perseguição art. 147-A, não se trata de uma conduta imediata do agente, porém o resultado, sendo a própria vítima limita sua circulação pelo receio da conduta perseguidora do ofensor.

É importante destacar o tipo de ação penal inserida neste crime, sendo ela ação penal pública incondicionada, não se fazendo necessária a representação da vítima, desse modo, tendo como titular da ação penal o Ministério Público. Ora, isto ocorre porque a vítima se encontra em estado de vulnerabilidade haja vista que, embora sutil, a violência psicológica pode ser tão prejudicial quanto a física, por se tratar de um modo de violência “invisível” aos olhos da vítima.

Aliás, para que seja considerado consumado o crime é necessário observa-se o resultado causado para que se configure a violência psicológica, no mais, de modo geral é todo dano emocional causado na vítima. Conforme mencionado, existindo a lesão à saúde psicológica com laudo e demonstrando nexos de causalidade, incorrerá em lesão corporal, de acordo com o artigo 129 do Código Penal, se leve, recairá o §13º. No entanto, será de natureza grave quando causar a vítima uma incapacidade de exercício de suas ocupações habituais ultrapassando 30 (trinta) dias, salienta-se que é entendido a referida ocupação habitual uma atividade corporal costumeira, em regra, não ligada a trabalho ou ocupação lucrativa, deixando de ser importante se moral ou imoral, podendo, até mesmo, ser intelectual, econômica ou esportiva, entre outras. Dessa forma, existirá uma lesão grave caso a doença psicológica advinda da lesão a integridade psíquica gerar ideação suicida (o que também é um crime), haja vista o risco à vida.

No artigo 147-B contém, no corpo do texto, também, uma causa de subsidiariedade expressa, sendo: aplicam-se as penas da violência psicológica se a conduta não caracteriza crime mais grave. Desse modo, uma possível ocorrência de estupro que sem nenhuma dúvida provoca intenso dano emocional, absorve-se o crime, e a magnitude dos efeitos psicológicos na vítima devem, ainda, serem analisadas na dosimetria da pena, tendo em vista as circunstâncias do crime.

Não obstante, existe a possibilidade que o artigo supramencionado absorva infrações penais menos graves. Em diversos lugares do mundo, tratando-se de agressão física sem lesão é expressamente indicada como modalidade do crime de violência psicológica em ambiente doméstico.

Logo, seguindo o princípio do direito penal do crime fim absorver o crime meio, aplicando neste caso concreto, poderá haver, em relação ao crime da violência psicológica, o dano simples da lesão. Nesse sentido, a mera destruição dos objetos residenciais, não tem como dolo principal causar o prejuízo ao patrimônio, todavia ser uma exibição de poder e autoridade, buscando a representação da possibilidade de dispor sobre a existência de objetos com valor emocional à mulher. No ciclo da violência doméstica possui atos de ameaça e constrangimento, na forma que o comportamento autoritário e violento do agressor, demonstra a quem pertence o poder de fazer o que quiser com tudo que está na casa, inclusive da própria mulher, haja vista como um objeto que pertence ao homem e não deve questionar sua autoridade, posto isso, o agente acabar por danificar objeto da

vítima, relacionados ao trabalho ou aos filhos, a fim de demonstrar poder. O ataque em si não é com objetivo de danificar o patrimônio, porém a autonomia da mulher e na intenção de lhe diminuir autoestima.

Antes da tipificação penal da violência psicológica, as Varas judiciais responsáveis em crimes contra a mulher, tentavam aplicar tal modalidade de “ataques psicológicos” nos casos das desavenças entre casais, mas nem sempre resultavam com êxito, por falta de um tipo penal que detalhasse com segurança a conduta do acusado. Este crime exige um resultado de dano emocional, já o crime de perseguição não, necessariamente, exige este resultado específico, porém trata-se de uma ameaça à integridade psíquica.

Com esta tipificação penal observa-se o quão grande é a importância da criação de mecanismo para amplitude da defesa da mulher, não apenas a atenção quando a mulher é vítima de violência física.

CONCLUSÃO

Por todo exposto, concluindo a explanação da temática deste artigo, e a respeito da conhecida violência física decorrente do gênero, a Lei Maria da Penha, abriu portas para o conhecimento público e judicial de várias formas possíveis de violência praticada contra a mulher, dentre as quais constata-se a violência psicológica, esta que apesar de pouco considerada, além de causar inúmeros danos à mulher ofendida, por inúmeras vezes configura o ponto inicial de toda a violência doméstica.

Ora, mesmo com o avanço da criação do tipo penal da violência psicológica, muitas mulheres ainda são violentadas e não sabem, tanto por ausência de informação, ou pelo medo de ser taxa de culpada. Como trata-se de um instituto que busca defender a integridade psíquica da vítima, pode ocorrer, nesse meio de confusão mental, até a autoflagelação, posto que ela não se encontra como vítima e sim como a culpada do seu abusador a tratar violentamente.

A violência contra a mulher é um fato que se perpetua há muito tempo em vários países e diferentes culturas. Esta violência faz parte de um drama vivido por milhares de vítimas que vivenciaram ou vivenciam, em locais públicos ou inclusive em seus próprios lares, condutas que lhes causam danos ou sofrimentos, físicos, psicológicos ou sexuais.

Logo, percebe-se que sua tipificação penal ocorreu num momento importante para a sociedade, uma vez que em decorrência da pandemia da COVID-19, gerou situações as quais as vítimas (mulheres) estiveram encarceradas em suas próprias residências ao lado seus maridos ou familiares próximos, sofrendo diariamente dano emocional, constrangimento ou qualquer outra forma de manifestação da violência psicológica. Desse modo, o poder legislativo fez bom uso de suas atribuições ao aprovarem a Lei 14.188/2021.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei N° 2.848, De 7 De Dezembro De 1940.

BRASIL. Lei Maria da Penha. Lei n.º 11.340. 7 ago. de 2006.

BRASIL. Lei Federal 14.188 de 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.239.850 DF 2011/0040849-0 Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 16/02/2012, T5 - QUINTA TURMA, Datade Publicação: DJe 05/03/2012./ Acesso em: 07 de junho de 2021.

Câmara aprova criação do programa Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica. - Fonte: Agência Câmara de Notícias. – Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/768139-CAMARA-APROVA-CRIACAO-DO-PROGRAMA-SINAL-VERMELHO-CONTRA-A-VIOLENCIA-DOMESTICA>. Acesso em 01 de novembro de 2021.

DIAS, Maria Berenice. A lei Maria da Penha na justiça. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha: lei com nome de mulher : violência doméstica e familiar, considerações à lei nº 11.340/2006, comentada artigo por artigo. Campinas, Servanda, 2007.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Maria de Andrade. Fundamentos da metodologia científica. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

LOURENÇO, Morgana Duarte “Violência Psicológica em tempos de quarentena e Pandemia Mundial.”: disponível em: <https://www.oab_bnu.org.br/attachments/article/26153/artigo%20violencia%2001.10.pdf > // Aesso em: 07 de junho de 2021.

MAGALHÃES, LU. “Violência contra mulheres aumenta na quarentena” disponível em: <<https://sc.movimentoods.org.br/2020/07/06/violencia-contra-mulheres-aumenta-na-quarentena/> > Acesso em: 07 de junho de 2021.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de direito penal: parte especial. 29. ed. v. 2. São Paulo: Atlas, 2012

RAMOS, Ana Luisa Schmidt. Violência Psicológica Contra Mulher: o dano psíquico como crime de lesão corporal. 2 ed. Santa Catarina: EMais, 2019

RIBEIRO, Raquel Moreira. A designação de violência em dicionários de língua. - Disponível em: <https://periodicos.ufsm.br/fragmentum/article/download/6752/4074#:~>

[:text=Violencia%20\(m\)\)%2D%20Qualidade%20de,%3B%20veem%3%AAnca%2C%20imp
etuosidade%3B%20coac%3%A7%3%A3o%3B](#) . Acesso em 08 de novembro de 2021.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Juízo de direito do juizado de violência doméstica contra a mulher. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/261655706/djsc-comarcas-13-09-2019-pg-119> . Acesso em: 08 de junho de 2021.

Violência psicológica agora é crime! – Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/dpeso/349867/violencia-psicologica-agora-e-crime>. - Acesso 08 de novembro de 2021.

Violência Doméstica: pandemia tornou lar ambiente ainda mais hostil. – Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/radioagencia-nacional/direitos-humanos/audio/2021-06/violencia-domestica-pandemia-tornou-o-lar-ambiente-ainda-mais-hostil>. Acesso em 07 de novembro de 2021.

Violência psicológica contra a mulher: comentários à Lei n. 14.188/2021. – Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2021/07/29/comentarios-lei-n-14-1882021/> - Acesso 08 de novembro de 2021.

A DISTANÁSIA EM FACE DO DIREITO À VIDA COM QUALIDADE E À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

ELIOENAI FREITAS DE SOUZA:
Bacharelado em Direito pelo CEUNI-
FAMETRO.

RESUMO: O presente artigo tem como finalidade abordar a distanásia e suas infringências no direito à vida e à dignidade da pessoa humana, valendo-se da metodologia indutivo por meio da revisão literária para tanto, debruçando-se sobre as possíveis prejudicialidades da aplicação do instrumento e a qualidade de vida do paciente terminal, tudo, porém, sob a ótica da dignidade humana. Trata-se, outrossim, sobre a absolutização da vida e suas consequências nos casos de possibilidade de utilização da morte digna, além de trazer conceitos básicos sobre os princípios da dignidade, da autonomia individual e da autodeterminação. A pesquisa, contudo, se limita a casos específicos e excepcionais em pacientes cujo direito de existência digna se encontra em risco. Desse modo, chegou-se à conclusão de que a distanásia possui elementos que não respeitam a vida e a dignidade do indivíduo, uma vez que a prolongação do estado aviltante causado pela morte inevitável por meio de manobras médicas e superficiais fere diretamente os princípios sobre os quais ela é abordada.

SUMÁRIO: 1. A morte digna: 1.1 Espécies instrumentais de morte digna: 1.1.1 Eutanásia; 1.1.2 Ortonásia; 1.1.3 Distanásia. 2. O princípio da dignidade da pessoa humana e da vida como precursor do direito à morte digna: 2.1 A vida como direito absoluto; 2.2 O direito à autodeterminação em contato com a intervenção do Estado na escolha do tratamento terminal; 2.3 A qualidade de vida frente ao direito da dignidade humana em casos de distanásia. 3. Distanásia e suas infringências no primado do direito à vida e à dignidade: 3.1 O caráter degradante e desumano da prorrogação exagerada da morte e suas razões jurídicas; 3.2 O direito à vida útil e com qualidade como pressuposta da morte com dignidade.

INTRODUÇÃO

O tema delimita-se à distanásia em face do direito à vida com qualidade e à dignidade da pessoa humana, cuja problemática concentra-se em analisar as colisões dos princípios *supra* sensíveis em decorrência da aplicação da distanásia como forma de prolongar a morte de pacientes em estado terminal e irreversível.

Por se tratar de um tema delicado e ligado aos direitos fundamentais do homem, a morte digna, como gênero, abrange a eutanásia, a ortonásia e a distanásia, sendo estas três últimas tratadas como espécie. O direito à vida contempla o direito à morte digna, em

casos excepcionais relacionados a doenças terminais sem cura, tratamento ou chances de reversão.

Dessa forma, o presente artigo tem como objetivo geral analisar as possibilidades de aplicabilidade do direito à morte digna, especificamente da distanásia, à luz do posicionamento doutrinário brasileiro. Como objetivo específico, tem o fito de demonstrar os conceitos ligados à morte digna e suas possibilidades de uso diante do direito à vida. Busca, ainda, verificar conflitos materiais ligados ao direito à vida e à morte digna, pautado pelos princípios fundamentais constitucionais.

E, por fim, objetiva-se expor as infringências ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana quando do uso prolongado, descomedido e degradante da distanásia, trazendo, para tanto, os posicionamentos contrários à distanásia pois dela se origina violações aos primados básicos.

1 MORTE DIGNA

A tutela pelos direitos inerentes ao ser humano alcança um nível acentuado após a promulgação da Constituição Federal de 1988, na qual se vislumbra um cuidado especial sobre a vida, desde a sua concepção, a fase de desenvolvimento do indivíduo ligada às condições mínimas de existência e, sobretudo, até mesmo na morte.

A amplitude do direito à vida, na lição de Diniz (2017, pg. 47), não se restringe somente ao direito de nascer, alcança também o direito a ter uma morte com dignidade, além do direito de existência adequada, atingindo quaisquer pessoas, independentemente de suas particularidades.

O direito à morte digna interage não somente com o primado da vida, mas também com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual forma base para frear as eventuais infringências ao ser humano durante sua existência.

1.1 Espécies instrumentais de morte digna

Naturalmente, a morte alcança a todos. Uns de modo mais repentino e outros, de forma incessante e agonizante. Nestes casos, alguns são acometidos por doenças severas cuja cura, tratamento ou meios paliativos são inexistentes para, ao menos, atenuar as suas dores.

É nesse prisma, portanto, que entra um dos preceitos inerentes ao homem, o direito à morte digna, presente implicitamente no bojo do direito à vida e da dignidade da pessoa humana que lhe dão sustento legal em casos específicos.

Salienta-se, contudo, que os casos em que são aplicáveis tais medidas são exclusivamente por razão de doenças terminais e incuráveis, cuja falta de tratamento e/ou meios paliativos não só prolongam a sobrevivência como, deletariamente, atingem profundamente a dignidade do paciente e sua qualidade de existência, ampliando ainda mais o sofrimento psíquico e físico.

Dentro desse enfoque, é salutar ficar a par dos conceitos que abrangem o direito à morte digna ou morte com dignidade, os quais se desdobram em três: eutanásia, ortonásia e distanásia.

1.1.1 Eutanásia

Embora se apresente polêmica, a eutanásia, como forma de cessar os sofrimentos do indivíduo por razões humanísticas, é considerada um desafio do ponto de vista jurídico brasileiro, por não haver, até então, uma posição do legislador decantada e tampouco da jurisprudência a esse respeito.

Pela lição de Barroso e Martel (2010, pg. 5) a eutanásia é o meio pelo qual a medicina age com o fim de atenuar o sofrimento do paciente, reduzindo, deste modo, o prolongamento da sua vida, respeitando todas as diretrizes bioéticas, mas tal medida é aplicada tão somente em casos de doenças incuráveis e quando o quadro do paciente não lhe garante chances de sobrevivência.

Cumprido esclarecer que tais enfermidades causam nos acometidos dores psicológicas, físicas e familiares, em razão de não haver à disposição meios que dirimem suas moléstias. É tão somente em casos excepcionais que a eutanásia é utilizada.

Do ponto de vista penal, o presente instrumento de supressão de sofrimento, no mais das vezes, é benquisto, já que o legislador impõe tratamento análogo ao que seria o homicídio privilegiado.

1.1.2 Ortonásia

A ortonásia, apesar de indicar uma possível semelhança com a eutanásia, se distingue desta por oportunizar ao indivíduo uma morte mais natural possível, de forma condolente, sem lhe aplicar meios pelos quais o sofrimento se perpetuará ou cessará de imediato.

No magistério de Ramos (2020, pg. 424) sobre o presente instrumento:

A ortotanásia consiste na desistência, pelo médico, do uso de medicamentos e terapias, pois não há esperança de reversão do quadro clínico nos pacientes terminais. Ocorre a suspensão de

aplicação de processos artificiais médicos, que resultariam apenas em uma morte mais lenta e mais sofrida, mas o que mata o paciente é a doença e não o médico. Diferentemente da eutanásia, a ortotanásia deixa de manter a vida por modo artificial, para evitar prolongar a dor em um quadro clínico irreversível.

Barroso e Martel (2012, pg. 6) entendem ser a ortotanásia a aceitação natural, na qual não se busca obstaculizar as intempéries da morte por meios artificiais nem a adiantar por meio eutanásico. Mais que tudo, oferece ao paciente a compaixão de seus sofrimentos, diferentemente do modo em que é tratado pela distanásia.

1.1.3 Distanásia

O prolongamento dos sofrimentos causados pela morte inevitável, antes fosse considerado um gesto de altruísmo, configura-se um nítido atentado ao primado do direito à vida com qualidade, por não ser considerada a dignidade da pessoa humana, mas tão somente as vontades de absolutização e manutenção da vida a qualquer custo, ainda que esse custo seja extremamente danoso aos pacientes nesse estado.

Nesse esteio, o conceito dado por Diniz (2017, pg. 535) abre margem para maior compreensão do instrumento utilizado e suas consequências drásticas na vida humana:

Pela distanásia, também designada obstinação terapêutica (*L'acharnement thérapeutique*) ou futilidade médica (*medical futility*), tudo deve ser feito mesmo que cause sofrimento atroz ao paciente. Isso porque a distanásia é a morte lenta e com muito sofrimento. Trata-se do prolongamento exagerado da morte de um paciente terminal ou tratamento inútil. Não visa prolongar a vida, mas sim o processo da morte.

De forma similar, Barroso e Martel (2012, pg. 5) identificam a distanásia como um modo de estender a morte por uso de métodos que implicam diretamente na continuação do grave quadro clínico, o qual poderia ser remediado, mas é evitado em detrimento da existência do indivíduo, ainda que esta seja indigna e, sobremaneira, sem possibilidades de fruição dos direitos de autodeterminação.

Para Ramos (2020, pg. 424) a distanásia “[...] consiste na prática de prorrogar, por quaisquer meios, a vida de um paciente incurável, mesmo em quadro de agonia e dor, o que é denominado também “obstinação terapêutica”.

Diante dos conceitos que assimilam a distanásia, percebe-se a sensibilidade que esta apresenta quando de encontro com os princípios fundamentais do ser humano, o que abre

ampla margem de discussão nos mais variados âmbitos jurídico-filosóficos onde a vida humana com qualidade e dignidade é posta em xeque.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DA VIDA COMO PRECURSOR DO DIREITO À MORTE DIGNA

O primado da dignidade humana atrai numerosas proteções em favor do indivíduo, sendo elas unanimemente lembradas quanto aos caracteres que envolvam a qualidade de existência mínima do homem e a indisponibilidade de direitos garantidores da condição humana.

Nesse sentir, prescrevem Barroso e Martel que o presente princípio oferece ao paciente a liberdade ou autonomia da vontade, cuja consequência é o seu poder de autodeterminação diante de situações que envolvam diretamente sua existência (2012, pg. 18). Desse modo, o princípio da dignidade cuida de proteger o indivíduo de determinadas violações, ao mesmo tempo que garante a ele o exercício da autonomia sem transbordar dos limites legais.

A relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e a faculdade de escolha da morte digna, pautada em casos extremamente excepcionais e em último caso, resta evidenciada, pois aquela garante aos sujeitos a fruição da vida em condições essenciais e, em eventual supressão deste princípio em virtude de enfermidade incurável e terminal, o indivíduo poderia se valer da liberdade de escolha, pois, segundo Barroso e Martel (2012, pg. 13), o referido primado é imprescindível para a manutenção das liberdades de escolhas, sem o que há prejuízo de sua integridade humana em decorrência do processo degradante da extensão da morte inevitável.

Torna-se caracterizada a dignidade da pessoa humana como pressuposto para a possibilidade de afastabilidade da manutenção de eventuais estados degradantes ocasionados pela utilização da distanásia, uma vez que seria apazível a invocação e interligação dos princípios da dignidade com o da liberdade, de modo que, para Silva et al (2009, pg. 315) ambas são inseparáveis uma da outra.

2.1 A vida como direito absoluto

A vida é dotada de um valor fundamental no ordenamento jurídico pátrio, sendo protegida frente a determinadas situações extremas, tal como é em detrimento da vedação à pena de morte e ao tratamento desumano no bojo constitucional. Tão importante é a vida que, na dicção de Bucci *et al* (2012, pg. 323) o direito à vida atravessa todas as fases da existência humana, desde o momento da concepção até o instante final de sua vida.

Dada importância do direito em epígrafe, no saber de Silva *et. al* (2009, pg. 42) é base para a administração dos direitos fundamentais que lhe são intrínsecos, já que a vida

interage com os princípios forjados a proteger o ser humano das violações pelas quais fica exposto ao longo de sua existência.

Tal proteção, por vezes, garante um status relativamente absoluto. Relativo, pois, em casos excepcionais, como os tangíveis à aplicação da morte digna, a vida tem sua natureza absoluta flexionada para amparar direitos que vão além da apenas proteção da vida em seu caráter objetivo.

A flexibilização do direito à vida, no ensinamento de Lima (2012, pg. 39), é similar aos fenômenos que ocorrem com os demais direitos, de sorte que, uma vez perceptível a colisão do direito à vida com um ou vários dos demais direitos fundamentais, aquele pode ser limitado a ponto de desnaturar seu caráter absoluto.

Nesse sentido, observa-se a lição consignada por Alexy (2006, pg. 93):

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.

Com efeito, a distanásia encontra um dilema entre estes dois princípios que regem a vida em sociedade do indivíduo. Uma vez que a condição clínica do paciente é calamitosa e extremamente irreversível, entra em análise a proteção unânime da vida e a devida observação da dignidade da pessoa humana.

Sendo a vida um bem inalienável e indisponível, a dignidade impõe um freio a esta, de modo que a perpetuação do estado degradante do paciente terminal enseja a este, por meio da dignidade, a decisão de se dispor ou não a tratamentos e meios superficiais cuja finalidade é tão somente estender sua morte de forma dolorosa.

Este impasse, segundo o entendimento de Diniz (2017, pg. 509) concerne à ponderação, no âmbito dos dois paradigmas, entre o que pode ser oponível ou não, levando em consideração a complexidade e particularidade de cada caso, sobretudo porque presentes interesses que não são adstritos somente ao Estado como protetor e garantidor da vida, mas também ao núcleo familiar e ao exercício da autodeterminação e, sobretudo, à dignidade do indivíduo em sociedade.

Dentro desse enfoque, entra a bioética, também denominada de biodireito, a qual, para Diniz (2017, pg. 42) determina que, sob essa visão, a vida digna deve prevalecer

quando o modo de existir do paciente não compreender o exercício satisfatório de uma vida com as condições mínimas à sua disposição.

Em outros termos, a bioética defende, sobremaneira, a vida com qualidade, onde não haja, para sua manutenção, empecilhos que prejudiquem profunda e indelevelmente a aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana frente ao prolongamento da vida a custos penosos.

O habitual posicionamento em torno da proteção à vida, de forma exaustiva, deve levar em consideração as prerrogativas do direito à dignidade da pessoa, pois, ainda em relação aos princípios, Alexy (2006, pg. 103-104) defende que estes devem ser sopesados dentro das realidades fáticas possíveis, porquanto apresentam não uma diretriz absoluta a ser respeitada, mas a ser seguida como medida de assegurar que não seja aplicada sempre sem considerar o prejuízo a outros direitos inerentes ao indivíduo.

2.2 O direito à autodeterminação em contato com a intervenção do estado na escolha do tratamento terminal

A autodeterminação do indivíduo, como sujeito de direitos e obrigações, lhe confere uma capacidade peculiar. Isto é, em uma interrelação com o princípio da dignidade humana, a autodeterminação desenvolve um papel fundamental de modo a proteger este primado, invocando a disposição de o indivíduo ter a faculdade de escolher a que estará sujeito no cenário da eventual utilização da distanásia.

O princípio corrente, embora não se confunda, não se afasta dos da honra e da personalidade, que são substratos essenciais para o exercício pleno do direito à autodeterminação. De sorte que, segundo o ensinamento de Fiuza (2009, pg. 113) a honra não se desvincula do seu titular, sendo parte de sua identidade. A personalidade, ainda, é um direito emanado da honra, de modo que seu objetivo é resguardar a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o direito de autodeterminação, subsidiado pelos princípios da honra e da dignidade, entra em aparente colisão com a intervenção estatal, quando esta busca preservar a vida do paciente em distanásia por meio de tratamentos aviltantes. Assim sendo, deve-se considerar que o direito à vida digna pressupõe situações subjetivas, nas quais os principais atingidos vislumbram a supressão de seus direitos básicos, tal qual o de autodeterminação.

Para Martins *et al* (2005, pg. 585) os indivíduos que padecem nesse estado, apesar das remotas possibilidades de manifestação de suas escolhas, não deixam de ser titulares de direito, podendo dispor ou não de manobras de ressurreição, administração de

medicamentos severos, prolongamento dos órgãos por meios superficiais, pois tal é a sua autonomia que a vida com dignidade deve ser respeitada.

Importante meio de exercer as escolhas, quando em cenários suscetíveis de aplicação da morte digna, é o testamento vital. Por meio dele, o paciente atesta suas vontades, relacionadas ao recebimento de medicações e manobras médicas que prolongarão sua vida, ainda que está só tenha o objetivo de estender a morte inevitável, bem como àqueles referentes ao recebimento de transfusão de sangue e mutilação do corpo, entre outros.

Destaca-se, desse modo, que a intervenção estatal, se tomada integralmente paternalista e positivista, acaba por reduzir e limitar o direito à liberdade de autodeterminação do paciente em distanásia, daí porque presente o dissenso entre os princípios fundamentais.

2.3 A qualidade de vida frente ao direito da dignidade humana em casos de distanásia

O paciente que experimenta a administração da distanásia para prolongar sua morte tem, notadamente, uma redução drástica não só nas suas chances de sobrevivência, mas, sobretudo, na garantia e manutenção de uma vida com qualidade e direitos mínimos.

Sobre essa questão, Diniz (2017, pg. 521) afirma que, uma vez detectada a supressão das condições que garantem uma vida com qualidade, o princípio da qualidade de vida é diretamente afetado. Daí a invocação dos instrumentos de redução de danos deletérios causados por doenças terminais e irreversíveis, por meio da eutanásia e ortonásia.

A distanásia, ao revés, não consente em adiantar o fim dos sofrimentos do paciente, que perde progressivamente sua qualidade de vida e a respectiva expectativa de tê-la de volta, mas sim em condicionar a vida em um caráter desumano a custo de manter os sinais vitais do sujeito.

No ensinamento de Lima (2012, pg. 43) a vida digna é imiscuída de garantias e direitos mínimos, incluindo nesse rol os direitos que garantem as condições de sobrevivência justa e digna e forneçam bem-estar ao indivíduo em todas as esferas.

É cediço que os direitos de bem-estar psíquico e social estão diretamente ligados à qualidade de vida do paciente sujeito à distanásia. Em grau preocupante, o Estado, determinado a cuidar do paciente, mantém atos que, fora das suas vontades, acabam minando uma vida com dignidade.

Via de exemplo, há inúmeros casos, de grande repercussão midiática internacional, onde os pacientes comatosos perduraram por décadas nos leitos de hospitais sem, nesse

interstício, manifestar suas vontades, usufruir da vida, expressar seus sentimentos e, tudo isso, sem um cuidado sob a ótica de ter uma vida com qualidade e dignidade.

Em relação aos pacientes comatosos, destaca-se o conceito dado por Martins (2005, pg. 582), para o qual estes são pacientes que, uma vez no estado grave de dano neurológico, têm suas chances de reversão extremamente reduzidas.

Em tais casos, o paciente comatoso acaba por passar inúmeras décadas em estado vegetativo, em cujas condições levam à reflexão se a vida com qualidade e dignidade lhes é oportunizada ou se são somente indivíduos sujeitos às vontades alheias sem características de dispor do seu direito de autodeterminação e personalidade.

3 DISTANÁSIA E SUAS INFRIGÊNCIAS NO PRIMADO DO DIREITO À VIDA E À DIGNIDADE

Como anteriormente apontado, a vida, por ser um bem sensível e inalienável, é revestida de uma proteção que alcança, no mais das vezes, um caráter absoluto quando em colisão com outros direitos fundamentais. Diante disso, cumpre lembrar que o homem, uma vez sujeito de dignidade, deve ser tratado não como um mero composto do coletivo, mas, sim, à luz das diretrizes que compõem o bojo dos direitos fundamentais, sem, para tanto, ser alvo de arbitrariedades.

É nesse caminho que, para fazer um paralelo entre a distanásia e as suas consequências no direito à vida e à dignidade faz-se necessário rememorar o conceito do imperativo categórico firmado pelo filósofo alemão Immanuel Kant, que, na lição de Fiuza (2009, pg. 131) a intocável característica do homem ser um fim em si próprio impede que este seja colocado em posição de indisponibilidade de seus direitos no que tange à sua dignidade.

A dignidade humana é objeto de proteção de cujo alcance atinge proporções universais, restando estabelecido e uníssono que a instrumentalização do homem para corresponder direitos com fins alheios a ele configura potencial descaracterização da sua dignidade e de seus demais direitos inerentes.

Por essa razão, a manutenção da distanásia, em casos extremos e irreversíveis, causa um claro atentado no direito da vida e da dignidade, pois não há que se falar em respeito a este último princípio, já que o modo pelo qual a vida é estendida não concorda com os preceitos estampados nos princípios em tela.

3.1 O caráter degradante e desumano da prorrogação exagerada da morte e suas razões jurídicas

A extensão prolongada da morte em pacientes receptores da distanásia surte na sociedade um dilema ético-moral, em que as circunstâncias de quem padece nesse estado devem ser tratadas com o máximo de humanismo possível, seja pelo médico, pela família, pelas crenças religiosas e ideológicas, seja pelo legislador e operadores de justiça, e, principalmente, pelo coletivo social.

Tal é a gravidade do paciente que se encontra nesse estado de coisas que, para elucidar a conjuntura distanásica, veja-se o ensinamento de Diniz (2017, pg. 563):

Não se pode aceitar que o profissional de saúde tenha o poder de controlar a vida de pacientes. Deverá o médico esforçar-se para prolongar o quanto possível a vida do doente, mas sem alterar, de forma inaceitável, a qualidade de vida que lhe resta. Deve humanizar a vida do paciente terminal, devolvendo-lhe a dignidade perdida. A medicina deve ter a humildade de não tentar, obstinadamente, vencer o invencível, seguindo os passos do paciente com mais *sprit de finesse*, orientada por nova ética fundada em princípios sentimentais e preocupada em entender as dificuldades do final da vida humana. Tal ética é imprescindível para suprir uma tecnologia dispensável.

Percebe-se a prejudicialidade com que é tratada a vida e a dignidade humana quando vai ao encontro da aplicação da distanásia. Em que pese ser uma temática complexa, a humanização, concebida pelo núcleo médico, familiar e social do paciente é o que mais de intrínseco existe à morte digna, sem a qual estaria colocando o paciente em estado de degradação humana.

Em posicionamento contrário à manutenção absoluta e a qualquer custo da vida, explica Sarmiento (2016, pg. 172) que o princípio da dignidade humana imprime uma força maior na autonomia do indivíduo, já que concerne a ele dispor das questões que cuidam da sua existência digna.

Nesse esteio, quanto às características jurídicas que mantêm a distanásia em plena execução, sinaliza Barroso e Martel (2012, pg. 13) que o direito à vida, compreendido pelo constituinte e pelas normas pátrias como um direito absoluto, obsta que a interrupção da vida por meios intervencionistas seja reconhecida.

Por essa razão, a distanásia permanece incólume e em pleno funcionamento, sem que haja uma visibilidade profunda sob o ângulo de uma vida com o mínimo existencial e a sua dignidade.

3.2 A distanásia em confronto com o direito à vida e à dignidade e as suas incompatibilidades

Equiparando-se a distanásia e seus efeitos no direito à vida e à dignidade, compreende-se que é inevitável a ocorrência de violação dos direitos fundamentais, em essência o desses dois princípios, pois o paciente terminal tem seus primados confrontados diretamente. A vida, nesse sentido, acaba prevalecendo sobre todos os direitos, de modo que não há vias de, do ponto de vista instituído no ordenamento jurídico brasileiro, flexionar tal direito em vista de oferecer ao indivíduo uma morte digna e humanitária.

Por esse prisma, consigna-se, precipuamente em relação a intervenção estatal quando da aplicação da distanásia, o magistério de Fiuza (2009, pg. 133) para quem as ações estatais devem disponibilizar aos sujeitos todos os meios de manter em plena execução e integridade o primado universal da dignidade humana.

De tal modo, para Moraes (2012, pg. 30-31), os direitos fundamentais não têm garantia absoluta, em razão do princípio da relatividade. Assim, há que se entender a possibilidade de abertura para uma interpretação do direito à vida como um direito, também, de ter uma morte digna.

Em sendo incompatível a distanásia com os princípios em tela, daí a importância da dignidade da pessoa humana como instrumento de proteção do indivíduo em casos tais, pois, segundo Barroso (2014, pg. 9) a dignidade ganha um horizonte ético de proporções internacionais, sendo utilizada em defesa dos direitos básicos da humanidade quando em contato com ameaças à sua integridade como sujeito.

Por dizer respeito a direitos de natureza subjetivos, pois estão restritos às particularidades e condições do paciente receptor da distanásia, a dignidade e autonomia da vontade, quando em contato com o direito à vida, conferem à pessoa essa característica de direito subjetivo, que para Alexy (2006, pg. 181) é o direito inerente à pessoa e para quem a sociedade não deve cercear de modo a excluir o seu uso e garantia.

No presente caso, a configuração da dignidade como um direito subjetivo permite que o direito à vida, em vias de perpetuar a distanásia, seja resignificado sob outro ângulo, sem que perca seu objeto e finalidade, para preservar ao paciente a garantia de uma morte em condições justas e dignas.

Deste modo, outro caminho não seria possível senão o evidente reflexo negativo da distanásia na condução do prolongamento da vida humana em estado aquém da dignidade. Sendo o direito à vida assecuratório do bem maior do indivíduo, a observância da dignidade se desvincula daquele na medida em que o paciente não tem escolha de morrer com pacificidade. Tanto é que, no saber de Diniz (2017, pg. 545):

Uma exagerada preservação da vida pode ser conducente ao desrespeito de determinados doentes em estado terminal. Isso é assim porque a moléstia destrói a integridade do corpo, e a dor, a integridade global da pessoa. Por isso, a medicina deveria, ao cuidar dos que estão no processo de morrer, aliviar seu sofrimento físico-psíquico.

Por tais motivos, a distanásia se configura uma potencial ameaça aos princípios da dignidade humana e da vida, encontrando reflexos negativos também nos princípios da autonomia individual e autodeterminação, razão pela qual a vida se fragiliza à medida que não são observados os princípios supra.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa buscou, com fundamento nos vetores basilares da existência humana, quais sejam, o direito à vida e o princípio da dignidade, apresentar as consequências que a distanásia acarreta na vida dos pacientes em estado terminal e irreversível, sob o ponto de vista do atual posicionamento jurídico no Brasil.

Preliminarmente, essencial que se soubesse os conceitos vinculados ao que se conhece morte digna para maior aprofundamento na pesquisa. Ao esmiuçar as características do direito à vida, depreendeu-se que este é revestido de natureza absoluta, após detidas análises dos principais nomes pensadores da área. No entanto, nessa mesma linhagem, extraiu-se que o direito à vida alcança não somente o nascimento e a existência, mas também e principalmente uma morte digna, humanitária e compassiva.

O direito de autodeterminação do paciente comatoso e destinatário da eutanásia apresentou indícios de violações, uma vez que suas liberdades de escolhas não são, usualmente, levadas em conta quando de encontro com as determinações de proteção absoluta da vida pelo Estado.

Uma vez que o presente trabalho detectou os riscos ao direito à vida, ao princípio da dignidade da pessoa humana e ao da autodeterminação, tornou-se compreensível que a qualidade de vida dos pacientes submetidos a esse tratamento desobedece ao mínimo existencial estampado na hermenêutica constitucional.

Em sendo a morte digna é um direito amparado, implicitamente, pelo direito à vida, a não observância daquele é suscetível de infringir direitos sensíveis do homem, como a dignidade e a sua autodeterminação. Por ser a distanásia um meio de prolongar a morte inevitável, o direito à vida se mostra absoluto, de modo que sua relativização é afastada por uma parcela dos doutrinadores.

A consequência dessa absolutização do direito à vida traz prejuízos ao indivíduo destinatário da distanásia, posto que não há uma posição determinada e humanista do legislador ou do poder judiciário, no cenário normativo brasileiro, que trate a aplicação da extensão degradante do estado terminal como uma violação aos direitos básicos do homem.

Essa violação, por meio do uso da distanásia, afeta direta e inevitavelmente a qualidade de vida do paciente, pois não há possibilidades de manifestação da sua vontade de continuar experimentando tratamentos e meios superficiais que tão só prolongam a inevitável morte, estendendo um estado vegetativo e desumano por inúmeras décadas. A marcha existencial não deve ser mantida a qualquer custo, isto é, ainda que a vida não seja usufruída com o mínimo de qualidade e dignidade, a sua disponibilidade deve levar em consideração o cumprimento de outros princípios fundamentais garantidores.

Para a sociedade, a presente pesquisa visou contribuir, sob o ponto de vista jurídico e constitucional, a gravidade do uso da distanásia, onde não é observada a ponderação entre os direitos subjetivos e individuais, mas tão somente os direitos e interesses coletivos que se sobrepõem sobre aqueles.

Assim, chegou-se à conclusão de que a utilização da distanásia no sistema de saúde pátrio não leva em consideração, nem a fundo, os primados da vida e da dignidade humana. Ante a essa omissão e aquiescência normativa e estatal, até mesmo social, o atual instrumento de prolongação de morte perpetua ainda mais as violações aos direitos fundamentais garantidos na Constituição Federal de 1988. Dessa forma, a pesquisa demonstrou que resta nítida a incompatibilidade da distanásia com os direitos e princípios ora tratados.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo. Malheiros Editores, 2014.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito à luz da jurisprudência mundial**. 1. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2014.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. **A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida**. Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia, Uberlândia, v. 38, n. 1, p. 235-274, 2010. Disponível em: <<http://www.seer.ufu.br/index.php/revistafadir/article/view/18530>>. Acesso em 17 de jun. 2021.

BUCCI, D. *et al.* **Direitos humanos: proteção e promoção**. 1. ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito**. 10. ed. São Paulo. Saraiva, 2017.

FIUZA, César. **Curso avançado de direito civil**. 2. ed. Rio de Janeiro, 2009.

LIMA, Carolina Alves de Souza. **Aborto e anencefalia: direitos fundamentais em colisão**. 1. ed. Curitiba, 2012.

MARTINS, I. *et al.* **Direito Fundamental à vida**. 1. ed. São Paulo. Quartier Latin, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo, 2012.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 7. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia**. 1. ed. Belo Horizonte. Fórum, 2016.

SILVA, C. *et al.* **Biodireito Constitucional**. 1. ed. Rio de Janeiro. Elsevier, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 18. ed. São Paulo. Saraiva Educação, 2020.

O ATIVISMO JUDICIAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL BRASILEIRO: UMA ANÁLISE ACERCA DA CONDUTA ATIVISTA DO MAIOR TRIBUNAL DO PAÍS EM SUAS DECISÕES JUDICIAIS

EDUARDO ANTONIO SILVA GOMES:

Graduando do Curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho – UNIFSA

ANDRÉIA NÁDIA LIMA DE SOUSA PESSOA³

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho visa demonstrar os caminhos que as decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, vêm tomando mediante ao Ativismo Judicial, que vem ganhando mais força dentro do nosso ordenamento jurídico, em face disso este trabalho buscou analisar suas consequências mediante a sociedade e outros órgãos que compõem o judiciário. Teremos a noção de como o Ativismo Judicial tem modificado e de como é bastante relevante na atualidade, desta forma explicaremos seu surgimento, conceito e as suas consequências diante a sociedade, até as análises doutrinárias acerca do tema e suas repercussões em jurisprudências, com a base desse contexto será trazida para a pesquisa bibliográfica BARROSO (2021), CONSTITUIÇÃO FEDERAL de 1988, OLIVEIRA (2021) e por fim serão analisados os objetivos do presente trabalho, revisar as decisões proferidas pelo STF nos últimos 03 (três) anos; Revisar as leis usadas como base nas decisões do STF nos últimos 03 (três) anos; Revisar os argumentos usados como base nas decisões do STF nos últimos 10 (dez) anos; Coletar a jurisprudência recente do STF sobre o tema, tendo a conclusão que cada poder tem sua competência, sendo previstas constitucionalmente para que sejam resguardados os interesses da sociedade, onde são os mesmos pressupostos do Ativismo Judicial.

Palavras-chave: Poder Judiciário. Ativismo Judicial. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate the ways that the decisions of the Brazilian Federal Supreme Court, exercising through Judicial Activism, which has been gaining more strength within our legal system. makes up the judiciary. We will have the notion of how Judicial Activism has changed and how it is quite relevant today, in this way we will explain its emergence, concept and its consequences on society, even the doctrinal

³ Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Graduada em Direito pela Universidade Federal da Paraíba *E-mail:* andreianadia@hotmail.com

analyzes on the subject and its repercussions on jurisprudence, with the base from this context it will be brought to the bibliographical research BARROSO (2021), FEDERAL CONSTITUTION of 1988, OLIVEIRA (2021) and, finally, to finish the objectives of the present work, to review the decisions made by the STF in the last 03 (three) years; Review the laws used as a basis for STF decisions in the last 03 (three) years; Review the arguments used as a basis for STF decisions in the last 10 (ten) years; Collect the recent jurisprudence of the Supreme Court on the subject, having the conclusion that each power has its competence, being constitutionally foreseen so that the interests of the society are protected, where the same presuppositions of the Judicial Activism are.

KEYWORDS: Judiciary Branch, Judicial Activism, Federal Court of Justice.

Sumário: 1. Introdução - 2. Disposições e os limites do Ativismo Judicial. 3. Controle de Constitucionalidade e a Judicialização do Direito: 3.1 Diferença Entre Judicialização e o Ativismo Judicial. 4 Ativismo Judicial e suas Nuances: 4.1 Nuance Negativa; 4.2 Nuance Positiva. 5 Análise Judicial a Luz do Direito Brasileiro em relação ao Ativismo. 6 Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Ativismo Judicial é uma manifestação recente no sistema judiciário brasileiro e que se torna mais presente o STF (Supremo Tribunal Federal), ocorrendo que é uma criação para atuação dos julgadores, em busca de uma nova perspectiva para produzirem as decisões com o intuito de conceder a efetividade dos direitos resguardados constitucionalmente, sobretudo na ocorrência de omissões dos poderes que tem a função de regulamenta-los.

O Supremo Tribunal Federal (STF) brasileiro tem sido provocado recentemente a tomar decisões e esse modelo vem crescendo de maneira constante em processos que chegam a seu grau de jurisdição. Este comportamento é identificado e nomeado como Ativismo Judicial, este termo que surgiu em 1947 por seu idealizador americano, que, apresentou tal termo buscando construir uma análise acerca do perfil pessoal e pensamento dos juízes da suprema corte americana.

Essas recentes decisões vem causando muitas perguntas perante a sociedade sobre até onde vai à competência do ente citado, se ele pode intervir dessa e daquela maneira em assuntos que são competência dos poderes legislativo e executivo, e se essa atuação é algo que pode acarretar em uma quebra de harmonia entre estes poderes.

É bem visível que o ativismo judicial seja uma forma que o (STF) Supremo Tribunal Federal encontrou para se ter uma participação mais ampla e intensa na concretização dos fins constitucionais, com maior interferência no espaço de desempenho dos poderes legislativo e executivo.

Quando citado este tema, é necessário fazer menção sobre suas duas nuances, a positiva e outra negativa. A nuance positiva está fundamentada na igualdade social, na garantia do mínimo existencial e na dignidade da pessoa humana, existindo uma interferência no dever de legislar, diante das omissões e retardamentos por parte das atuações do Poder Legislativo. Quando mencionamos da segunda nuance, a negativa, esta feriria a quebra dos poderes, causando uns enfraquecimentos dos 03 (três) poderes que regem nosso ordenamento, o Poder Judiciário, Legislativo e Executivo, e conseqüentemente uma insegurança jurídica.

Quando essa intervenção vem para decidir sobre matérias que foram objeto de omissão ou abuso dos poderes legislativo e executivo, acaba construindo um valioso instrumento de salva guarda da nossa Constituição e do princípio da dignidade da pessoa humana.

Porém, intervenção vem sendo de maneira indevida que causa uma insegurança jurídica retira do cidadão uma de suas garantias mais valiosas. Acaba se perdendo a estabilidade necessária na relação o Estado e o cidadão, bem como nas relações entre estes últimos. A imparcialidade técnica do julgador, que é necessária para a solução dos conflitos de forma que se chegue ao bem estar da sociedade também acaba se perdendo.

Crítica entre os chefes desses poderes tem sido trocada constantemente, seja em plenário ou por meios de informação, aflorando ainda mais os ânimos dos mesmos, essa instabilidade não vem para agregar em nada positivamente em nosso país. Principalmente pelo momento conturbado que estamos passando por conta da crise sanitária ocasionada pela Covid-19, decisões que os três poderes tomam sobre como proceder nesse momento se tornarão motivo de embate entre membros.

Este tema vem ganhando mais capítulos a cada dia, os ânimos estão ainda mais exaltados, isso foi construído através dos anos. É necessário se chegar a uma solução para assim a harmonia que é algo tão importante para o andamento do nosso país e sociedade seja retomada de uma maneira forte e cristalina, para trazer novamente a segurança jurídica que tanto desejamos e precisamos.

2 DISPOSIÇÕES E OS LIMITES DO ATIVISMO JUDICIAL

A ideia de ativismo judicial esta pressuposta em uma participação intensa e bastante ampla do poder Judiciário para os valores e concretização das normas constitucionais, tendo interferência na maior parte dos dois outros Poderes, essa manifestação ativista se demonstra de dois modos, sendo a primeira onde sua aplicação na forma direta da Constituição em situação não explicitamente contempladas de acordo com seus textos, mesmo sem a manifestação do legislador.

A segunda mostra a imposição de condutas ou de isenção do Poder Público, onde ocorre a violação dos direitos e da Constituição, sendo necessário o intermédio do ativismo para a busca de solucionar as falhas geradas e deixas pelos outros poderes, fazendo com que sejam resguardados os direitos e garantias dos cidadãos, deste modo.

“[...] a interpretação sempre implica um certo grau de discricionariedade e escolha, e portanto, de criatividade, um grau que particularmente elevado em alguns domínios, como a justiça constitucional e a proteção judiciária de direitos sociais e interesses difusos.” (Mauro Cappelletti, Juizes Legisladores, Editora Sergio Antonio Fabris, página 129).

Para muitos juristas o ativismo se trata de uma conduta proativa, com uma nova forma de interpretação de demandas que não foram dispostas por alguma norma ou mesmo que não foi atendida por falta de algum provimento jurisdicional.

Para muitos, ativismo se trata de o Judiciário promover o atendimento das demandas da população que deveriam receber a devida atenção do Executivo e do Legislativo, mas não o fazem, nascendo essa necessidade de o julgador se inserir socialmente e agir positivamente como válvula para legitimação dos mandamentos constitucionais.” (OLIVEIRA 2015, p. 210-211).

Com isso é notável que os poderes Legislativo e Executivo, não conseguem atuar com excelência, para amparar todas as demandas a tempo, contudo é necessário que se preserve suas competências para que não sejam ultrapassados os limites referentes para que se continue a atuação do ativismo judicial, onde o mesmo está com o crescimento ilimitado dentre os demais poderes, agindo com razoabilidade, o que se torna seu limite. Sendo está a Constituição e a razoabilidade os fundamentos essenciais para a sociedade.

É possível afirmar que o Ativismo Judicial não possui limites, pois estará sempre em conformidade diante da modificação dos direitos e com a delonga dos poderes políticos.

Trata-se, na verdade, de uma questão de interpretação da Constituição em face dos limites que ela traz.

Oliveira ensina que:

Na democracia os Poderes se controlam mutuamente, sendo indesejável que haja um Poder mais hegemônico que outro. Em verdade, todavia, se deve ter em mente é que o ativismo é uma atuação proativa e expansiva do Judiciário com vistas à salvaguarda da Constituição e efetivação dos direitos fundamentais. (OLIVEIRA, 2017, p. 73).

O Poder Legislativo não tem a possibilidade de atender as todas às demandas solicitadas pela população em tem ágil, fazendo com que o Poder Judiciário se apresse em resolver as solicitações feitas, por meio do ativismo judicial, sendo estabelecidas normas para esta situação, porque para o regime democrático venha a ter as capacidades dos três poderes respeitadas de forma igual e sem atingir uma a outra, havendo respeito por meio de todas.

3 CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE E A JUDICIALIZAÇÃO DO DIREITO

Antes da Carta Magna de 1988 apenas o PGR (Procurador Geral da República) poderia mover Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI), depois da mesma a Constituição ampliou o quadro de legitimados para propor medidas de controle de constitucionalidade. Depois disso os órgãos públicos, entidades de classe e partidos políticos tiveram o poder de passar a questionar se a norma estava no contexto constitucional.

Logo após a Carta, foi observado que começou esse alargamento e que poderia começar a levar para a judicialização da política, onde abriria o caminho para o ativismo judicial, onde os juízes começaram a manifestar-se de tais formas como, interferir em políticas públicas, editar normas, entre outras coisas. Deste modo ficou claro que houve a ampliação político institucional do Supremo Tribunal Federal.

Para Tassinari:

Ativismo judicial e controle de constitucionalidade são questões que estão conectadas, no sentido de que colocar o ativismo judicial em

questão também significa colocar o exercício da jurisdição à prova. A questão é que há uma meia verdade nesta afirmação, pois somente é possível considerá-la correta se compreendida que esta legitimidade da jurisdição constitucional dá-se em termos de um efetivo controle das decisões judiciais, isto é, se as atenções estarem voltadas para as respostas dadas pelo Judiciário e não apenas para compreender se o exercício do controle de constitucionalidade é coerente com a existência de um Estado Democrático. (TASSINARI, 2013, p. 34).

Isso nos mostra que o ativismo advém de um comportamento jurídico específico e proativo de análise da Constituição tendo a ampliação do seu alcance, buscando com isso atender a mais demandas e colocando o direito resguardado para todos, tendo legitimidade nas suas ações não interferindo ou ferindo os demais poderes.

Já Judicialização significa que grandes questões tanto políticas, quanto sociais estão sendo resolvidas pelo Poder Judiciário, não só pelas instancias tradicionais que agregam o judiciário, sendo assim a judicialização neste contexto mostra que vem de um molde constitucional novo, em que independe da vontade política nas deliberações tratadas pelo judiciário, a judicialização faz parte da temática da separação dos três poderes, tendo seu próprio sistema de freios e contrapesos todos adotados pelo modelo nacional, desta forma com a origem do STJ (Supremo Tribunal de Justiça) o judiciário começou a ter mais participação em questões como saúde, ambiente, política e trabalho abrindo caminho para o Poder Judiciário.

Neste ponto a judicialização precisa de uma provocação para que o Poder Judiciário seja manifestado e atenda dentro de seus limites as demandas formuladas, sendo que neste caso não cabe a este poder a opção de conhecer ou não as ações, de fazer a pronuncia ou não sobre seus méritos, uma vez que seus requisitos estejam preenchidos.

3.1 Diferença entre Judicialização e o Ativismo Judicial

Ao se tratar do Ativismo Judicial temos que explicar que se trata de uma escolha, de forma específica e proativa que o Poder Judiciário tem de poder interpretar as normas constitucionais ampliando seu alcance. Onde se tem mais observado este fenômeno é no Poder Legislativo e na sociedade, nesta última tendo como preceito quando as demandas sociais não são atendidas ou resolvidas efetivamente. Com isso fica explícito que o Poder Judiciário tem uma participação mais intensa e extensa, para a materialização do direito constitucional e atuando mais efetivamente dentro dos outros poderes.

Abordando o ativismo tem um Projeto de Lei 8058/14, em tramitação na Câmara, cria um processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário. Segundo o PL, o pedido por meio da Justiça para assegurar direitos como saúde e educação, a chamada a judicialização das políticas públicas, deve seguir os princípios da proporcionalidade, razoabilidade e equilíbrio orçamentário. (O texto, de autoria do deputado Paulo Teixeira (PT-SP), está na Comissão de Finanças e Tributação, aguardando parecer do relator, deputado Esperidião Amin (PP-SC). Dentro desta PL ainda prepara a criação de varas especializadas dentro dos tribunais federais para o julgamento e processamento dessas ações, com isso o projeto ainda prevê que os magistrados venham a se reunir para harmonizarem os entendimentos sobre a matéria.

Assim assevera, que "em síntese, a judicialização da política ocorre quando questões sociais de cunho político são levadas ao Judiciário, para que ele dirima conflitos e mantenha a paz, por meio do exercício da jurisdição". (FILHO, Ed. 307, Revista Jurídica Consulex).

Quando se fala de Judicialização temos que saber que é uma forma natural, faz parte do sistema dos Três Poderes, sedo assim é uma parcela do poder público/ político que pode ser transferida a instância de políticas habituais para o Poder Judiciário, manifestando- se em situações de relevância nacional, sendo uma transferência de poder dos Poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário, no qual discute muitos temas problemáticos e passa a estabelecer normas e condutas para serem seguidas pelos demais poderes. Sendo assim um modelo constitucional e não de deliberação apenas de vontade sendo está política.

4 ATIVISMO JUDICIAL E SUAS NUANCES

Na tentativa dos direitos e garantias serem resguardados e efetivos, o corpo social tem cada vez mais ido em busca do Judiciário, no que ocorre no aumento de suas funções e acaba satisfazendo a sociedade por solver as demandas que aumentam cada vez mais no sistema judiciário, o que acaba criando o Ativismo Judicial.

Para Vicente Paulo, o ativismo caracteriza-se da seguinte maneira:

O termo ativismo caracteriza-se pelas decisões judiciais que impõem obrigações ao administrador, sem, contudo, haver previsão legal expressa. Decorre da nova hermenêutica constitucional na interpretação dos princípios e das cláusulas abertas, o que tem despertado pesadas críticas ao Poder Judiciário, notadamente, ao

Supremo Tribunal Federal. (ALMEIDA, Revista Jus Navigandi, ano 16, nº 2930, 2011).

Deste modo podemos observar que temos dois lados do Ativismo Judicial, uma negativa e outra positiva, sendo que a primeira viola a separação dos três poderes o que gera a fragilidade dos poderes citados, a segunda nos mostra o lado positivo que com a interferência no encargo de legislar e nas omissões do legislativo nas suas causas, o Ativismo Judicial atua ativamente para que haja o mínimo de existência da dignidade da pessoa humana.

O Ativismo surge como atos e formas de cumprir com as omissões do legislativo e retardamento de causas, que assim deixam de efetuar seu papel na sociedade, de modo que o ativismo não atinge a Constituição Federal, sendo que as causas que não tem leis e não foram decididas ainda por este fato, ou por conflitos sem resolução que chegam ao Congresso Nacional (CN), acabam por ter destino ao Judiciário no qual não pode-se omitir ou deixar de julgar tomam medidas ativistas a fim de garantir o que está prevista na Constituição Federal.

4.1 Nuance Negativa

O ponto de vista negativo em torno do ativismo judicial seria a intromissão do mesmo nas decisões dos outros poderes, pois a Constituição Federal de 1988 dispõe o princípio da separação dos três poderes, no qual sejam de forma diferente as funções do legislativo, judiciário e executivo.

Tais poderes detêm funções típicas e atípicas, as funções típicas são as que os poderes nasceram para exercer e as funções atípicas são as que não nasceram para fazer, mas o fazem em nome daquela primeira função típica deles, o Poder Judiciário, por exemplo, tem a função típica de julgar, já sua função atípica é de administrar, assim podemos dizer que os poderes têm suas funções entrelaçadas, com isso acaba gerando um limite para cada poder, sendo chamado de pesos e contrapesos.

Como Judiciário começou a julgar casos concretos que não havia lei para basear-se, onde na falta de criação de novas leis que amparassem a sociedade, sendo uma falha do legislativo, fazendo o agir do Poder Judiciário para resolver as questões pendentes, sendo chamado de judicialização do direito, com isso os juízes de todas as instâncias começaram a praticar o ativismo judicial.

Sendo que o Poder Judiciário não pode se negar a atender as demandas que não tem leis para amparar, ele tem que fazer a resolução dos conflitos levados até o mesmo,

fazendo- o a entrar numa função típica do Poder Legislativo, que é a de legislar. Tendo o mesmo que interpretar as leis, para que as leis não entrem em conflito, fazendo com que o STF trabalhe sempre para dizer se a lei é constitucional ou inconstitucional.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DECLARATÓRIA E CANCELAMENTO DE REGISTRO EM BANCO DE DADOS. PROJETO SOLUÇÃO DIRETA-CONSUMIDOR. NÃO OBRIGATORIEDADE. PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO. NÃO CONFIGURADA. ATIVISMO JUDICIAL. ABUSO NO EXERCÍCIO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS. EXTINÇÃO DO FEITO POR INDEFERIMENTO DA INICIAL. MANUTENÇÃO. Projeto Solução Direta-Consumidor. Trata-se de uma parceria realizada entre o Poder Judiciário Gaúcho e a Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça, objetivando a solução alternativa de conflitos de consumo, no intuito de, com isso, evitar o ajuizamento de um processo judicial. Iniciativa elogiável deste Tribunal de Justiça. Ativismo Judicial. Por ativismo judicial deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesses) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Trata-se de uma prática extremamente importante para efetivação dos direitos fundamentais, entre eles o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pela simples razão de ser positiva, ou seja, amplia e consolida direitos. Direito à ação. O direito fundamental à ação é a faculdade garantida constitucionalmente de deduzir uma pretensão em juízo e, em virtude dessa pretensão, receber uma resposta satisfatória (sentença de mérito) e... justa, respeitando os princípios constitucionais do processo como o contraditório, a ampla defesa, a motivação dos atos decisórios, o juiz natural. Abuso de direito. Todo e qualquer abuso de direito e, em especial, o abuso do direito de demandar, não é, senão, espécie de ilicitude. Caso. Ajuizamento, de forma abusiva, de inúmeras ações individuais para cada uma das inscrições supostamente indevidas. Parte que se negou a buscar solução junto ao Projeto Solução Direta Consumidor ofertado TJ/RS. Sentença mantida. DESACOLHERAM A PRELIMINAR E NEGARAM PROVIMENTO AO

APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70070014808, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Giovanni Conti, Julgado em 25/08/2016).

(TJ-RS - AC: 70070014808 RS, Relator: Giovanni Conti, Data de Julgamento: 25/08/2016, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/09/2016).

A jurisprudência acima nos mostra uma tentativa de ativismo judicial falha, um exemplo para esta nuance, como já falado neste trabalho o ativismo quando provocado ao STF, julga casos concretos que não estão amparados por lei ou que foram deixados de lado pelo legislador, o caso acima temo um abuso de direito que foi logo identificado e negado, pois já existia um modo de solucionar o conflito, não necessitando a provocação ao judiciário na forma de ativismo judicial para a resolução do mesmo, na decisão também é falado da separação dos poderes onde cada poder deve atuar dentro de seus limites para a atuação de cada um não interferir e ferir a do outro.

Assim cada poder, deve agir dentro dos limites legais estabelecidos por lei, onde os mesmos não devem adentrar na esfera do outro, um exemplo seria o legislativo invadindo a esfera do executivo, por alguma demanda. É para isso que serve a separação para manter a ordem do Legislativo, Executivo e Judiciário, onde um poder limita a atuação do outro.

Deste modo fica claro que o Judiciário não tem a função de legislar, mas acaba atuando pela vasta demanda onde ocorre a omissão dos outros poderes, para que aconteça a efetivação dos direitos para a sociedade. Em meio a isso essa atuação acaba por interferir e ferir o princípio da separação dos poderes, o que gera fragilidade jurídica.

4.2 Nuance Positiva

Um exemplo de decisões que tiveram o Ativismo Judicial de forma positiva é a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), que reconheceu a União estável entre casais do mesmo sexo, segue ementa abaixo:

Ementa: 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA

DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF nº 132-RJ pela ADI nº 4.277-DF, com a finalidade de conferir “interpretação conforme à Constituição” ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação. 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de “promover o bem de todos”. Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana “norma geral negativa”, segundo a qual “o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido”. Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanção do princípio da “dignidade da pessoa humana”: direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea. 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO “FAMÍLIA” NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO

ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão “família”, não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por “intimidade e vida privada” (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas. 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELEECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE “ENTIDADE FAMILIAR” E “FAMÍLIA”. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades

domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à reitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia “entidade familiar”, não pretendeu diferenciá-la da “família”. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado “entidade familiar” como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem “do regime e dos princípios por ela adotados”, verbis: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. 5. DIVERGÊNCIAS LATERAIS QUANTO À FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. Anotação de que os Ministros Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes e Cezar Peluso convergiram no particular entendimento da impossibilidade de ortodoxo enquadramento da união homoafetiva nas espécies de família constitucionalmente estabelecidas. Sem embargo, reconheceram a união entre parceiros do mesmo sexo como uma nova forma de entidade familiar. Matéria aberta à conformação legislativa, sem prejuízo do reconhecimento da imediata auto-aplicabilidade da Constituição. 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA “INTERPRETAÇÃO CONFORME”). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do

Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferiva.

(STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341).

As ações julgadas procuravam o reconhecimento da união de pessoas homoafetivas como ente familiar, onde a busca para que os direitos e deveres de casais heteroaferivos fossem também garantidos aos casais do mesmo sexo. Justificava-se desta forma pelas normas fundamentais de liberdade e igualdade, sendo garantidos pelo princípio da dignidade da pessoa humana, onde está disposto da Constituição Federal. Onde fosse possível uma nova interpretação da Constituição para uma luz em torno do código civil para que fosse excluída qualquer forma de impedimento sobre a união homoafetiva, para que tenha reconhecimento contínuo, duradouro e público para que seja reconhecida como família, tendo assim as mesmas condições de uma união estável.

Observa-se que a decisão citada acima proveio de ADPF (Ações de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental) onde trata-se de uma ação de controle concentrado que busca impedir o desrespeito aos conteúdos da constituição sendo os atos não normativos e normativos quando não tiver uma forma mais eficaz, está disposta no artigo 102 § 1º da Constituição Federal onde fala que: "a arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei".

E de ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) que está disposto no artigo 102 da Constituição Federal de 1988 é um instrumento do controle concentrado que trata de uma ação judicial sendo uma propositura ao Supremo Tribunal Federal para que o mesmo estabeleça se determinado ato normativo ou lei é constitucional, isto é, precisou de uma provocação do Judiciário e do Executivo para que a decisão fosse tomada e não do Poder Legislativo a quem cabia tomar providência sobre o assunto, com tudo, diante dessa

falha, tangeu ao Judiciário a intervenção para garantir o direito pedido na ação de maneira ativista através do Supremo Tribunal Federal.

5 ANÁLISE JUDICIAL A LUZ DO DIREITO BRASILEIRO EM RELAÇÃO AO ATIVISMO

Um juiz sendo ativista em seu sentido positivo, busca na atuação de proteção da garantia de supremacia da Constituição e de direitos fundamentais, assumindo uma postura efetiva para a proteção da dignidade da pessoa humana, ao menor, entre outros. A execução da Constituição que tem a atividade de interpretar e aplicar categorias e conceitos jurídicos em seu sentido de elevado grau de generalidade, mesmo que para isso possa vir adentrar no tocante de competência dos outros Poderes. Com isso observa-se que a omissão na esfera legislativa ou administrativa, em frente às pessoas que as representam, que detém o poder de efetivação da Constituição não podem se valer da omissão também do Poder Judiciário, que fica a frente deste dever.

O sistema de controle de constitucionalidade brasileiro também favorece o ativismo judicial na medida em que permite que todos os tribunais e juízes sejam capazes de declarar a inconstitucionalidade de uma lei (SALGADO, et al, 2015).

É válido ressaltar que o Poder Judiciário deverá agir dentro das normas de razoabilidade, sendo este seu limite. Já que vem da razoabilidade e da Constituição Federal que emanam os fundamentos da sociedade e os essenciais para o ser humano.

Não se trata de um ativismo nocivo, em que o magistrado ultrapassa e fere os limites jurídicos, mas sim de interpretar no sentido estrito da lei (mens legis) sentido da lei e pela vontade do legislador (mens legislatoris), o que não impede ao magistrado de ter/fazer uma interpretação hermenêutica para sanar casos concretos, sendo tratado aqui que o ativismo judicial ajuda a sanar os “vazios” deixados pelos outros Poderes, atuando contra essas omissões.

Desta forma o ato de decidir não poderá estar limitado a dar uma resposta concreta à demanda, pois com isso o julgador perde o efeito da necessidade de julgar o caso, para ir analisar os elementos da demanda que a compõem, tendo que rever o porquê da omissão de algum dos Poderes para que seja concedido os seus direitos fundamentais as partes, analisando a decisão e seus efeitos colaterais na realidade material e como a mesma irá terminar se constituindo, na formação da garantia dos direitos fundamentais.

Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. (MELO, p. 11, Corte do Brasil).

Um das vantagens de se ter o ativismo é que qualquer demanda acionada para tal ato, é direcionada para o Judiciário, mesmo na ausência do Poder Legislativo, ou seja, ninguém ficará sem o amparo jurisdicional para as demandas, mesmo que as competências não consigam atuar de forma suficiente para atender as solicitações que são pela sociedade em constante evolução.

Em relação ao ativismo no país há muitas decisões consideradas um marco importante na trajetória do mesmo no Brasil, já citado neste presente trabalho, são as relações homoafetivas onde não tinha previsão legal e por causa do ativismo a união homoafetiva foi regulamentada pelo STF, mesmo sem apresentar previsão legal, tornando assim essa decisão ativista. Com a mutabilidade da Constituição para atender uma falha perante a sociedade no qual o poder Legislativo se manteve inativo. Outras decisões ativistas de grande importância são a vedação do voto impresso nas urnas eletrônicas, o STF se manteve contra o retrocesso, mantendo a vedação, temos também a criminalização de homofobia como o racismo.

O Ativismo Judicial colabora para a realização da garantia de direitos e deveres fundamentais, objetivos que são traçados pela Constituição Federal 1988, onde busca preencher a lacuna do Executivo e Legislativo, podendo intervir nos seus direitos para a concretização do direito e os princípios adotados pela Constituição.

6 CONCLUSÃO

Neste trabalho foi apresentado que o tema abordado surgiu durante a constante mudança da sociedade contemporânea e que em meio a tantas lacunas deixadas pelos Poderes Constituintes, o Ativismo adveio para preencher, sanar e garantir os direitos fundamentais da população. Mas, sendo observado que o Poder Judiciário não ultrapassasse os limites chegando a ferir os princípios da Constituição, o que ocorreu na expansão do mesmo, o que atentaria na separação dos poderes.

E constatando que o elemento que predispôs o Ativismo Judicial esta presente nos princípios da Constituição Federal, em razão de sua generalidade e abstratividade onde há a uma autonomia para os magistrados exercerem com mais liberdade de interpretação, tendo predisposição das normas constitucionais, para as suas interpretações.

Com o Ativismo Judicial o poder do STF (Supremo Tribunal Federal), no que discerne as decisões a serem tomadas também é baseado respeitando os princípios da segurança jurídica e a máxima efetividade da norma constitucional, sendo que os princípios estejam expostos todos na Constituição, como também podem ser referenciados no texto constitucional, alocando a segurança jurídica, sendo esta no sentido de serem respeitadas, essa ampliação de poder e competência previamente acordadas.

A judicialização aparece como um impulsor do ativismo judicial, onde os dois têm direitos nos Textos Constitucionais onde se faz necessária a formação de políticas públicas para os Poderes Legislativo e Executivo, mas com a omissão destes, advém do Poder Judiciário preencher as lacunas deixadas pelos mesmos, sendo que a questão passa a ser ou tratar-se de ato normativo, fazendo com que o lesado tenha seus direitos e garantias resguardados pelo Poder Judiciário, assim o STF discorre sobre as decisões proferindo-as de forma competente e com a autoridade, mantendo a posição ativista.

Com este estudo realizado sobre o ativismo judicial é possível analisar que o limite do mesmo só é alcançado quando observado em casos concretos. Somente tendo uma situação fática é capaz de se perceber a utilização do ativismo através do magistrado foi realmente essencial, ou se haviam outras formas que solucionar a questão. O Ativismo Judicial só poderá ser utilizado em última opção, quando não houver mais ferramentas para resolver o problema, ou quando a justiça do caso concreto exigir para que sejam garantidos os direitos elencados e resguardados na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Vicente Paulo de. Ativismo judicial. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 16, n. 2930, 10 jul. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/19512>>. Acesso em: 08 setembro 2021.

BARROSO, Luís Roberto. Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática. **Consultor Jurídico**, 22 dez.2008. Disponível em: Acesso em: 03 agosto de 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 17 nov. 2021.

CAPELLETTI, Mauro. Juízes Legisladores? Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. P.129.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo. **O controle judicial de políticas públicas**. Kazuo Watanabe (coords.) 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

CELSO de Mello, Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008. Disponível em: www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaStf/anexo/discursoCm.pdf, p.11.

FILHO, José dos Santos Carvalho, Ativismo Judicial e Política, **Revista Jurídica Consulex**,. Seção Ciência Jurídica em Foco. Edição 307, de 30/10/2010.

GRINOVER, Ada Pellegrini; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WATANABE, Kazuo. **PL sobre controle jurisdicional de políticas públicas é constitucional**. Consultor Jurídico (CONJUR). 23 fev. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-fev-23/plcontrole-jurisdicionalpolitica-publicaconstitucional>. Acesso em: 10 de abril de 2021

Id., **Habeas Corpus n. 91952-9/SP**, Rel. Ministro Marco Aurélio, Brasília, 07 de ago. 2008. p. 877.

OLIVEIRA, L. A. de. **Ativismo judicial**: qual o limite do poder judiciário? 2017. Disponível em: <http://www.rkladvocacia.com/ativismo-judicial-qual-o-limite-do-poder-judiciario/>. Acesso em: 12 de julho de 2021.

SALGADO, Maria José...[et.al.]: **El control de constitucionalidade en la democracia. dirigido por Osvaldo A. Gozáini**. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediar, 2015.

Supremo Tribunal Federal, **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.3685-8/DF**, Rel Ministra Ellen Gracie, Brasília 22, mar. 2016 p. 12.

STF - ADI: 4277 DF, Relator: Min. AYRES BRITTO, Data de Julgamento: 05/05/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-03 PP-00341). Acesso em 23 de abril de 2021

STF - AC 70070014808 RS, Relator: GIOVANNI CONTI, Data do Julgamento 25/08/2016, Décima Sétima Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/09/2016.



TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e Ativismo Judicial**: Limites da atuação do judiciário. 1°. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

MAURO CAPPELLETTI, **Juízes Legisladores**, Editora Sergio Antonio Fabris, página 129.[1] Disponível em: <http://www.conectas.org/arquivos/editor/files/HC%2082_959%20-%20Resumo.pdf>. Acesso em 17 outubro 2021.

TRÍPLICE FRONTEIRA E O NARCOTRÁFICO: UMA ANÁLISE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SEGURANÇA NAS FRONTEIRAS DO ESTADO DO AMAZONAS

JOSILANE DE SENA DIAS:
Acadêmica de Direito no Centro
Universitário CEUNI-FAMETRO

DARIO AMAURI LOPES DE ALMEIDA⁴
(orientador)

RESUMO: O narcotráfico nas fronteiras do Brasil, em especial aquelas localizadas no Estado do Amazonas, se configura como uma questão de suma importância quando se trata da instituição de estratégias de controle da movimentação, através da entrada e saída de entorpecentes do país. Este estudo tem como objetivo geral analisar a política brasileira acerca da segurança das fronteiras do Estado do Amazonas no combate ao narcotráfico. Através de um levantamento bibliográfico e documental foram realizadas pesquisas em artigos e livros que tratassem da temática, devidamente publicadas entre os anos de 2010 a 2021. A história e a contextualização atual do narcotráfico, associada à sua relevância socioeconômica e a questões de ordem social se apresentam como determinante para a importância do desenvolvimento de estudos sobre o assunto. A localização da tríplice fronteira amazonense favorece o narcotráfico no local, uma vez que os três municípios em questão se encontram na rota de tráfico de entorpecentes. Enquanto políticas públicas no Brasil são identificadas diversas legislações voltadas para o enfrentamento do problema, porém nota-se que ainda são necessários investimentos em efetivar tais leis o que conclui-se como cerne para o desenvolvimentos de uma quantidade maior de pesquisas na área.

Palavras-chave: Narcotráfico. Fronteiras. Políticas Públicas.

ABSTRACT: Drug trafficking on the borders of Brazil, especially those located in the State of Amazonas, is an extremely important issue when it comes to the institution of movement control strategies, through the entry and exit of narcotics in the country. This study aims to analyze the Brazilian policy regarding the security of the borders of the State of Amazonas in the fight against drug trafficking. Through a bibliographic and documental survey, research was carried out in articles and books dealing with the subject, duly published between the years 2010 to 2021. The history and current context of drug trafficking, associated with its socioeconomic relevance and social issues. present as a determinant for the importance of developing studies on the subject. The location of the triple Amazonian border favors drug trafficking in the area, since the three municipalities in question are on the drug trafficking route. While public policies in Brazil are identified several legislations

⁴ Bacharel em Direito e Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Federal do Amazonas.

aimed at facing the problem, however, it is noted that investments are still needed in putting these laws into effect, which is concluded as the core for the development of a greater amount of research in the area.

Keywords: Drug trafficking; Borders; Public policy.

Sumário: Introdução. 1 O Brasil no contexto do narcotráfico internacional. 1.1 Narcotráfico: aspectos conceituais no mundo e no Brasil. 1.2 Breve histórico das fronteiras na Amazônia brasileira. 2 Tráfico de entorpecentes: a tríplice fronteira do Amazonas e o narcotráfico. 2.1 a Amazônia como rota do tráfico de drogas. 2.2 A segurança na tríplice fronteira. 3 Legislação brasileira e as políticas públicas no enfrentamento ao narcotráfico na tríplice fronteira do estado do Amazonas. 3.1 Os tratados internacionais voltados ao combate ao tráfico de drogas e sua aplicabilidade na tríplice fronteira.

INTRODUÇÃO

A situação atual do narcotráfico nas fronteiras do Brasil, em especial aquelas localizadas no Estado do Amazonas, se configura como uma questão de suma importância quando se trata da instituição de estratégias de controle da movimentação, através da entrada e saída de entorpecentes do país.

Diversos aspectos devem ser considerados na abordagem desta temática, como a localização geográfica, legislação nacional, desafios a serem superados na aplicação de meios de segurança, além das estratégias instituídas como políticas públicas adotadas para combater o narcotráfico nas fronteiras do Estado do Amazonas.

Neste sentido torna-se salutar o questionamento: as estratégias adotadas atualmente pelo poder público brasileiro asseguram a segurança das fronteiras do Estado do Amazonas contra o narcotráfico? A problemática do uso de drogas se configura como uma questão de interesse dos mais diversos setores da sociedade, sendo avaliada pelas perspectivas da saúde, educação, assistência social e segurança, sendo esta última uma das mais efusivas, considerando o narcotráfico como uma situação em especial para enfrentamento.

Considerando a importância do tema, este estudo se mostra pertinente principalmente para a formação acadêmica de estudantes de Relações Internacionais, uma vez que se apresenta como uma contribuição para pesquisa sobre a problemática, assim como para aperfeiçoamento de profissionais da área promovendo assim o aperfeiçoamento. Faz-se mister a citação da relevância deste trabalho para a sociedade, uma vez que fornece informações úteis para conhecimento geral dos problemas

relacionados ao tema, bem como para identificação de políticas instauradas pelo poder público para a segurança das fronteiras nacionais.

Anterior ao aprofundamento no embasamento teórico necessário a esta pesquisa é imprescindível a apresentação dos aspectos metodológicos pertinentes à realização deste estudo.

O aporte teórico-metodológico escolhido é o método intuitivo de natureza empírica, o qual se apresta como a metodologia de análise dos dados de forma particular, o que Provdanov e Freitas (2013, p. 31) apresentam como aquele que atua “por intermédio de uma cadeia de raciocínio em ordem crescente, de análise do particular para o geral, chega a uma conclusão”.

Enquanto procedimento foi escolhido a pesquisa bibliográfica, a qual se adequa aos propósitos do estudo, sendo esta definida por Lakatos e Marconi (2017, p. 42), como o “[...] levantamento de toda a bibliografia já publicada, em forma de livros, revistas, publicações avulsas e imprensa escrita. A sua finalidade é fazer com que o pesquisador entre em contato direto com todo o material escrito sobre um determinado assunto [...]”. A natureza da pesquisa se baseia no tipo não experimental, no qual o papel do pesquisador se dá pelo estudo dos fenômenos sem intervenção direta do mesmo, restringindo-se à observação, registro, análise e correlação dos fatos e variáveis, sem manipulação dos resultados (MARTINS, 2002, p. 19).

Os dados foram coletados a partir dos cruzamentos das seguintes palavras-chave: “narcotráfico”, “fronteiras” e “políticas públicas”. Com critérios de inclusão os achados científicos publicados no período de 2010 a 2021, indexados nas línguas portuguesa ou inglesa que apresentem relação com os objetivos da pesquisa proposta, e de exclusão estudos não indexados em revistas científicas e aqueles que se apresentem contraditórios aos objetivos propostos.

Neste sentido, este estudo tem como objetivo geral analisar as políticas brasileiras acerca da segurança das fronteiras do Estado do Amazonas no combate ao narcotráfico. Para tanto foram estabelecidos como objetivos específicos contextualizar a condição do narcotráfico no Brasil e no mundo, apresentar a formação das fronteiras do Estado do Amazonas, e avaliar as políticas públicas e a legislação nacional acerca da segurança das fronteiras do Estado do Amazonas,

1 O BRASIL NO CONTEXTO DO NARCOTRÁFICO INTERNACIONAL

1.1 Narcotráfico: aspectos conceituais no mundo e no Brasil

Os dados do narcotráfico no Brasil apontam para a relevância da temática. De acordo com o Ministério Público do Estado do Paraná (MPE, 2020, p. 22) no ano de 2018

cerca de 269 milhões de pessoas usaram algum tipo de entorpecente no mundo, o que significa um aumento de mais de 30% quando comparado ao ano de 2009. Enquanto que o narcotráfico, o estimado é que este comércio movimentou cerca de R\$ 6,68 bilhões em todo o Brasil.

Observa-se que o uso de entorpecentes no mundo se revela como uma problemática que atinge um número expressivo de pessoas, e ao analisar os dividendos do comércio destas substâncias somente no Brasil, é possível identificar que o mesmo se torna bastante lucrativo.

É salutar iniciar tal discussão pela compreensão do significado do termo narcotráfico. Segundo Santana (1999, p. 29) é possível definir o mesmo sob diversas concepções, como o mercado que comanda a oferta de narcóticos, ou ainda como uma atividade mafiosa que se expande do conceito anterior ao integrar vertical e horizontalmente a produção, fornecimento e comércio de drogas ilícitas, atendendo a todo o mundo de maneira organizada.

Nesta primeira definição de narcotráfico nota-se que o termo, que inicialmente poderia ser interpretado como genérico comércio de entorpecentes, na verdade é uma atividade ainda maior que movimentou ações paralelas e demonstra um poder de atuação organizado.

Corroborando tal definição, Pereira, Santos e Chaves (2018, p. 32) explicam que é de suma importância que sejam considerados três fatores quando se trata do mesmo. De acordo com os autores, o narcotráfico se caracteriza pelo processo que se inicia na produção de drogas, através do plantio e do processamento, continua no transporte com o escoamento nacional e internacional, e finaliza na comercialização destas substâncias.

Novamente percebe-se que a definição de narcotráfico deve ser realizada sob a ótica de três aspectos, uma vez que se configura desde a origem através da plantação e da produção até o comércio em si, considerando claramente a importância do transporte e das rotas de escoamento, as quais tornam-se relevantes para a segurança das fronteiras.

Sobre isto, Procópio Filho e Vaz é citado por Valdez (2021, p. 35) ao afirmar que

As estruturas do narcotráfico e sua operação respondem tanto a estímulos de mercado, em sua dimensão transnacional e global, como a fatores e circunstâncias de ordem doméstica e mesmo local que definem o modo de inserção de um país no contexto do narcotráfico internacional e as condições específicas de seu funcionamento (PROCÓPIO FILHO; VAZ p. 32)

A magnitude das estruturas do narcotráfico e as dimensões globais que atingem todo o mundo apontam para internacionalização da problemática, ou seja, ainda que a produção e o escoamento aconteçam em determinados países, o comércio de entorpecentes influencia diretamente na segurança destes Estados.

Santana (1999, p. 98) relata que a universalidade do narcotráfico necessita ser tratada como através de uma dimensão global, uma vez que se configura como um problema de ordem mundial. Segundo o autor, a globalização do narcotráfico expõe o poder de determinadas nações, da mesma forma que expõe deficiências e o subdesenvolvimento de outras, conforme

É evidente que, devido à complexidade do fenômeno do narcotráfico na era da globalização, suas dimensões são enormes. Difícil quantificar todo seu impacto já que as estimativas arrogam cifras dramáticas relativas ao crescimento dessa indústria das drogas que tende a aumentar e diversificar-se. Por sua vez, as drogas, da perspectiva de uma grande atividade econômica informal em desenvolvimento, também crescem como uma das atividades mais rentáveis e eficientes da indústria moderna em todo o mundo globalizado (SANTANA, 1999, p. 99)

Ainda sobre a globalização do fenômeno do narcotráfico, é notado que o mesmo se liga às relações internacionais de forma iminente, pois a influência na economia e no desenvolvimento dos países envolvidos perpassa por todos os demais, considerando principalmente os valores gerados por esta prática, os quais são determinantes para o crescimento de muitas nações.

De igual importância, diante das dimensões do narcotráfico, mostra-se importante estabelecer uma conexão entre o mesmo e as relações internacionais. De acordo com Ribeiro (2011, p. 24) o tráfico de entorpecentes se expressa como uma considerável ameaça à segurança de qualquer país, uma vez que sua influência alcança e fomenta outras problemáticas como o tráfico de pessoas, de crianças e órgãos, bem como a pirataria e a lavagem de dinheiro.

Nota-se que quando se trata da relação entre o narcotráfico e as relações internacionais, muitos aspectos devem ser considerados, mas as questões voltadas para a segurança se tornam ainda mais potencializadas pois envolvem a soberania dos Estados, e envolvem diversas outras questões ligadas ao crime.

Dentre as questões pertinentes à associação entre o narcotráfico e as relações internacionais, é possível destacar a necessidade de segurança nas fronteiras de cada país.

De acordo com Cardenas (2008, p. 31) o tráfico de entorpecentes em território nacional está diretamente ligado a países da Europa, Estados Unidos e América Latina, uma vez que tais regiões servem como produtores, receptores e rota de passagem, interferindo diretamente em diversos segmentos da localidade, sendo tal conjuntura primordial para a região de fronteira do Brasil.

A grandeza do narcotráfico é observada no abastecimento do mercado interessado em diversos países, não se limitando à América Latina, mas abarcando países de primeiro mundo como Estados Unidos e os que compõem o continente europeu, o que justifica a intervenção de conhecimentos em relações internacionais.

1.2 Breve histórico das fronteiras na Amazônia brasileira

De forma mais específica, quando se trata de fronteiras do Estado do Amazonas, Paiva (2019, p. 76) esclarece que a extensão da fronteira entre o Brasil e o Peru é de 1.154,30 quilômetros, e entre Brasil e Colômbia se dá em um total de 1.164 quilômetros.

Nota-se que a Tríplice Fronteira é composta pelos espaços limítrofes entre o Brasil, Peru e Colômbia, se mostrando uma área extensa, o que aponta para a necessidade de investimentos em monitoramento, considerando ainda as particularidades da área.

As cidades envolvidas nos três países são representadas pelo Peru com a cidade de Santa Rosa, pela Colômbia por Leticia e pelo Brasil pela cidade de Tabatinga, localizada territorialmente na microrregião do Alto Solimões (EUZÉBIO, 2015, p. 30).

Quando se trata dos municípios que compõem a Tríplice Fronteira observa-se que a proximidade das cidades representantes de cada país, separadas somente por um rio ou por linhas imaginárias, denota uma vulnerabilidade extra e peculiar da área, principalmente para o Brasil, pois a produção é escoada por território brasileiro após entrar por estas fronteiras.

Historicamente as fronteiras brasileiras sempre se destacaram como espaços de confronto e disputa, tanto territorial quanto comercial. De acordo com Gimenez et al. (2018, p. 152), a exploração de produtos nativos e embates em virtude da extensão de território se mostra como uma verdade quando se trata da formação das fronteiras nacionais, destacando-se que a Tríplice Fronteira em estudo não se diferencia das demais, uma vez que se delinea as margens do rio e serve de ponto de escoamento econômico da região.

2 TRÁFICO DE ENTORPECENTES: A TRÍPLICE FRONTEIRA DO AMAZONAS E O NARCOTRÁFICO

2.1 A Amazônia como rota do tráfico de drogas

Sobre a importância deste ponto em específico da fronteira brasileira na questão do narcotráfico, a região se destaca como uma das portas de entrada das drogas ilícitas produzidas pelo Peru e Colômbia no Brasil, uma vez que serve de escoamento para o restante do país, bem como favorece a distribuição para outros países, principalmente Europa e Estados Unidos (BALIEIRO; NASCIMENTO, 2015).

É notado novamente a relevância da tríplice fronteira primeiramente pela produção em território latino, principalmente no Peru e na Colômbia, e entra no Brasil pelo Estado do Amazonas, sendo escoada tanto para os outros estados, quanto para outros países, uma vez que os canais de trânsito no Brasil são mais ágeis para este transporte.

Couto (2019) esclarece que, diversos fatores contribuem para a vulnerabilidade das fronteiras do Brasil quando se trata do narcotráfico, conforme

As redes ilegais do narcotráfico necessitam de uma ampliação de sua escala de atuação em cadeias e por isso manifestam estratégias de produção, distribuição e consumo da droga. A geografia explica a importância da Amazônia brasileira para o tráfico internacional de drogas, principalmente a cocaína proveniente dos países andinos [...] Além dos rios, são utilizadas rotas de avião e estradas, destacando a estratégia multimodal das redes ilegais que também são móveis para efeito de estratégia, para fugir da repressão do Estado(COUTO, 2019, p. 56)

As características da Tríplice Fronteira são novamente apresentadas como aspectos preponderantes para a análise em relação ao favorecimento do narcotráfico, pois a extensão territorial, a grandeza dos rios, a mata densa e a vulnerabilidade social presente nas cidades das cidades desta fronteira são complicadores para a segurança.

Sobre isto, Haesbaert (2014) afirma que toda a rede de narcotráfico localizada nas fronteiras do Estado do Amazonas se apresenta como uma questão política e econômica que interfere diretamente nas bases legais do Brasil para assegurar uma fiscalização eficaz destes espaços.

Observa-se assim que a Tríplice Fronteira não pode ser ignorada como uma problemática isolada, uma vez que impacta diretamente em questões de ordem econômicas e políticas do Amazonas e de todo o país, o que demanda exponencialmente de fiscalização por parte do poder público.

2.2 A segurança na Tríplice Fronteira

Com a instauração da Tríplice Fronteira de acordo como é conhecida atualmente, a gestão de segurança da mesma passou a ser compreendida em caráter de

compartilhamento de responsabilidades, com a coordenação, cooperação, harmonização, associação, ação nacional paralela e supranacionalismo (MARTINEZ; OLIVEIRA, 2021, p. 27).

Fagundes, Ruckerti e Arnaldo (2014) afirmam que

Dessa maneira, ao longo dos anos 2000 é perceptível o aumento com a segurança das fronteiras no Brasil, bem como em outros países do mundo, diferentemente do otimismo durante a década de 1990, com a globalização e processos de integração, advogando o desaparecimento das fronteiras (p. 865)

Ainda sobre isto, Oliveira e Cardoso (2019, p. 98) esclarecem que é imprescindível que a gestão compartilhada de segurança da Tríplice Fronteira considere quatro variáveis, sendo elas os limites, os quais distinguem a complexidade regional da segurança que envolve todos os países em questão, a estrutura anárquica composta pelas estruturas dos países, a polaridade, envolvendo o poder as unidades federativas, e a construção social, que se destina pelos padrões de amizade e inimizade entre as unidades.

3 LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E AS POLÍTICAS PÚBLICAS NO ENFRENTAMENTO AO NARCOTRÁFICO NA TRÍPLICE FRONTEIRA DO ESTADO DO AMAZONAS

3.1 Os Tratados Internacionais voltados ao combate ao Tráfico de Drogas e sua aplicabilidade na Tríplice Fronteira

O estudo acerca das políticas públicas nacionais para o enfrentamento do narcotráfico na tríplice fronteira perpassa inicialmente pela apresentação das bases internacionais presentes nos tratados que regem a temática e que o Brasil se tornou signatário.

Segundo Fonseca e Bastos (2012, p. 24) o primeiro tratado nesta seara é a Convenção Única de Narcotráfico, ocorrida em 1961, que contribuiu principalmente com a definição de duas formas de combate ao narcotráfico, sendo:

A primeira delas tem por objetivo limitar a posse, o uso, o comércio, a distribuição, a importação, a manufatura e a produção de drogas exclusivamente para uso médico e científico. A segunda normatiza o combate ao tráfico de drogas por meio da cooperação internacional, visando a desencorajar e, se possível, impedi-lo. Esta convenção definiu as substâncias a serem controladas, tomando por base o grau de perigo ou abuso, potencial dependência e uso médico das diferentes substâncias (o que é objeto de críticas importantes de

profissionais da área que, frequentemente, discordam dos critérios adotados e das evidências em que estes se baseariam) (p. 20-21)

Em seguida é possível citar a Convenção de Drogas Psicotrópicas, de 1997, a qual determinou o sistema de controle internacional para outras substâncias psicotrópicas, discutindo assim a diversificação e expansão do uso de drogas em todo o mundo. Em 1988 através da Convenção contra o Tráfico Ilegal de Narcotráfico e Substâncias Psicotrópicas, a qual ocorreu em razão do chamamento internacional voltado para a discussão diante do crescente número de pessoas utilizando tais substâncias, definindo como crime a posse e o comércio de drogas FONSECA; BASTOS, 2012, p. 26).

Mers (2018) apresenta a Comissão de Narcóticos da Nações Unidas – UNODC:

As decisões políticas da Comissão de Narcóticos são formalmente supervisionadas pelo staff de profissionais que trabalham no Escritório de Combate ao Crime e Drogas (United Nations Office on Drugs and Crime – UNODC), em Viena, Áustria. A UNODC tem por objetivo apoiar e assistir os países-membros na implementação e ratificação dos acordos firmados no âmbito da Comissão de Narcóticos e na formulação e aplicação da legislação doméstica em drogas, crime e terrorismo (p. 25)

Com o conhecimento das proposituras e conclusões dos tratados e convenções internacionais é imprescindível o levantamento das políticas públicas que são imperativas ao sistema nacional para a segurança das fronteiras no que concerne ao narcotráfico.

3.2 As Políticas Públicas brasileiras de segurança para o enfrentamento ao narcotráfico na Tríplice Fronteira

A análise da legislação brasileira sobre a segurança das fronteiras perpassa inicialmente pela Constituição Federal (BRASIL, 1988), a qual versa no artigo 142 que cabe as Forças Armadas a defesa nacional e por conseguinte todos os brasileiros, assim como no artigo 144, inciso III, à Polícia Federal compete diretamente a fiscalização das fronteiras nacionais, conforme

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

[...]

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;(BRASIL, 1988)

Nota-se no texto constitucional que a preocupação com a segurança das fronteiras nacionais sempre se configurou uma constante questão de dever do Estado, sendo de responsabilidade principalmente da Polícia Federal, a qual tem atuação estendida por todas as vias possíveis, seja por água ar, ou terra.

Além da Carta Magna, outras leis são adotadas em território nacional com o intuito de aprimorar a segurança nas zonas de fronteira. Em 2008, por iniciativa do Comando do Exército, como parte da Estratégia Nacional de Defesa, foi instituído o Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras, reconhecido como SISFRON, um sistema integrado de uma série de recursos tecnológicos, que se dedica à vigilância e monitoramento destes espaços, integrando inclusive o governo brasileiro aos outros países interessados (PESSANHA, 2013, p. 45).

O SISFRON é analisado por Barbosa (2014, p. 29) como uma ferramenta importante tanto sob a ótica da soberania brasileira, quanto pela sua capacidade de monitoramento, assim como se mostra relevante para a integração dos mais diversos setores do governo, uma vez que fornece informações importantes para tomada de decisão em várias instâncias.

É notado que o SISFRON, enquanto sistema direcionado para a segurança das fronteiras deve ser considerado como uma plataforma de monitoramento destes espaços, uma vez que ao utilizar de recursos tecnológicos próprios, serve de instrumento de subsídios para o Estado.

O decreto nº 8.793 de 2016 (BRASIL, 2016), responsável pela regulamentação da Política Nacional de Inteligência, também se configura como uma legislação pertinente ao narcotráfico e as fronteiras brasileiras, pois reconhece o mesmo como um potencial ameaça à integridade do Estado e à segurança nacional, sendo primordial o desenvolvimento de ações de combate.

Para Silva (2017, p. 30), a Política Nacional de Inteligência se apresenta como um complemento importante à Política Nacional de Defesa uma vez que a complementa sem perder a autonomia ou confrontar a política mais antiga, além de se manter autônoma de sistemas já existentes, o que aponta a valorização da atividade de inteligência no Estado brasileiro.

Esta atualização legal acerca da vigilância das fronteiras brasileiras é observada como um avanço na problemática do narcotráfico no país, pois compreende que a atuação

do Estado deve acontecer em diversas instâncias, inclusive com procedimentos de inteligência, os quais apontam vulnerabilidades de forma antecipada.

No ano de 2019, com a edição do Decreto nº 9.761 (BRASIL, 2019), é aprovado a Política Nacional sobre Drogas, a qual versa acerca do narcotráfico e as fronteiras, sendo nos pressupostos:

2. PRESSUPOSTOS DA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS

[...] 2.6. Conscientizar o usuário e a sociedade de que o uso de drogas ilícitas financia atividades e organizações criminosas, cuja principal fonte de recursos financeiros é o narcotráfico.

[...] 2.11. Reconhecer a corrupção, a lavagem de dinheiro e o crime organizado vinculado ao narcotráfico como as principais vulnerabilidades a serem alvo das ações de redução da oferta de drogas. [...] (BRASIL, 2019)

Observa-se na avaliação destes pressupostos que a compreensão do narcotráfico sob um viés mais amplo, entendendo o poder econômico relacionado ao tráfico de drogas, sendo ainda importante entender a associação a outros crimes, como o crime organizado, o que seria impacto diretamente com o enfrentamento ao narcotráfico.

No que tange aos objetivos, a Política Nacional sobre Drogas (BRASIL, 2019), versa sobre o narcotráfico e as fronteiras

3. OBJETIVOS DA POLÍTICA NACIONAL SOBRE DROGAS

[...] 3.2. Conscientizar o usuário e a sociedade de que o uso, o uso indevido e a dependência de drogas ilícitas financia as organizações criminosas e suas atividades, que têm o narcotráfico como principal fonte de recursos financeiros. [...]

3.20. Combater o tráfico de drogas e os crimes conexos, no território nacional, com ênfase às áreas de fronteiras terrestres, aéreas e marítimas e ao crime organizado vinculado ao narcotráfico. [...](BRASIL, 2019)

Em relação aos objetivos nota-se que ações de sensibilização acerca das consequências do comércio de entorpecentes, o que este financia e como contribui para o uso e dependência, além de ser uma ferramenta de combate para o tráfico nas fronteiras do país.

Benevides e Prestes (2014, p. 39) esclarecem que esta política se revela uma ferramenta de segurança na prevenção aos prejuízos causados pelas drogas, além de contribuir para a antecipação de possíveis fenômenos ligados ao uso e comércio de drogas no país.

Neste sentido, é notado que a Política Nacional de Drogas se configura como uma estratégia ainda mais firme em relação à problemática das drogas, e quando analisada em particular, a situação das fronteiras e do narcotráfico, aponta para a amplitude da questão, uma vez que compreende tanto as causas quanto as consequências dos mesmos.

A Lei nº 13.840 (BRASIL, 2019) se apresenta igualmente importante quando trata do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, e esclarece sobre as competências da União no que tange às fronteiras, conforme

Art. 8º-A. Compete à União:

[...] XIII - adotar medidas de enfretamento aos crimes transfronteiriços; e

XIV - estabelecer uma política nacional de controle de fronteiras, visando a coibir o ingresso de drogas no País.(BRASIL, 2019)

É observado então que o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas ao apontar que é competência da União traçar ações voltadas para o combate ao crime nas regiões de fronteira, o que determina que devem ser estabelecidas em conformidade com as ações de narcotráfico nestes espaços.

Assim, a análise de políticas públicas voltadas para a segurança nas fronteiras do Estado do Amazonas deve ser realizada mediante a avaliação de diversos fatores, considerando desde as particularidades da Tríplice Fronteira até as legislações nacionais que amparam tais políticas.

Também se mostra pertinente atentar inclusive para questões acerca dos impactos nas relações internacionais estabelecidas entre o Brasil e outras nações, o que se apresenta como uma preocupação dos profissionais que atuam na área de segurança internacional.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento de estudos voltados para a compreensão das políticas públicas brasileiras no combate ao narcotráfico nas fronteiras do Estado do Amazonas aponta para a necessidade de compreensão de diversos aspectos que envolvem a problemática, desde a contextualização do narcotráfico, as implicações da tríplice fronteira e a apresentação da legislação nacional sobre o tema.

Foi possível compreender como se deu o processo de estabelecimento do narcotráfico em nível internacional, com a contextualização histórica e conceitual, o que exprime a relevância deste movimento considerando seus impactos econômicos e sociais, bem como a movimentação do mercado, a contribuição para o aumento da violência, entre outras questões.

No que tange ao reconhecimento das peculiaridades da Tríplice Fronteira notou-se que a localização da mesma se dá de forma estratégica para o escoamento da produção de entorpecentes da América Latina, o que favorece inclusive o narcotráfico internacional, pois com a entrada da mercadoria no Brasil o embarque para outros países fica mais favorecido.

Em relação às políticas públicas brasileiras voltadas ao combate do narcotráfico na tríplice fronteira foi observado que há uma série de leis voltadas para tal ação, destacando principalmente o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, o qual se apresenta como uma medida nacional neste contexto, buscando padronizar as ações e adequá-las em conformidade com a realidade de cada localização.

Ainda que seja percebido um esforço legal para o enfrentamento no narcotráfico, foi claramente observada a necessidade de investimentos na efetivação das políticas públicas neste processo, uma vez que ações concretas devem ser direcionadas para que as políticas saiam do plano burocrático e passem a vigorar de forma efetiva.

REFERÊNCIAS

BALIEIRO, Luiz Felipe de Vasconcelos. **Narcotráfico na Tríplice Fronteira entre Brasil, Peru e Colômbia: características e formas de combate.** (Dissertação) Mestrado Profissional. Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2014

BARBOSA, Cristiano Guimarães. O Sistema Integrado de Monitoramento de Fronteiras: Uma Ferramenta de Cooperação Regional. In: **Anais do I Congresso Brasileiro de Geografia Política e Gestão do Território.** 2014.

BENEVIDES, Pablo Severiano; PRESTES, Túlio Kércio Arruda. Biopolítica e governamentalidade: uma análise da Política Nacional sobre Drogas. **ECOS-Estudos Contemporâneos da Subjetividade**, v. 4, n. 2, p. 274-287, 2014.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988.** Casa Civil. Brasília: 1988.

BRASIL. **Decreto nº 8.793.** Fixa a Política Nacional de Inteligência. Poder Executivo. Brasília, 2016.

BRASIL. **Decreto nº 9.761**. Aprova a Política Nacional sobre Drogas. Secretaria Geral. Brasília, 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.840**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas e as condições de atenção aos usuários ou dependentes de drogas e para tratar do financiamento das políticas sobre drogas. Secretaria Geral. Brasília, 2019.

BUCHER, Richard; OLIVEIRA, Sandra RM. O discurso do "combate às drogas" e suas ideologias. **Revista de Saúde Pública**, v. 28, n. 2, p. 137-145, 1994.

CAMACHO, Salvador; HORSTICK, Olaf; SAX, Sylvia. Orphans of the Mexican drug war: insights on a public health challenge. **Revista Panamericana de Salud Pública**, v. 36, p. 94-100, 2014.

CÁRDENAS, Miguel Eduardo. Narcotráfico: Europa, Estados Unidos, América Latina. **Revista de Estudios Sociales**, n. 30, p. 124-127, 2008.

COUTO, Aiala Colares de Oliveira. Um problema de fronteiras: a amazônia no contexto do narcotráfico. In: COUTO, Aiala Colares de Oliveira (Org). **Amazônia, fronteiras, grandes projetos e movimentos sociais**. Belém, EDUEPA, 2019. p. 44-69.

EUZEBIO, Émerson Flavio. Fronteira e horizontalidade na Amazônia: as cidades gêmeas de Tabatinga (Brasil) e Leticia (Colômbia). **Acta Geográfica**, v. 8, n. 18, p. 1-19, 2015.

FAGUNDES, Flávia Carolina de Resende; RÜCKERTII, ALDOMAR ARNALDO. Entendendo a segurança fronteiriça, uma abordagem multiescalar: o caso da tríplice fronteira Brasil-Argentina-Paraguai. **Anais do**, v. 1, 2014.

FONSECA, Elize Massard; BASTOS, Francisco Inácio. Os tratados internacionais antidrogas e o Brasil: políticas, desafios e perspectivas. **Alarcon S, Jorge MAS, organizadores. Álcool e outras drogas: diálogos sobre um mal-estar contemporâneo. Rio de Janeiro: Fiocruz**, p. 15-42, 2012.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

GIMENEZ, Heloisa Marques et al. A Tríplice Fronteira como região: dimensões internacionais. **Brazilian Journal of Latin American Studies**, v. 17, n. 33, p. 148-167, 2018.

HAESBAERT, Rogério. **Viver no limite**. Rio de Janeiro: Bertrand, 2014.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos da metodologia científica**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MARTINEZ, Elias David; OLIVEIRA, Thulio Manoel. Políticas cooperativas de segurança e combate ao crime organizado na Tríplice Fronteira. **Journal of Iberian and Latin American Research**, p. 1-18, 2021.

MARTINS, G. A. **Manual para elaboração de monografias e dissertações**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MERZ, Fabien. Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime: Relatório Mundial sobre Drogas 2017. 2017. **SIRIUS-Zeitschrift für Strategische Analysen**, v. 2, n. 1, pág. 85-86, 2018.

MPE, Paraná. **Relatório Mundial sobre Drogas 2020**: Breves Considerações da Coordenação do Comitê do MPPR de Enfrentamento às Drogas. Coordenação do Comitê do Ministério Público do Estado do Paraná de Enfrentamento às Drogas. Curitiba, 2020.

NAIFF, Luciene Alves Miguez; NAIFF, Denis Giovani Monteiro. A favela e seus moradores: culpados ou vítimas? Representações sociais em tempos de violência. **Estudos e Pesquisas em Psicologia**, v. 5, n. 2, p. 107-119, 2005.

OLIVEIRA, Thays Felipe David; CARDOSO, Anna Karollinne Lopes. AS POLÍTICAS DE SEGURANÇA BRASILEIRAS NO COMBATE AO NARCOTRÁFICO NA TRÍPLICE FRONTEIRA AMAZÔNICA. **Revista de Estudos Internacionais**, v. 10, n. 2, p. 114-127, 2019.

PAIVA, Luiz Fábio S. As dinâmicas do mercado ilegal de cocaína na tríplice fronteira entre Brasil, Peru e Colômbia. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 34, n. 99, 2019.

PEREIRA, Nathalia Camargo; SANTOS, Leonardo Alexandre; CHAVES, Nathália de Cássia Félix. A securitização do narcotráfico colombiano: uma perspectiva construtivista. **Fronteira: revista de iniciação científica em Relações Internacionais**, v. 17, n. 34, p. 204-220, 2018.

PESSANHA, Emanuel Alexandre Moreira. O SISFRON e a base industrial de defesa. **Doutrina Militar Terrestre em Revista**, v. 1, n. 4, p. 74-79, 2013.

PROVDANOV, Cleber Cristiano; FREITAS, Ernani Cesar de. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

RIBEIRO, Andrea Rangel. O narcotráfico como uma questão de segurança internacional. **Encontro Nacional Associação Brasileira de Relações Internacionais, III**, 2011.

SANTANA, Adalberto. A globalização do narcotráfico. **Revista brasileira de política internacional**, v. 42, n. 2, p. 99-116, 1999.

SILVA, Gustavo Suarez. **A Política Nacional de Inteligência e suas Influências no Sistema de Inteligência de Defesa**. Monografia (Graduação em Altos Estudos de Política e Estratégia) Escola Superior de Guerra. Rio de Janeiro, 2017.

VALDEZ, Ariel Amador. As falácias discursivas do presidente Juan Orlando Hernández no juízo por narcotráfico do seu irmão Antonio "Tony" Hernández. **Revista revoluciones**, v. 3, n. 3, p. 14-26, 2021.

UMA ANÁLISE DA EXIGIBILIDADE DA VACINAÇÃO PARA PERMANÊNCIA LABORAL NA EMPRESA PRIVADA

JEFERSON SALDANHA E SILVA:
Graduando do Curso de Direito do
Centro Universitário Fametro.

MARCELO GRANGEIRO DE MATTOS
(orientador)

RESUMO: Este artigo tem o objetivo de analisar as consequências nas relações de trabalho para quem se recusar a ser vacinado e os seus efeitos no mundo jurídico advindos da sua regulamentação pela Lei nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública decorrentes do coronavírus responsável pelo surto desde fevereiro de 2020 no Brasil. O Legislador já entendeu ser constitucional a imposição da imunização por meio da vacinação, ao mesmo tempo que estabeleceu, nas ADIs 6586 e 6587, que essa compulsoriedade não deve ser confundida com vacinação forçada, mas que seria legítimo a existência de consequências práticas na vida privada do cidadão que se recusar a aderir à campanha nacional de imunização. Dessa forma, a pesquisa será conduzida tendo como basilar o aporte principiológico à luz da Constituição Federal e das normas da Organização Internacional do Trabalho, além das instruções normativas quanto ao limite da conduta adotada condicionar a obrigatoriedade da imunização do empregado de forma punitiva caso não o faça, para adentrar no espaço laboral da empresa.

PALAVRAS-CHAVE: Relações de Trabalho. Medidas de Enfrentamento. Imposição da Imunização. Consequências Práticas. Vacina Forçada.

INTRODUÇÃO

Em 31 de dezembro de 2019 a Organização Mundial da Saúde (OMS), deu o alerta sobre vários casos de pneumonia na cidade de Wuhan, na República Popular da China de uma nova cepa (tipo) de coronavírus que não havia sido identificada antes em seres humanos, confirmada em 7 de janeiro de 2020 pelas autoridades chinesas um novo tipo de coronavírus chamado de SARS-CoV-2 (Covid-19). Já o Brasil, teve a confirmação do primeiro caso importado do novo coronavírus em 26/02/2020, com sintomas clássicos da doença como febre, tosse seca, dor de garganta e coriza.

Em escala globalizada a pandemia de Covid-19 transformou o mundo e a forma de vida de todos os seus habitantes e partícipes da sociedade produzindo repercussões não apenas de ordem biomédica e epidemiológica, mas também impactos sociais, econômicos, políticos, culturais e jurisdicionais entre o empregado e o empregador onde as empresas precisam garantir um ambiente coletivo seguro, usando medidas que

garantam o direito a saúde, segurança e higiene do trabalhador e por isso podem incluir em seu PCMSO (Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional), tanto o uso de máscaras quanto a vacinação obrigatória, a última introduzida como forma de redução do avanço do vírus e diminuir os sintomas e agravamento da doença dos que contraírem a mesma.

Com o aparecimento dessas condições conflitantes, algumas perguntas buscam respostas como, quais seriam as consequências jurídicas por parte dos empregados e empregadores pela obrigatoriedade da imunização da vacina contra o Covid-19 para permanência dentro do ambiente laboral, até onde é o papel do Estado na intervenção da obrigatoriedade da vacinação a importância dos empregadores dentro do âmbito laboral para conscientização dos empregados sobre a imunização para manter o ambiente coletivo do trabalho saudável e seguro. Alguns doutrinadores do direito já se posicionaram validando que as normas não podem ser imposta como um padrão de acompanhamento e interpretação, mas também os princípios sociais e seus valores devam ser observados nessa seara, porém a Corte Suprema Federal (STF) obteve o papel de contribuir de certa forma, para o entendimento da confusão e da insegurança da compulsoriedade sobre a vacinação forçada poderia ser legítimo e quais seriam as consequências práticas na vida privada do cidadão que se recusar a aderir à campanha nacional de imunização.

Para explorar e contribuir nessa seara punitiva no ambiente jurídico brasileiro e nas relações de trabalho entre empregado e empregador no que tange a aceitação ou negação do imunizante da vacina para sua permanência dentro do ambiente Laboral, o Brasil promulgou a Lei Federal nº 13.979/2020, que dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do novo coronavírus, posteriormente a Lei Federal nº 14.006/2020 que trouxe relevantes alterações a mencionada legislação que contém previsão expressa para adoção compulsória de medidas sanitárias como a restrição de circulação de pessoas e coisas, exames, testes laboratoriais e, em especial, a vacinação que é o tema objeto do presente estudo, não podendo deixar ponderar o entendimento do Supremo Tribunal Federal quando analisou duas ações indiretas de inconstitucionalidade, a ADIn 6586 e 6587, que tratavam da vacinação contra a Covid 19 e, ainda, um recurso extraordinário, o ARE 1.267.879 onde o entendimento, unânime, foi de que o direito à saúde coletiva deve prevalecer sobre a liberdade de consciência e de convicção filosófica e recentemente o Ministro De Estado Do Trabalho e Previdência, homologou no Diário oficial da União uma Portaria MTP Nº 62 em 01 de novembro de 2021, considerando que a não apresentação de cartão de vacinação contra qualquer enfermidade está inscrita como motivo de justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, nos termos do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho.

1 DIREITO FUNDAMENTAL À PREVENÇÃO DO CORONAVÍRUS LEI Nº 13.979/2020

A Lei n. 13.979, de 06.02.2020 através do Presidente da República Jair Messias Bolsonaro, introduzida no ordenamento brasileiro com o intuito de implementar medidas específicas para o enfrentamento da crise provocada pela pandemia do Coronavírus, objetivando a proteção da coletividade populacional.

Em harmonia com as medidas declarada pela OMS, as respectivas medidas ora previstas como isolamento e quarentena, mostraram-se insuficientes para combater a propagação do vírus no Brasil, o que rapidamente foi necessário a adoção de novas medidas. A norma em questão cuidou de estabelecer, no parágrafo 3º do art. 3º, que seria considerada falta justificada ao trabalho o período de ausência dos empregados que estiverem submetidos às medidas previstas naquele artigo, como: isolamento; quarentena; exames médicos, testes laboratoriais, coletas de amostras clínicas, vacinação e outras medidas profiláticas ou tratamentos médicos específicos, todos de maneira compulsória e, por fim, estrição excepcional e temporária de entrada e saída do País, conforme recomendação técnica e fundamentada da ANVISA, por rodovias, portos ou aeroportos.

Com um desenfreado avanço da constatação da existência de transmissão comunitária viral no Brasil após a edição da norma fez com que os diversos entes da Federação, em especial governos estaduais e municipais, adotassem estratégias de distanciamento social como fechamento de escolas e parques, cancelamento de eventos, proibição temporária de cultos religiosos, entre tantas outras restrições a sociedade e a intervenção da relações comerciais e de trabalho com o fechamento do mercado, empresas e industriais.

Ao longo de todas as transformações desencadeadas em um curto espaço de tempo fez com que as responsabilidades e a gestão encontrada no seio da autonomia privada federal, fossem partilhadas precipuamente às partes contraentes pelo qual decidem se autorregular, porém, a quem se imputariam os riscos e a qual ente compete as decisões de legislar sobre a matéria.

Logo pode-se perceber que o operador do direito não poderia descurar a natureza dos valores e interesses em jogo em cada negócio, conseqüentemente distinguir entre contratos paritários e desiguais; entre vulnerabilidade patrimonial e existencial; entre bens e direitos disponíveis e indisponíveis; entre titularidades públicas e privadas; entre pessoas jurídicas e naturais; entre contratos de adesão ou de livre negociação e assim por diante.

Para os riscos patrimoniais pode-se falar em autonomia privada, pois admite-se que a vítima assumira os potenciais riscos existenciais que fossem objeto de disputa nessa negociação onde poderia causar manifesta violação à dignidade da pessoa humana através da Constituição Da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB), em seu artigo. 1º, inciso

III. Outro aspecto muito importante seria o equilíbrio funcional da relação em concreto, com fundamento na solidariedade social demonstrado no art. 3º, inciso I, da CRFB, para tantas complexidades das relações além da caracterização econômica, para que fosse merecedora de tutela à luz dos valores do ordenamento, fundamental que a equação contratual adequada para esse momento, independentemente do mérito de se ter efetivado uma melhor ou pior negociação, para repelir o desequilíbrio disfuncional no monte dessa balburdia jurisdicional.

1.1 Conceito e Previsão Legal no Direito do Trabalho

Declarado o estado de calamidade pública pelo Decreto Legislativo nº 6 em 20 de março de 2020 e em consequência da emergência de saúde pública oriunda da pululante contaminação da população pelo COVID19, criando estratégias para a preservação do emprego e da renda nos diversos setores da economia inclusive nas relações de trabalho através de medidas de urgência para que empresas não fossem fomentar ações de ilegalidade ante o descumprimento das normas vigentes e possíveis consequências a desaguar futuramente no Poder Judiciário, buscou-se normativos que alcançassem os empregados que não se recusassem ser imunizados pela vacina contra o Covid-19.

Logo a Portaria Conjunta Nº 20, de 18 de junho De 2020, veio estabelecer medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho orientações gerais, como citado no anexo I, 1.2.1 orientações ou protocolos que podem incluir a promoção de vacinação, buscando evitar outras síndromes gripais que possam ser confundidas com a COVID-19.

Por sua vez a Comissão Interamericana de Direitos Humanos em através de sua Resolução 1/2021, sob os auspícios da Relatoria Especial sobre Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais (REDESCA) e com o apoio da Relatoria Especial para a Liberdade de Expressão (RELE), em virtude das funções conferidas pelo artigo 106 da Carta das Organização dos Estados Americanos, em aplicação do artigo 41.b da Convenção Americana sobre Direitos humanos e o artigo 18.b de seu Estatuto, resolveu adotar as seguintes recomendações aos Estados membros na alínea c. Parte Resolutiva, em seu inciso IV. o Direito ao consentimento prévio, livre e informado:

16. Todas as vacinas contra a COVID-19 que o os Estados venham a aplicar devem contar com o consentimento prévio, livre e informado da pessoa que a recebe. Isso implica que toda pessoa tem direito a que os prestadores de serviços médicos forneçam informação sobre as vacinas contra a COVID-19 que possam receber. Essa informação deve ser oportuna, completa, compreensível, clara, sem tecnicismos, fidedigna e

culturalmente apropriada, devendo levar em conta as particularidades e necessidades específicas de cada pessoa.

A Lei 13.979/2020 específica, no seu artigo 3º, apenas a possibilidade de a vacinação ser obrigatória. Porém, nenhuma norma federal posterior tornou esta possibilidade em obrigação, até o momento. O STF considerou válida a aplicação da compulsoriedade da vacina, porém, sem entendimento que a aplicação dela, deva ser forçada a despeito de suas convicções filosóficas. (repercussão geral fixada no ARE 1267879/SP).

Nessa seara o ARE 1267879/SP trouxe em seu bojo pelo ilustríssimo a Presidência do Ministro Luiz Fux, na conformidade da ata de julgamento, por unanimidade de votos, apreciando o tema 1.103 da repercussão geral, onde negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator pela seguinte tese: "É constitucional a obrigatoriedade de imunização por meio de vacina que, registrada em órgão de vigilância sanitária, (i) tenha sido incluída no Programa Nacional de Imunizações ou (ii) tenha sua aplicação obrigatória determinada em lei ou (iii) seja objeto de determinação da União, Estado, Distrito Federal ou Município, com base em consenso médico-científico. Em tais casos, não se caracteriza violação à liberdade de consciência e de convicção filosófica dos pais ou responsáveis, nem tampouco ao poder familiar".

A luz da Constituição Federal de 1988 estabelece em seu art. 22 inciso I, que Compete privativamente à União legislar sobre condições de trabalho. Logo não há o que se falar em obrigatoriedade da vacinação, pelos entes estaduais, municipais ou Distrito Federal que queiram que esta norma alcance além dos aspectos sanitários, o direito trabalhista.

No que tange a Legislação Federal não há norma que possibilite a aplicação da justa causa ao empregado que se negue a tomar vacina consolidado na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), e pelo art. 482, deixa cristalino quais são as possibilidades de rescisão do contrato de trabalho pelo empregador nas seguintes causas:

Art. 482 - Constituem justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador:

a) ato de improbidade;

b) incontinência de conduta ou mau procedimento;

c) negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço;

- d)** condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena;
- e)** desídia no desempenho das respectivas funções;
- f)** embriaguez habitual ou em serviço;
- g)** violação de segredo da empresa;
- h)** ato de indisciplina ou de insubordinação;
- i)** abandono de emprego;
- j)** ato lesivo da honra ou da boa fama praticado no serviço contra qualquer pessoa, ou ofensas físicas, nas mesmas condições, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- k)** ato lesivo da honra ou da boa fama ou ofensas físicas praticadas contra o empregador e superiores hierárquicos, salvo em caso de legítima defesa, própria ou de outrem;
- l)** prática constante de jogos de azar.
- m)** perda da habilitação ou dos requisitos estabelecidos em lei para o exercício da profissão, em decorrência de conduta dolosa do empregado. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017).

Parágrafo único - Constitui igualmente justa causa para dispensa de emprego a prática, devidamente comprovada em inquérito administrativo, de atos atentatórios à segurança nacional. (Incluído pelo Decreto-lei nº 3, de 27.1.1966)

Considerando que a vacinação contra a Covid-19 não é obrigatória, querer aplicar a justa causa a um empregado que se utiliza dos meios de prevenção, mas se recusa a tomar a vacina, pode ensejar um enorme passivo trabalhista para o empregador logo não vai quer correr este risco, por cautela, logo o melhor caminho é evitar a aplicação da justa causa, e, se for o caso, fazer o desligamento imotivado (sem justa causa) do trabalhador.

A cerca dessa discussão que se permeou-se o julgamento pelo Supremo Tribunal federal das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 6586/DF e 6587/DF, julgado nos autos do processo nº 0106444-70.2020.1.00.0000, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, que pacificou o tema concernente a obrigatoriedade, ou não, de vacinação contra a Covid-19, firmando-se o julgado em espeque, a obrigatoriedade da

vacinação não contempla a imunização forçada, porquanto é levada a efeito por meio de medidas indiretas.

2 O PAPEL DO ESTADO NA IMUNIZAÇÃO A POSIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), já possui firmado e pacificado entendimento dos relatores nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586 e 6587, pelos ministros Ricardo Lewandowski e Luís Roberto Barroso, respectivamente de que a obrigatoriedade da vacinação é constitucional, sendo afastadas medidas invasivas, como o uso da força para exigir a imunização através das ações diretas de inconstitucionalidade que tratavam do tema, além de um recurso extraordinário.

No seu entendimento o eclesiástico Ricardo Lewandowski salienta que a saúde coletiva não pode ser prejudicada por pessoas que deliberadamente se recusam a ser vacinadas, acreditando que, ainda assim, serão egoisticamente beneficiárias de "imunidade de rebanho", no mesmo bojo o clérigo Luís Roberto Barroso que o direito à saúde coletiva, particularmente das crianças e dos adolescentes, deve prevalecer sobre a liberdade de consciência e de convicção filosófica.

Por sua vez o Estado pode determinar aos cidadãos a submissão compulsória, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020 poderá impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também ficou definido que os estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação.

2.1 Ação Direta de Inconstitucionalidade 6586 e 6587

As Ações Diretas de Inconstitucionalidade 6586/DF e a ADI 6587/DF tinham como objetivo a pretensão da Vacinação compulsória contra a covid-19 prevista na lei 13.979/2020 para alcançar a imunidade de rebanho, proteção da coletividade, em especial dos mais vulneráveis. Direito social à saúde. Proibição de vacinação forçada. Exigência de prévio consentimento informado do usuário. Intangibilidade do corpo humano. Prevalência do princípio da dignidade humana. Inviolabilidade do direito à vida, liberdade, segurança, propriedade, intimidade e vida privada. Vedação da tortura e do tratamento desumano ou degradante. Compulsoriedade da imunização a ser alcançada mediante restrições indiretas. Necessidade de observância de evidências científicas e análises de informações estratégicas. Exigência de comprovação da segurança e eficácia das vacinas. Limites à obrigatoriedade da imunização consistentes na estrita observância dos direitos e garantias fundamentais. Competência comum da união, estados, distrito federal e

municípios para cuidar da saúde e assistência pública . ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes.

I – A vacinação em massa da população constitui medida adotada pelas autoridades de saúde pública, com caráter preventivo, apta a reduzir a morbimortalidade de doenças infecciosas transmissíveis e a provocar imunidade de rebanho, com vistas a proteger toda a coletividade, em especial os mais vulneráveis. II – A obrigatoriedade da vacinação a que se refere a legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o expresse consentimento informado das pessoas. III – A previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas às quais se sujeitam os refratários observem os critérios constantes da própria Lei 13.979/2020, especificamente nos incisos I, II, e III do § 2º do art. 3º, a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”, bem como os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes. IV – A competência do Ministério da Saúde para coordenar o Programa Nacional de Imunizações e definir as vacinas integrantes do calendário nacional de imunização não exclui a dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para estabelecer medidas profiláticas e terapêuticas destinadas a enfrentar a pandemia decorrente do novo coronavírus, em âmbito regional ou local, no exercício do poder-dever de “cuidar da saúde e assistência pública” que lhes é cometido pelo art. 23, II, da Constituição Federal. V - ADIs conhecidas e julgadas parcialmente procedentes para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, III, d, da Lei 13.979/2020, de maneira a estabelecer que: (A) a vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela

decorrentes, e (i) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (ii) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (iii) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (iv) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (v) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência

No referido julgado nos autos do processo nº 0106444-70.2020.1.00.0000, de relatoria do Eminentíssimo Ministro Ricardo Lewandowski, pacificou-se o tema concernente a obrigatoriedade, ou não, de vacinação contra a Covid-19, firmando-se a seguinte tese:

A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, por exigir sempre o consentimento do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (I) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (II) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (III) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas; (IV) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade, e (V) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (B) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.

De acordo com os julgamentos apresentados a obrigatoriedade da vacinação a que se refere à legislação sanitária brasileira não pode contemplar quaisquer medidas invasivas, aflitivas ou coativas, em decorrência direta do direito à intangibilidade, inviolabilidade e integridade do corpo humano, afigurando-se flagrantemente inconstitucional toda determinação legal, regulamentar ou administrativa no sentido de implementar a vacinação sem o exposto consentimento informado das pessoas.

Cabe destacar que a compulsoriedade da vacinação, cujo marco legal foi institucionalizado pela Lei 6.259/1975, regulamentada pelo Decreto 78.231/1976, não contempla a imunização forçada, porquanto é levada a efeito por meio de sanções

indiretas, consubstanciadas, basicamente, em vedações ao exercício de determinadas atividades ou à frequência de certos locais (Portaria 597/2004 do Ministério da Saúde, arts. 4º e 5º) (1).

No caso do enfrentamento à pandemia causada pela COVID-19, a previsão de vacinação obrigatória, excluída a imposição de vacinação forçada, afigura-se legítima, desde que as medidas a que se sujeitam os refratários observem os critérios que constam da própria Lei 13.979/2020 (art. 3º, § 2º, I, II e III) (2), a saber, o direito à informação, à assistência familiar, ao tratamento gratuito e, ainda, ao “pleno respeito à dignidade, aos direitos humanos e às liberdades fundamentais das pessoas”.

E, assim como ocorre com os atos administrativos em geral, essas medidas indiretas precisam respeitar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de forma a não ameaçar a integridade física e moral dos recalcitrantes.

A vacinação universal e gratuita pode ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes.

Por fim, foi assentada a competência comum de todos os entes federados de promover a imunização da população, em mais uma demonstração do chamado federalismo de cooperação trazido pela Constituição Federal de 1988.

Quanto ao ARE 1267879, de relatoria do Ministro Luiz Roberto Barroso, o Supremo Tribunal Federal fixou tese de repercussão geral no sentido de não violar a liberdade de convicção religiosa ou filosófica a obrigatoriedade de imunização com vacina registrada no órgão competente e que tenha sua aplicação obrigatória determinada

2.3 Portaria MTP N° 620

A Portaria publicada em 01 de novembro de 2021, trouxe em seu teor a clareza acerca do desligamento por justa causa uma vez que dentro outros o Art. 193 da Constituição Federal estabelece que a ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais, logo a não apresentação de cartão de vacinação contra qualquer enfermidade não está inscrita como motivo de justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador, nos termos do art. 482 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, resolve:

Art. 1º É proibida a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de trabalho, ou de sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar, deficiência, reabilitação profissional, idade, entre

outros, ressalvadas, nesse caso, as hipóteses de proteção à criança e ao adolescente previstas no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, nos termos da Lei nº 9029, de 13 de abril de 1995.

§ 1º Ao empregador é proibido, na contratação ou na manutenção do emprego do trabalhador, exigir quaisquer documentos discriminatórios ou obstativos para a contratação, especialmente comprovante de vacinação, certidão negativa de reclamatória trabalhista, teste, exame, perícia, laudo, atestado ou declaração relativos à esterilização ou a estado de gravidez.

§ 2º Considera-se prática discriminatória a obrigatoriedade de certificado de vacinação em processos seletivos de admissão de trabalhadores, assim como a demissão por justa causa de empregado em razão da não apresentação de certificado de vacinação.

Logo o Art. 2º O empregador deve estabelecer e divulgar orientações ou protocolos com a indicação das medidas necessárias para prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho, incluindo a respeito da política nacional de vacinação e promoção dos efeitos da vacinação para redução do contágio da COVID-19.

Parágrafo único. Os empregadores poderão estabelecer políticas de incentivo à vacinação de seus trabalhadores.

Art. 3º Com a finalidade de assegurar a preservação das condições sanitárias no ambiente de trabalho, os empregadores poderão oferecer aos seus trabalhadores a testagem periódica que comprove a não contaminação pela Covid-19 ficando os trabalhadores, neste caso, obrigados à realização de testagem ou a apresentação de cartão de vacinação.

3 QUESTÃO DA VACINAÇÃO OBRIGATÓRIA, AS MITIGAÇÕES REGULATÓRIAS E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

A compulsoriedade da vacinação é mais uma das tantas questões que levam ao necessário equiponderação de princípios de igual estatura constitucional para se concluir sobre a sua obrigatoriedade ou não. Trata-se de desafio do intérprete constitucional a ser dirimido em prol do interesse público que norteia toda a atividade administrativa, em especial aquela afeta ao combate de uma pandemia de interesse e importância mundial.

Na clássica lição de Humberto Ávila, regras e princípios diferenciam-se entre si em razão do grau de abstração: princípios se mostram mais abstratos que as regras sendo

ambos, no entanto, normas jurídicas . De um lado estão os direitos de liberdade de consciência e de crença e do outro o direito à vida e a saúde de todos.

A princípio, não há hierarquia entre tais direitos, todos fundamentais pela letra constitucional, porém estando eles em conflito, como ocorre na análise da vacinação obrigatória de COVID-19, imperiosa se faz a aplicação da técnica de ponderação para se chegar a uma conclusão mais segura sobre quais princípios devem prevalecer.

A Luz desse sopesando é inegável que o interesse coletivo a vida e a saúde devem se propor aos interesses individuais de liberdade de crença, em especial quando a vacinação almeja atingir a chamada imunidade de rebanho que beneficiaria a todos os cidadãos. O Próprio legislador ao prever um verdadeiro interesse público intrínseco a vacinação ao mitigar aspectos regulatórios de aprovação da vacina pela ANVISA.

No inciso VIII do artigo 3º da Lei COVID que prevê a "autorização excepcional e temporária para a importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área de saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate à pandemia do coronavírus", desde que anteriormente aprovados por um dos órgãos estrangeiros listados na Lei.

Gabáveis na previsão contida no § 2º do artigo 3º da Lei Federal 13.979/20 no sentido de garantir o pleno direito a informação sobre os tratamentos a serem ministrados aos pacientes e a sua gratuidade.

Percebe-se, nessa linha, que a obrigatoriedade de vacinação, de forma compulsória, encontra respaldo constitucional, em especial diante da prevalência dos princípios da vida e da saúde em detrimento aos de liberdade de crença, valendo destacar, no entanto, que consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal a vacina obrigatória não é sinônimo de vacina forçada, garantido, assim, o direito de inviolabilidade do corpo e do domicílio.

3.1 Direito fundamental em tempos de coronavírus

A Constituição Federal (CF) de 1988, em seu art. 5º 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, e nos termos do inciso XXXVI, apresenta a seguinte escrita "a lei não prejudicará o direito adquirido, a coisa julgada e o ato jurídico perfeito e a coisa julgada" clássico de aplicação do princípio da segurança jurídica é o que nas palavras de José Afonso da Silva descreve:

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. (SILVA, J., 2006, p. 133).

O princípio da segurança jurídica apresenta o aspecto objetivo, da estabilidade das relações jurídicas, e o aspecto subjetivo, da proteção à confiança ou confiança legítima, este último originário do direito alemão, importado para a União Europeia e, mais recentemente, para o direito brasileiro sendo elevado à categoria de princípio de valor constitucional por interpretação do Tribunal Federal Constitucional em nome da proteção à confiança, manter os atos ilegais ou inconstitucionais, fazendo prevalecer esse princípio em detrimento do princípio da legalidade.

3.2 O Princípio da Precaução e Prevenção No Ambiente de Trabalho

Os princípios da prevenção e da precaução apresentam-se como instrumentais de todo o arcabouço principiológico do direito ambiental. O meio ambiente do trabalho, como aspecto do conceito amplo de meio ambiente, por óbvio, não poderia prescindir da influência desses dois princípios. Com efeito, "o meio ambiente, inclusive o do trabalho, é correlacionado diretamente na Constituição Federal ao bem objeto de direito sobre o qual incide o interesse da coletividade: a saúde humana" (DINIZ, 2009, p. 236) e toda a legislação constitucional, infraconstitucional, aliadas "às convenções internacionais, ratificadas no Brasil, procuram dar substrato para que o ambiente de trabalho apresente cada vez menos riscos e gere, por consequência, cada vez menos danos" (DINIZ, 2009, p. 237).

Assim, pode-se considerar que os princípios jurídicos são diretrizes gerais do ordenamento jurídico que constituem normas jurídicas cogentes com alto grau de abstração, que se prestam a fundamentar as demais normas, orientar a interpretação dessas bem como integrar as eventuais lacunas deixadas por elas.

A falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar medidas para evitar ou minimizar essa ameaça, Observando igualmente que a exigência fundamental para a conservação da diversidade biológica é a conservação in situ dos ecossistemas e dos habitats naturais e a manutenção e recuperação de populações viáveis de espécies no seu meio natural".

E na Convenção-quadro das Nações Unidas sobre a Mudança do Clima, no art. 3º, princípio:

As partes devem adotar medidas de precaução para prever, evitar, ou minimizar as causas da mudança do clima e mitigar seus efeitos negativos. Quando surgirem ameaças de danos sérios ou

irreversíveis, a falta de plena certeza científica não deve ser usada como razão para postergar essas medidas, levando em conta que as políticas e medidas adotadas para enfrentar a mudança do clima devem ser eficazes em função dos custos, de modo a assegurar benefícios mundiais ao menor custo possível. Para esse fim, essas políticas e medidas devem levar em conta os diferentes contextos sócio econômicos, ser abrangentes, cobrir todas as fontes, sumidouros e reservatórios significativos de gases de efeito estufa e adaptações, e abranger todos os setores econômicos. As Partes interessadas podem realizar esforços, em cooperação, para enfrentar a mudança do clima.

O princípio da precaução, como se vê, não propõe a proibição de atividades quando não houver certeza científica sobre suas consequências (diversamente do princípio da prevenção, que pode levar a essa proibição, quando as consequências assim recomendarem) e ressalva, ainda, o aspecto econômico das medidas a serem adotadas. Como se vê, o princípio da precaução enuncia, em si, a problemática do tratamento do risco: a adoção de medidas eficazes é, em si, um risco, na medida em que não se sabe se essas medidas são necessárias e podem ser custosas. Ainda, pela literalidade do princípio, não se deve adotar medidas de proteção com relação a consequências desconhecidas, se essas medidas forem excessivamente custosas.

Como se vê, em suas diferentes expressões, o princípio da precaução lida com o risco a partir de uma perspectiva de distribuição para outros sistemas, não de eliminação de riscos ou de produção de segurança: juridicamente, autoriza-se assumir determinados riscos (como o custo de medidas que podem não ser necessárias, entraves econômicos, desemprego, subdesenvolvimento científico), repassando, nesse sentido, o risco do sistema político para o sistema econômico, sob a promessa de que, assim, seriam evitados riscos ecológicos. No entanto, como já observado, o modo como se constrói o conhecimento sobre o ambiente é sempre frágil e dependente do recorte da observação: dada a imprevisibilidade das pressões evolutivas, evitar uma utilização mais ampla do plantio de transgênicos pode, justamente, vir a representar um risco ecológico maior ainda. Por exemplo: outros países fazem uso do plantio de transgênicos e a contaminação entre plantações pode ser inevitável, de modo que a decisão mais segura pode ser justamente ampliar as autorizações.

No ambiente jurídico o direito precisa atuar sob o conceito do conhecimento e ignorando que não pode se ver. Ao agir sob a presunção de certeza, corre-se riscos invisíveis. Nesse sentido, a prestação do princípio da precaução não é evitar um risco ao meio ambiente, mas legitimar esse risco para o caso de, no futuro, as decisões se mostrarem erradas ao longo do processo.

Milaré (2005, p. 165), comenta “que há juristas que se referem ao princípio da prevenção, enquanto outros reportam-se ao princípio da precaução. Há, também, os que usam ambas as expressões, supondo ou não diferença entre elas”. Em que pese, à primeira vista, aparentarem, ter o mesmo significado, são princípios diferentes, mesmo que, sutilmente, possuam correlação entre si, um é gênero e o outro, espécie. Sirvinskas (2008, p. 57), destaca:

[...] entendemos que a prevenção é gênero das espécies precaução e cautela, ou seja, é agir antecipadamente. Prevenção, como se pode notar, tem o significado de antecipar o fato. Já cautela significa a atitude ou cuidado que se deve ter para evitar danos ao meio ambiente ou a terceiros. O conceito de prevenção é mais amplo do que precaução ou cautela.

É inegável que tais princípios são normas fundamentais do direito ambiental e determinam o dever de priorizar medidas de proteção integral ao meio ambiente diante da impossibilidade da total reparação em caso de acidentes. Milaré (2005, p. 166), ao falar sobre o direito ambiental afirma que “sua atenção está voltada para momento anterior ao da consumação do dano - o do mero risco. Ou seja, diante da pouca valia da simples reparação, sempre incerta e, quando possível, excessivamente onerosa, a prevenção é a melhor, quando não a única, solução.”

A convenção nº 161 da OIT, também recepcionada pelo Brasil (Decreto-Legislativo nº 86/89 e Decreto nº 127/91), que versa sobre serviços de saúde do trabalho, segue nesse mesmo fundamento, ao dar prioridade em seu art. 1º, I e II, as funções essencialmente preventivas dos serviços de saúde no trabalho, que devem aconselhar o empregador, os trabalhadores e seus representantes na empresa sobre ao: I – requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho; II – a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhador.

CONCLUSÃO

A pandemia gerada pelo vírus da COVID-19 fez o mundo de forma forçado a criação de novos hábitos e se acostumar com um novo viver normal e de incertezas trazendo impactos que só o tempo poderá responder em todas as esferas sociais, econômicas, políticas, e jurisdicional nas novas relações desenvolvidas frente ao novo normal. Uma das soluções de forma preventiva para reduzir as proporções contágio e proliferação dos casos e redução dos números de cadáveres e pessoas sequeladas como sinal de esperança seria a imunização massiva com vacinas seguras, eficazes e determinantes para suavizar os efeitos devastadores no ciclo da vida, onde obrigou de forma acelerada e disruptiva a mudança de hábitos da sociedade dentro e fora de casa.

O combate a pandemia de COVID-19 inegavelmente trouxe desafios novos em todas as áreas do conhecimento e do condão do direito não poderia ser diferente, com a implementação no seu bojo de Leis Federal como a nº 13.979/2020, que lançou mão de diversos institutos clássicos do direito administrativo, que haviam caído no desuso, como forma de auxiliar os Administradores ao enfrentamento da emergência de saúde pública existente.

Novos modelos de contratação e requisição administrativa devido o estado de necessidade, suspensão temporária de circulação de bens e pessoas e compulsoriedade na realização de exames e tratamentos médicos, inclusive a imunização por meio e vacinas, foram expressamente previstos na legislação.

Logo sobrechega uma das possibilidades para evitar a continuidade da doença assim como a possibilidade de ser imunizado e conseqüentemente o questionamento acerca da constitucionalidade da vacinação compulsória, colocando em conflito os princípios da liberdade de crença e convicção filosófica, intangibilidade do corpo e inviolabilidade do domicílio de um lado e, de outro, a preservação da saúde e da vida, onde coube ao intérprete e, em especial, ao Supremo Tribunal Federal, no julgamento de ações constitucionais, realizar a necessária ponderação de interesses e princípios para fixar a compulsoriedade da vacina como forma de atendimento ao interesse público de erradicação do vírus responsável pela pandemia.

Portanto a obrigatoriedade da vacina, não pode ser entendida como vacinação forçada, pois o trabalhador ou qualquer pessoa, assumirá ou não o livre arbítrio garantido ao administrado a recusa em se submeter a imunização. Contudo, a recusa deve ser acompanhada de sanções indiretas a pessoa, como proibição de frequentar determinados lugares, exercer atividades, dentre outras, sempre com expressa previsão legal e objetivando o pleno atendimento ao interesse da coletividade que deverão ser aceitas de forma consciente pelos empregados e pessoas que não aceitarem a imunização pois o bem maior sendo a vida não pode ser sobreposta sobre a vontade unipessoal, e para viver essa legalidade na pandemia o mais assertivo é que os não vacinados façam isolamento e distanciamento social até o dia que decidirem viver o coletivo.

REFERÊNCIAS

AVILA, Humberto. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 20ª Edição. São Paulo: Editora Malheiros, 22/01/2021

BARROS, Alice Monteiro de. **Curso de Direito do Trabalho**. 11ª ed. São Paulo: LTr, 2017.

BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; MARANHÃO, Ney. **O Direito do Trabalho na crise da COVID-19**. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Cível Originária nº 3.385 Tutela Provisória**. Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça Eletrônico de 20.04.2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE nº 1267879**, Relator Ministro Luis Roberto Barroso, acórdão publicado em 17/12/2020 disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755520674>>. Acesso em: 10 out. 2021.

BRASIL. Decreto Legislativo Nº 6, De 2020. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 20 mar. 2020- edição extra C. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Decreto nº 127, de 22 de maio de 1991. **Convenção nº 161 da OIT**, da Organização Internacional do Trabalho - OIT, relativa aos Serviços de Saúde do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0127.htm>. Acesso em 01 out. de 2021.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. As medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019 **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 07 fev. 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 16 mai. 2021.

BRASIL. Lei nº 14.006, de 28 de maio de 2020. Altera a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 mai. 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14006.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. Lei Nº 14.124, de 10 de março de 2021. As medidas excepcionais relativas à aquisição de vacinas e de insumos e à contratação de bens e serviços de logística, de tecnologia da informação e comunicação, de comunicação social e publicitária e de treinamentos destinados à vacinação contra a covid-19 e sobre o Plano Nacional de Operacionalização da Vacinação contra a Covid-19. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 10 mar. 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.124-de-10-de-marco-de-2021-307745858>> . Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Portaria Conjunta Nº 20, de 18 de junho De 2020. As medidas a serem observadas visando à prevenção, controle e mitigação dos riscos de transmissão da COVID-19 nos ambientes de trabalho (orientações gerais). (Processo nº 19966.100581/2020-51). **Diário**

Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 19 jun. 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-conjunta-n-20-de-18-de-junho-de-2020-262408085>>. Acesso em: 19 set. 2021.

BRASIL. Portaria MTP Nº 620, de 01 de novembro De 2021. O MINISTRO DE ESTADO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA, no uso das atribuições que lhes conferem o Decreto nº 10.761, de 2 de agosto de 2021, e o inciso II do parágrafo único do art. 87 da Constituição. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 01 nov. 2021. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-mtp-n-620-de-1-de-novembro-de-2021-356175059>>. Acesso em: 10 nov. 2021.

BRASIL. Portaria Nº 2.789, de 14 de Outubro De 2020. As medidas de proteção para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do Coronavírus (Covid-19), no âmbito das unidades do Ministério da Saúde no Distrito Federal e nos Estados. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 out. 2020. Disponível em: <<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-2.789-de-14-de-outubro-de-2020-284007012>>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6586 / DF e ADI 6587 / DF**. Questões de alta complexidade, grande impacto e repercussão | covid-19. Direito da saúde | pública | vigilância sanitária e epidemiológica. Relator Ministro Ricardo Lewandowski, acórdão publicado em 04 mar. 2021.

DE BRITTO PEREIRA, Ricardo José Macedo; DA SILVA ROMANI, Luana. **Impactos da vacinação contra o covid-19 no contrato de trabalho**. Vacina Como Medida Essencial De Combate À Pandemia, p. 211.

FELICIANO. Guilherme G. **A vacina contra a covid-19 nas relações de trabalho**. São Paulo-SP, 18 mai. 2021. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/a-vacina-contr-a-covid-19-nas-relacoes-de-trabalho/>. Acesso em: 18 out. 2021.

MARÇAL, Liliana de Almeida F.S. e MARÇAL, Thiago F.S. Marçal. O acordo de honra como fato gerados dos atos normativos extraordinários editados pela agência reguladora dos serviços públicos essenciais no período da pandemia da Covid-19. In: Revista do Advogado – **Impactos da COVID-19 no Direito**. Nº 148, dez/2020, São Paulo: AASP Editora, 2020.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Não submissão a medida contra coronavírus pode ser crime Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/nao-submissao-a-medida-contr-a-coronavirus-pode-ser-crime> Acesso em: 07 out. 2021.

No Direito do Trabalho, bem ambiental envolve a vida do trabalhador Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-20/reflexoes-trabalhistas-direito-trabalho-bem-ambiental-envolve-vida-trabalhador>. Acesso em: 18 out. 2021.

OEA. **As vacinas contra a COVID-19 no âmbito das obrigações interamericanas de direitos humanos**. Resolução 1/2021. Aprovada pela CIDH em 6 de abril de 2021 Disponível em: <<https://www.oas.org/pt/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-21-pt.pdf>>. Acesso em: 19 set. 2021.

OPAS. **Brasil confirma primeiro caso de infecção pelo novo coronavírus**. 26 fevereiro de 2020. Disponível em: <<https://www.paho.org/pt/node/69303>>. Acesso em: 17 set. 2021.

OPAS. **Histórico da pandemia covid-19**. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 15 set. 2021.

Plataforma Base Covid-19 e os Reflexos no Direito do Trabalho: **uma construção colaborativa das bibliotecas da Justiça do Trabalho**. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5418>. Acesso em: 21 mar. 2021.

Princípio da prevenção e princípio da precaução Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/356/edicao-1/principio-da-prevencao-e-principio-da-precaucao> Acesso em: 10 out. 2021.

Relação empregatícia e um possível problema diante da vacina do covid-19 no brasil. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_1287_1313.pdf. Acesso em: 23 abr. 2021.

SCAFF, Fernando Facury e GUIMARÃES, Raquel Lamboglia. Impactos da COVID na Lei de Responsabilidade Fiscal in: **Direitos em Tempo de Crise COVID-19**. Volume IV, São Paulo: QuartierLatin, 2020.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2006.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. Manual de Direito Ambiental. 6. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

Trabalhador que se recusa a ser vacinado contra a COVID-19 pode ser demitido por justa causa? Disponível em: <<http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/justa-causa-recusa-vacina-covid-19.htm>>. Acesso em: 21 out. 2021.

Trabalho, saúde e vulnerabilidade na pandemia de COVID-19. Disponível em: <https://www.scielosp.org/article/csp/2020.v36n12/e00178320/> Acesso em: 13 mar. 2021.

VIDIGAL, Luiz Antônio M. **O direito do trabalho e o direito à preservação da vida em tempos de pandemia**. Revista do Tribunal do Trabalho da 2. Região: N. 25 (2021), 2021.

ALIMENTOS GRAVÍDICOS EM FACE DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL NA UNIÃO HOMOAFETIVA

ANTONIO ALVES FURTADO:
Bacharelado em Direito pelo
Centro Universitário Fametro –
CEUNI FAMETRO

RESUMO: Esta pesquisa tem por finalidade arrazoar acerca da possibilidade da fixação de alimentos gravídicos em virtude de inseminação artificial na união homoafetiva prevista no ordenamento jurídico pátrio, em especial na Lei 11.804/08 que regulamenta a prestação de alimentos gravídicos e dá outras providências, atribui ao suposto pai do nascituro o dever de prestar os referidos alimentos. Este estudo ainda objetiva contribuir com desenvolvimento de uma visão mais profunda e especializada sobre o tema em comento, ampliando as opções de atuação dos profissionais do direito nas questões em foco. A vistoria se desenvolveu por meio da revisão literária, formulação da problemática da pesquisa, hipóteses levantadas, pressupostos e argumentos teóricos, apresentação da metodologia de pesquisa, TCC da mesma área do conhecimento. Concluiu-se por meio da presente pesquisa que os alimentos gravídicos são indispensáveis para garantir ao nascituro, mesmo concebido de forma artificial, bem como a mulher gestante, que comprove tal necessidade, o direito à saúde, à dignidade humana e conseqüentemente à vida.

PALAVRAS-CHAVE: Alimentos Gravídicos. União Homoafetiva. Inseminação Artificial.

ABSTRACT: The purpose of this research is to reason about (in) the possibility of pregnancy food due to artificial insemination in same-sex union provided for in the Brazilian legal system, in particular in Law 11.804/08 which regulates the provision of pregnant food and provides other measures, attributes to the alleged father of the unborn child the duty to provide the aforementioned food. This study also aims to contribute to the development of a deeper and more specialized view on the subject under discussion, expanding the options for action of legal professionals on the issue in focus. The survey was developed through literary review, formulation of the research problem, raised hypotheses, assumptions and theoretical arguments, presentation of the research methodology, in the same area of knowledge. It was concluded through this research that pregnant foods are essential to guarantee the unborn child, even artificially conceived, as well as the pregnant woman, to prove such need, the right to health, human dignity and, consequently, to life.

KEYWORDS: Pregnant foods. Homoaffective union. Artificial insemination.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. ALIMENTOS GRAVÍDICOS: 2.1 Conceito de alimentos Gravídicos; 2.2 Legitimidade Ativa; 2.3 Legitimidade Passiva; 3 POSSIBILIDADE DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS EM FACE DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIEL NA UNIÃO HOMOAFETIVA: 3.1 Conceito de União homoafetiva; 3,2 Inseminação Artificial; 3.3 Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial. 4. Conclusão. 5. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como finalidade examinar a possibilidade de prestação de alimentos gravídicos em face de inseminação artificial na união homoafetiva, bem como verificar o meio pelo qual este se configura, conforme o que preconiza a Lei e o entendimento doutrinário.

Com a delimitação, pretende-se responder ao problema: É cabível a prestação dos alimentos gravídicos na união homoafetiva? Parte-se da hipótese de que é cabível a prestação de alimentos gravídicos na união homoafetiva visto que a Lei 11.804/08 é dispositivo que garante à mulher grávida, mesmo que a gestação seja resultado de inseminação artificial, e ao nascituro direito a prestação de alimentos.

Para melhor entendimento das questões levantadas nesta pesquisa, serão abordados na primeira sessão: conceito dos alimentos gravídicos, legitimidade ativa e passiva para requerer prestação de alimentos gravídico, tomando como base a Lei 11.804/08, os estudos e análise da bibliografia de fontes primárias e secundárias (doutrinas em geral, artigos científicos, dissertações de mestrado, teses de doutorado, etc.) A segunda sessão: verifica o conceito de união homoafetiva, inseminação artificial e aspectos jurídicos da inseminação artificial.

A abordagem do tema é relevante porque busca discutir a respeito do possível direito a alimentos gravídicos em virtude de inseminação artificial na união homoafetiva, tendo em vista que a maioria da população não tem conhecimento desse direito para promover dignidade à mulher grávida e a criança que está em formação.

A motivação para a escolha do tema consiste na grande relevância dos alimentos gravídicos para suprir os gastos com a gestação pelo fato de muitas mulheres grávidas serem abandonadas por seus companheiros que, ao saber da gestação, se recusam a assumir a paternidade de forma a não lhes prestar assistência alguma. Portanto, é necessário a intervenção do Poder Judiciário para garantir a devida assistência à essas gestantes.

Foi utilizado o método de pesquisa dedutivo, pesquisas teóricas, qualitativas, material bibliográfico, análise da legislação além das doutrinas que tratam do tema para responder se pode ser atribuído a um dos cônjuges homoafetivos o dever de prestar

alimentos gravídicos previsto na Lei 11.804/08, quando não existir um suposto pai, quando a criança for filha de um doador desconhecido que cedeu o material para o casal homoafetiva.

2 ALIMENTOS GRAVÍDICOS

Conforme Madaleno (2017, p. 1.144) um dos direitos fundamentais mais importante da pessoa humana é a possibilidade de ter recursos suficientes para suprir suas muitas necessidades de forma a garantir a sobrevivência. Tendo em vista a impossibilidade de muitas pessoas não poderem se manter por conta própria em razão de doença, idade, falta de trabalho ou incapacidade para o trabalho, os alimentos são então a garantia do direito à vida de quem deles necessitar.

A prestação de alimentos gravídicos, por sua vez, tem por finalidade atender as necessidades da mulher grávida para que possa ter uma gestação saudável, dando condições para que o nascituro possa se desenvolver com segurança até o nascimento. A Lei 11.804/08 regulamenta tal direito e a forma como será exercido e dá outras providências (BRASIL, 2008).

Assim, durante todo o período da gestação a mulher grávida tem direito a alimentos que devem ser pagos pelo suposto pai com vistas a manutenção constitucional da vida da genitora e do nascituro.

2.1 Conceito de Alimentos Gravídicos

De forma geral, alimentos gravídicos são tudo aquilo que se mostra indispensável e necessário para a manutenção da vida. Porém, os seres humanos possuem muitas outras necessidades além dos alimentos.

Um dos direitos objetivos mais pleiteados na justiça brasileira é a prestação de alimentos. Tendo em vista sua grande importância para a sobrevivência dos alimentandos foi criada a lei para garantia desse direito Dias (2016, p. 142).

Conforme ensina Madaleno (2017, p. 1.154) por serem indispensáveis para a sobrevivência das pessoas, os alimentos podem ser requeridos por meio de tutela antecipada antecedente ou incidental, conforme preconiza os artigos 303 e 304 do CPC. A petição inicial deverá conter o pedido cumulada com o pedido de prestação de alimentos em caráter definitivo no mesmo processo.

Da leitura do artigo 6º da Lei 11.804/08, entende-se que:

A prestação de alimentos gravídicos tem por finalidade atender necessidades da mulher gestante para que possa ter uma gestação saudável, dando condições para que o nascituro

possa se desenvolver com segurança até o nascimento. Tal Lei regulamenta o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências (BRASIL, 2008).

Conforme o entendimento de Madaleno (2017, p. 1.203) a Lei dos alimentos gravídicos foi responsável por dar origem à teoria concepcionista pelo fato de garantir de forma expressa o direito de alimentos ao nascituro. Tal direito não está limitado ao nascimento da criança com vida, mas está garantido desde de a concepção.

Ensina ainda Madaleno:

Os alimentos gravídicos representam uma pensão alimentícia reclamada pela gestante para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes no período compreendido entre a concepção e o parto, inclusive as despesas referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, conforme prescrição médica (art. 2º da Lei n. 11.804/2008), pois não seria justo que apenas a gestante arcasse com os custos e as responsabilidades da gravidez. Os alimentos gravídicos são devidos a partir da concepção e não após a citação do réu, como chegou a ensaiar o texto vigente que neste ponto merece veto presidencial, para obviar manobras que evitassem a citação do devedor de alimentar (MADALENO, 2017, P. 1.203).

Juridicamente, se houver vínculo entre as partes, estará comprovada a obrigação de prestar alimentos se o alimentante tiver condições para tanto.

Os alimentos são para arcar com necessidades de que o alimentado não consegue supri-las por si só.

Preconiza o artigo 1.695 do Código Civil: São devidos alimentos quando quem os pretende não tem bens suficientes nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção, e aquele, de quem se reclamam pode fornecê-los, sem desfalque do necessário ao seu sustento (BRASIL, 2002).

Em se tratando de nascituro, os alimentos são garantidos por Lei desde a concepção até o nascimento (NUNES, 2013, p. 1 - 2).

Dessa forma, a prestação de alimentos gravídicos, tem por finalidade atender as necessidades da mulher grávida para que possa ter uma gestação saudável, dando condições para que o nascituro possa se desenvolver plenamente até o dia do parto.

2.2 Legitimidade Ativa

Existem divergências entre os doutrinadores quanto ao legitimado para figurar no polo ativo da ação de alimentos gravídicos, visto que, para alguns doutrinadores quem tem legitimidade para requerer a referida prestação é a mulher grávida, para outros o legitimado é o nascituro.

Apesar das divergências, atualmente, a legitimidade ativa para propor ação de prestação de alimentos gravídicos é da mulher grávida, mas suas simples declarações não são o suficiente para o deferimento do pedido.

Nesse rumo, ensina Freitas (apud MASSARA; JORGE, 2012):

Informada na lei através de fatos, testemunhas, cartas, e-mails, entre tantas outras provas lícitas que puder trazer aos autos, lembrando que ao contrário do que pugnam alguns, o simples pedido da genitora, por maior necessidade que há nesta delicada condição, não goza de presunção de veracidade ou há uma inversão do ônus da probatório ao pai, pois este teria que fazer (já que não possui o exame pericial como meio probatório) prova negativa, o que é impossível e refutado pela jurisprudência.

Conforme ensina Dias (2016, p. 114) é dever da mulher gestante indicar os indícios que apontem a suposta paternidade, bem como a dependência da prestação dos alimentos gravídicos que sejam habituais ou não, como por exemplo, a necessidade de tratamento médico especializado provocado por problemas genéticos.

Antes da Lei dos alimentos gravídicos, já era possível ingressar em face do pai, sendo que, se o mesmo fosse devidamente reconhecido como genitor, deveria contribuir com as despesas da gestação.

Com o advento da referida Lei 11.804/08 conhecida como Lei dos alimentos Gravídicos, não é mais necessário o reconhecimento da paternidade para o reconhecimento desse direito, basta ter provas suficientes da suposta paternidade para indicar o provável genitor do nascituro (FREITAS, 2012, p. 88).

Desta maneira, a gestante tem legitimidade para cobrar do suposto pai a prestação de alimentos gravídicos que, poderão ser requeridos retroativamente. Ou seja, poderão ser deferidos os alimentos desde a concepção até o momento do parto e não da comprovação da gestação. Após o parto, converte-se automaticamente em pensão alimentícia (BRASIL, 2008).

2.3 Legitimidade Passiva

A partir do momento em que são assegurados o direito do nascituro, surge a obrigação do suposto pai, e a necessidade de se impor alimentos com efeito retroativo (SOUSA, 2010, p. 33). Assim, o provável genitor da criança é o legitimado passivo para figurar na ação de alimentos.

No entanto, Madaleno (2017, p. 1.210) afirma que é dever de ambos os pais promover com absoluta prioridade o sustento dos filhos garantindo-lhes o direito à vida e a saúde física, além de saúde mental, alimentação, educação, lazer, profissionalização, cultura, dignidade, e outros direitos fundamentais.

Porém, se for comprovado por meio de exame de DNA realizado após o nascimento da criança que o réu não é o pai, o mesmo poderá ajuizar contra a autora, uma ação com pedido de indenização por danos morais, caso o suposto pai tenha sofrido, além dos danos patrimoniais, dano moral.

Nesse sentido, o artigo 186 do Código Civil de 2002 diz: "Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imperícia, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito " (BRASIL, 2002).

A inovação do art. 186 do Código Civil tornaria indenizável praticamente todas as hipóteses de improcedência da ação, pois evidentemente age, no mínimo com culpa, a mulher que atribui prole a quem não é verdadeiro pai. A responsabilidade civil por apenas culpa, sob pena de violação do princípio do acesso à justiça. Temerárias com esta consequência as pessoas certamente não se animariam à propositura de ações judiciais. A meu ver, somente diante de prova inconcussa e irrefragável da má-fé e do dolo seria cabível ação de indenização, a autora tinha motivos para desconfiar que o réu fosse o pai do nascituro, à medida que manteve relações sexuais com ele no período da concepção, não há falar-se em indenização (BARROSO, apud MASSARA, 2012).

O artigo 927 do Código Civil de 2002, afirma que se alguém causar dano a outrem, é obrigado a repará-lo.

Ainda, o artigo 927 do Código Civil de 2002, em seu parágrafo único determina que a obrigação de reparar o dano independe de culpa, nos casos em que a lei especificar, ou quando houver riscos aos direitos de outrem ocasionados pela atividade normalmente desenvolvidas pelo autor (BRASIL, 2002).

Assim sendo, não restam dúvidas de que a autora da ação que pede a prestação de alimentos gravídicos poderá ser obrigada a pagar indenização por danos morais ao suposto pai da criança, visto que o mesmo tem direito a reparação pelos danos sofridos nos casos em que a paternidade não seja confirmada, demonstrando que as alegações e provas apresentadas pela mãe não se confirmar

3 POSSIBILIDADE DE ALIMENTOS GRAVÍDICOS EM FACE DE INSEMINAÇÃO ARTIFICIAL NA UNIÃO HOMOAFETIVA

A obrigação de prestar alimentos tem por base a solidariedade humana e econômica que deve prevalecer entre os componentes de uma família ou parentes, percebe-se um dever legal de auxílio entre os membros da família (ARNALDO RIZZARDO, 2008, p. 125).

Conforme afirma Dias (2016, p. 253) o Estado tem a imprescindível obrigação de assegurar o direito à vida por ser esta o mais importante dos direitos fundamentais.

O direito à sobrevivência está associado à dignidade da pessoa humana, dessa forma é possível conceituar a natureza jurídica dos alimentos como um direito da personalidade tendo em vista que além de assegurar o direito à vida, garante também o direito à integridade física dos membros da família.

Nesse sentido, afirma Flávio Tartuce (2016, p. 125) os tribunais brasileiros têm decidido no sentido de que o direito a alimentos gravídicos é legítimo. Dentre os Tribunais que decidem nesse sentido destaca-se o Tribunal Mineiro cuja decisão pode -se verificar abaixo:

Alimentos. Provisórios. Redução. Inconveniência. Profissional liberal. Dificuldade na produção de prova robusta. Credora que aguarda nascimento do filho do devedor. Necessidade de assegurar conforto à mãe e ao nascituro. Tratando-se de profissional liberal, não se há exigir a produção de prova robusta para alicerçar a fixação dos alimentos sob pena de se inviabilizar o seu recebimento por aquele que deles necessita, isentando o devedor da obrigação que o ordenamento jurídico lhe impõe. A credora dos alimentos que aguarda o nascimento de uma criança, filha do devedor, precisa de um mínimo de conforto material para que sua saúde e a do nascituro não sejam comprometidas. Logo, reduzir a verba alimentar que, em princípio, não se apresenta elevada, é colocar em risco a vida de duas pessoas. Nega-se provimento ao recurso” (TJMG, Agravo 1.0000.00.207040-7/000, Araxá, 4.ª Câmara Cível, Rel. Des. Almeida Melo, j. 1.º.03.2001, DJMG 05.04.2001). O artigo 227 da CF/88, preconiza que a criança ou adolescente como membros da entidade familiar, tem direito a proteção, garantias e defesas, bem como garantia aos direitos fundamentais.

Afirma o artigo 227 da Constituição Federal que:

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

Desta forma, a criança e o nascituro têm garantidos os seus direitos conforme o entendimento acima. Por mais que não seja garantido que a criança nasça com vida, existe uma grande possibilidade de nascer com vida, por essa razão a Lei garante os direitos do nascituro desde a concepção, conforme o artigo 2º do Código Civil de 2002.

Todos os seres humanos necessitam de meios para sobreviver, mesmo o nascituro sendo um ente concebido com grande expectativa de vida, tem direito a condições necessárias para se desenvolver com saúde e segurança até o seu nascimento.

Segundo Madaleno (2013, p. 853) um dos principais direitos fundamentais de uma pessoa seria o direito à sua sobrevivência, motivo pelo qual o crédito alimentar é um meio ideal para suprir as necessidades de subsistência de uma pessoa, representando um compromisso dos parentes com o alimentando.

Por conseguinte, os alimentos são indispensáveis à subsistência dos seres humanos, sendo um direito do nascituro, sem importar o meio pelo qual foi concebido.

Portanto, entende-se que a prestação de alimentos gravídicos é uma obrigação legal bem como um direito que se estende também, aos casais homoafetivos tendo em vista sua equiparação à entidade familiar.

3.1 Conceito de União Homoafetiva

De acordo com Lobo (2019, p. 86) para família homoafetiva ser reconhecida como entidade familiar tem que “preencher os requisitos de afetividade, estabilidade e ostensividade”, além disso, “ter escopo de família” (86). Assim, a partir dos princípios jurídicos, a familiar é um instrumento de atributo da pessoa humana, tornando assim, sem importância o gênero ou orientação sexual de seus componentes.

Nesse rumo, Madaleno afirma que:

Consolidou o STF a jurisprudência que já vinha sendo assentada por diversos tribunais brasileiros, inclusive pelo Superior Tribunal de Justiça, que, em significativo voto proferido após o julgamento pelo STF da ADPF n. 132 e da ADI n. 4.277, no REsp. n. 1.085.646/RS, 84 reconheceu como entidade familiar uma parceria homoafetiva, à qual atribuiu os devidos

efeitos jurídicos, como por igual tem se manifestado a doutrina brasileira, com realce para Paulo Lobo que dez anos antes vaticinava a inclusão das uniões homoafetivas no conceito de entidade familiar do artigo 226 da Constituição Federal, antevendo que a ausência de lei regulamentando essas uniões não impedia sua existência, 85 como idêntico destaque merece a luta incansável e sem tréguas desenvolvida por igual tempo por Maria Berenice Dias na defesa da união homoafetiva e do acesso ao casamento homoafetivo como legítima expressão da dignidade da pessoa humana. 86 (MADALENO, 2017, P. 71).

Percebe-se da leitura da decisão do STF citada acima que, a união homoafetiva tem status de entidade familiar e, se tratando de família, cada membro possui compromisso com os demais, formando o que o Código Civil denomina de comunhão plena de vida, onde todos compartilham suas experiências e se responsabilizam pelo bem-estar mútuo (BRASIL, 2002).

Sobre este assunto Dias (2016, p. 213) ensina que existem atualmente várias formações familiares tendo como base de formação a afetividade, que a definição de família com o tempo se formou de variadas e diversas formatações que vão além do previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, Madaleno explica que:

Embora muitos países reconheçam e admitam as parcerias civis, inclusive o casamento entre homossexuais, equiparando seus relacionamentos aos de uma típica entidade familiar com integral proteção estatal, estranhamente ainda sobejam restrições quanto ao pleno reconhecimento dos efeitos jurídicos das uniões entre casais do mesmo sexo, como notadamente esse preconceito podia ainda ser visivelmente identificado na adoção de crianças por casais homoafetivos. Ao menos desde o advento da Carta Política de 1988, a sociedade brasileira vivencia a identificação de uma nova forma de conjugalidade presente há muito tempo em outros países e agregada ao Direito brasileiro com o reconhecimento jurisprudencial da pluralidade de modelos familiares (MADALENO, 2017, p. 69).

Atualmente, a ideia de família abrange o casamento ou união estável, que se constitui por pessoas do sexo oposto ou pessoas do mesmo sexo.

Isto posto, os companheiros homoafetivos têm o direito à prestação de alimentos gravídicos em caso de rompimento da relação. Isso porque o vínculo afetivo forma uma comunidade familiar, na qual devem ser observados os princípios da dignidade humana e solidariedade familiar.

O artigo 2º da Lei 11.804/08 indica o que são alimentos gravídicos:

Art. 2º. Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que seja dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive os referentes a alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas e indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinente (BRASIL, 2008).

O artigo 6º da Lei 11.804/08 dispõe que: Convencido da existência de indícios da paternidade, o juiz fixará alimentos gravídicos que perdurarão até o nascimento da criança, sopesando as necessidades da parte autora e as possibilidades da parte ré (BRASIL, 2008).

Assim, os alimentos gravídicos serão fixados, desde que estejam presentes os pressupostos que convenceram o juiz acerca do suposto pai.

De acordo com o artigo 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 enfermidades” (BRASIL, 1988).

Dessa forma, a prestação de alimentos gravídicos visa suprir as necessidades da mulher grávida, mesmo aquelas que vivem em união homoafetiva, visto que a mesma precisa de acompanhamento médico, alimentação adequada, entre outras necessidades até o nascimento da criança.

3.2 Inseminação Artificial

As uniões homoafetivos se tornaram comum nos dias atuais, e os que vivem nessa modalidade de união, vem conquistando gradativamente os seus direitos apesar da discriminação que sofrem.

Em função de direitos e garantias já conquistados, os casais homoafetivos sentiram-se mais seguros e confiantes para se utilizarem de métodos artificiais para tentarem tornar realidade o desejo de ter filhos.

O primeiro caso de reprodução humana artificial bem-sucedida que se tem notícia data de 1.779. Na ocasião o médico especialista em reprodução humana John Hunter fez que uma mulher que queria engravidar, mas que não era possível a gestação de forma natural, se utilizou do sêmen do marido depositando-o diretamente na cavidade uterina da mulher provocando então a desejada gestação. Entretanto, é mister deixar claro que pode ser usado além do sêmen do marido também o de um doador (CARVALHO, 2014, p. 132).

Afirma Madaleno (2017, p. 703) uma das formas de inseminação artificial é pela união do sêmen ao óvulo de forma artificial com o objetivo de procriação tendo em vista

a incapacidade de gestação natural. Tal procedimento ocorre com a introdução do sêmen diretamente no útero. Mas, é preciso deixar claro que esse método de reprodução artificial humana, não garante a fecundação visto que poderá não ocorrer a fusão do óvulo com o espermatozoide.

Conforme os ensinamentos de Dias:

Existem duas formas de inseminação artificial: homóloga e heteróloga. Na inseminação artificial homóloga, o material genético pertence ao par. É utilizada nas situações em que o casal possui fertilidade, mas não é capaz de provocar a fecundação por meio do ato sexual. A gravidez de mulher casada de inseminação artificial leva à suposição de que o marido é o cedente de espermatozoide, pois gera presunção de paternidade (CC 1.597). Mesmo depois do falecimento do cônjuge, persiste a presunção de paternidade, quando são usados embriões excedentários (CC 1.597, IV). Na inseminação heteróloga, o esperma é doado por terceira pessoa. É utilizado nos casos de esterilidade do marido. Tendo havido prévia autorização, também se estabelece a presunção *pater est* (CC 1.597, V), ou seja, como o cônjuge concordou de modo expresso com o uso da inseminação artificial, assume a condição de pai do filho que venha a nascer (2013, p. 223).

De acordo com Carvalho (2014, p. 131) fica evidente que a inseminação homóloga e heteróloga são distintas. A reprodução humana também pode ser possível por meio da inseminação *in vitro*, cuja técnica é fecundar o óvulo de forma artificial para depois ser implantado no organismo da mulher. Por outro lado, no caso da inseminação artificial, os espermatozoides são injetados no útero da mulher ocorrendo então a fecundação.

A forma mais comum dos seres humanos se reproduzirem é por meio de relacionamento sexual. No entanto, existem muitos casais heterossexuais que não conseguem se reproduzir de forma natural. Além desses, há casais homoafetivos que desejam ter filhos. Para realizar o sonho desses casais os médicos podem se utilizar das técnicas de inseminação artificial.

A realização de inseminação artificial heteróloga, ou seja, onde um doador, de livre e espontânea vontade, doa o seu sêmen, tem tornado possível a realização desse sonho, e muitos casais homossexuais já podem ser pais.

A questão que deve ser resolvida é se a companheira, no caso de separação, poderá ser responsabilizada por fornecer alimentos gravídicos ao nascituro, visto que está

não poderá ser considerada suposto pai. Além disso, ainda existem muitas divergências doutrinárias sobre o tema.

Assim sendo, não restam dúvidas de que é possível que um casal homoafetivo, por meio da reprodução artificial, possa realizar o desejo de ter uma família completa com a geração de filhos.

3.3 Aspectos Jurídicos da Inseminação Artificial

A inseminação artificial consiste principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana, devidamente previsto na CF/88, priorizando também o direito à personalidade, haja vista que tais princípios estão ligados ao direito à liberdade, à vida e à igualdade. Além disso, os direitos de reprodução, a Política Nacional de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, busca a garantia do direito de reprodução entre os casais.

Nesse sentido, Gama explica que:

No Direito brasileiro, há norma constitucional que expressamente cuida do planejamento familiar, estabelecendo liberdade de decisão do casal acerca deste assunto, desde que respeitados os princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, e impondo o dever estatal de fornecer recursos educacionais e científicos para o exercício da tal direito. É proibida a adoção de qualquer mecanismo coercitivo por parte das instituições oficiais ou privadas para que se implemente o planejamento familiar³⁶. Tais regras estão previstas no § 7º do art. 226 do texto constitucional, sendo que em 1996 sobreveio a Lei nº 9.263/1996, que passou a regular, em nível infraconstitucional, normas a respeito do planejamento familiar, não mais restritas ao casal, mas também ao homem e à mulher, individualmente considerados. De acordo com o tratamento normativo fornecido por esta Lei, pode-se depreender o reconhecimento de existência do direito de qualquer pessoa (homem ou mulher) ao planejamento familiar, incluindo a adoção de técnicas de fertilização para que haja a reprodução humana, o que conduz à constatação de que a lei autoriza a mono parentalidade obtida via procriação assistida (2008, p. 07).

Conseqüentemente, conclui-se que todos são iguais perante a Lei e merecem ser respeitadas a dignidade e a liberdade da pessoa humana.

Sobre este assunto afirma Vilas Bôas (2013, p. 314) que:

Transportado o pensamento da trilogia “homem, sociedade, espécie (ou natureza)” para a família, torna-se necessária a ampliação e alargamento do conceito da família, que enfrenta, entre outras, uma nova estrutura de organização, novos vínculos parentais (ou não); convivência de personagens recentes que surgem das novas

entidades familiares e das inovadoras técnicas de “reprodução humana assistida”; todas, desafiando a compreensão e a efetividade de direito que para harmonizar as realidades apontadas enfocar, por exemplo, a criança que é fruto de inseminação artificial produzida, a partir do material genético ofertado por doador desconhecido

Logo, a possibilidade de realizar inseminação artificial, entre outras conquistas como o casamento entre pessoas do mesmo sexo e que garantem a dignidade da pessoa humana, com o passar do tempo provocou a ampliação do conceito de família.

4 CONCLUSÃO

Esta pesquisa buscou esclarecer se é cabível a prestação de alimentos gravídicos previsto na Lei 11.804/2008, nos casos em que o nascituro e filho de casal homoafetivos é fruto de inseminação artificial, tendo em vista a garantia dos direitos do nascituro desde a concepção e, que a Lei não faz distinção entre uma criança gerada de forma natural e as geradas por meios artificiais.

Conceituou-se alimentos como sendo tudo o que for imprescindível para garantir a manutenção da vida da mulher e do nascituro, bem como sua importância para atender as necessidades da gestante e do ente que está sendo gerado de modo a proporcionar à mulher grávida e a criança que está sendo gerada, os meios adequados para uma gestação segura até o nascimento da criança.

Apontou-se também, a legitimidade ativa e passiva nas ações de prestação de alimentos gravídicos. Tem-se como sujeito ativo nas ações de alimentos gravídicos a mulher grávida que não necessita apresentar provas da paternidade, o juiz decide com base nos indícios e narrativas prestados pela interessada. Uma vez convencido da suposta paternidade, depois de examinar as alegações da interessada, deferirá o pagamento de alimentos gravídicos retroativos a data da concepção.

O sujeito passivo é o suposto genitor da criança que por força de decisão proferida em juízo, terá que pagar alimentos à gestante desde a concepção até o dia do parto.

Porém, a Constituição Federal /88 atribui a ambos os pais o dever de prover aos filhos todo o sustento necessário, caso não se confirme a paternidade a autora da ação de alimentos gravídicos poderá ser condenada a pagar indenização por danos morais ao suposto pai da criança.

Discorreu-se também sobre a união homoafetiva, inseminação artificial e seus respectivos aspectos jurídicos.

Entendeu-se que a união homoafetiva é uma relação de afeto entre pessoas do mesmo sexo que tem status de entidade familiar e cada membro dessa família compartilham suas responsabilidades e devem buscar o bem comum de todos os seus membros, inclusive podem requerer alimentos uns dos outros desde que comprovada tal necessidade.

Nesse sentido, é dever legal e uma questão de solidariedade entre os membros da entidade familiar, além de um direito do nascituro, mesmo dos que são gerados artificialmente, a devida assistência econômica que lhes assegura uma vida com o mínimo de dignidade.

Além disso, a inseminação artificial se tornou comum nos dias atuais e, amparados pelo ordenamento jurídico pátrio, os casais homoafetivos recorrem a essas técnicas de reprodução humana para realizarem o desejo de ter filhos.

O direito de reprodução humana artificial é uma questão que atende ao princípio da dignidade da pessoa, além do direito à personalidade, à liberdade, à vida e à igualdade devendo ter uma atenção especial das autoridades competentes no sentido de promover as devidas políticas públicas para a garantia e proteção de tais direitos.

Portanto, entende-se que é cabível a prestação de alimentos gravídicos em face de inseminação artificial na união homoafetiva tendo como finalidade atender à mulher gestante e ao nascituro em suas carências até o dia do nascimento da criança.

5 REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei 11.804/08, de 05 de novembro de 2008. **Disciplina o direito a alimentos gravídicos e a forma como ele será exercido e dá outras providências.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11804.htm. Acesso em 18 abr. 2021.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Institui o Código Civil. Disponível em: Acesso em:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 13 abr. 2021.

CARVALHO, Rogério J. Britto de. **Inseminação artificial:** reprodução assistida: aspectos polêmicos e legislação constitucional e infraconstitucional. Revista Síntese Direito de Família, São Paulo, SP, v. 15, n. 86, p.130-140, nov. 2014.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. Editora Revista dos Tribunais. São Paulo. 11ª Edição. 2016.

FREITAS, Douglas Phillips. **Alimentos gravídicos**: comentários à Lei 11.804/2008. 3. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2012. GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito de família.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **Filiação e reprodução assistida**: introdução ao tema sob a perspectiva do direito comparado. 2008. Disponível em: Acesso em: 26 abr. 2021.

LOBO, Paulo. **Direito**: Família. 9º ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MASSARA, Geruza Ramos; JORGE, Alan de Matos. Alimentos gravídicos: responsabilidade civil da genitora decorrente da negativa de paternidade. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 101, jun 2012. Disponível em: Acesso em 22. Abr. 2021.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 5. ed. rev. atual. a ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8º ed. Ver. Atual. e ampl. Rio de Janeiro: 2017

NUNES, Bruna Carolino Rodrigues. **Alimentos gravídicos**: aspectos históricos e jurídicos. 2013. Disponível em: Acesso em: 05 mai. 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de família**: lei nº 10.406, de 10.01.2002. 6. ed. rev. e atual Rio de Janeiro: Forense, 2008.

SOUSA, Roberta Tassinari de. 2010. **Análise crítica sobre a lei de alimentos gravídicos e a insegurança trazida ao suposto pai**. Disponível em: <<http://www.pergamum.univale.br/pergamum/tcc/Analisecriticasobrealeidealimentosgravidicoseainsegurancatrazidaaosupostopai.pdf>> Acesso em: 21 mai. 2021.

VILLAS BÔAS, Regina Vera. **A dupla maternidade garantida às companheiras em união estável homoafetiva**: criança concebida por inseminação artificial (paternidade desconhecida) por uma das companheiras e requerida em adoção unilateral pela outra companheira. *Revista de Direito Privado*, São Paulo, v. 14, n. 55. Set. 2013.

DIREITO DO NASCITURO

ADRINO TADEU GÓES DE SOUZA FILHO:

Graduando no Curso de Direito pelo Centro Universitário Faculdade Metropolitana de Manaus - FAMETRO.

RESUMO: O presente estudo tem a capacidade de mostrar como o nascituro, mesmo ainda não sendo considerada pessoa, já tem seus direitos angariados e salvaguardados desde a concepção. Para tanto, são-lhe assegurados o direito à vida, ao pecúlio e a ser respeitado moralmente, contraindo, contudo, o aborto. Entretanto, nesse diapasão tem-se a discussão a respeito da interrupção da gravidez quando o embrião é anencéfalo, até onde caso, vai o direito deste nascituro e até onde vai o direito da saúde da gestante. Todavia, o presente vem com o escopo de proteger segundo a teoria concepcionista, os direitos desse ser que como é sabido não terá vida, mas, que concebido de forma in vivo ou in vitro já é detentor de personalidade desde a concepção.

Palavras-chave: Direitos; Nascituro; Vida; Anencéfalo.

ABSTRACT: The present study has the ability to show how the unborn child, even not being considered a person, already has their rights collected and safeguarded from conception. For that, they are assured the right to life, to annuity and to be morally respected, contracting, however, abortion. However, in this tuning fork there is a discussion about the interruption of pregnancy when the embryo is anencephalic, as far as the case goes, the right of this unborn child and as far as the right to the health of the pregnant woman goes. However, the present comes with the scope of protecting, according to the conceptionist theory, the rights of this being who, as is known, will not have life, but who, conceived in an in vivo or in vitro manner, already holds personality from conception.

Keywords: Rights; Unborn; Life; Anencephalic.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DIREITO DO EMBRIÃO E DO NASCITURO. 1.1. TEORIA CONCEPCIONALISTA. 1.2. TEORIA GRADUALISTA OU DESENVOLVIMENTALISTA. 1.3. TEORIA DA NIDAÇÃO. 1.4. TEORIA NATALISTA. 2. O NASCITURO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO. 3. DIREITO A VIDA. 4. DIREITO A ALIMENTOS. 5. DIREITO A REPRESENTAÇÃO E RECEBER DOAÇÃO. 6. INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

A ordem jurídica assegura o direito à vida de todo e qualquer ser humano, antes mesmo do nascimento, punindo o aborto e protegendo os direitos do nascituro, este embora não seja considerada pessoa, tem a proteção legal dos seus direitos desde a concepção segundo a teoria concepcionista, a qual é adotada pela segunda parte do Artigo 2º do Código Civil /2002.

Tem-se que o nascimento com vida não é condição para a conquista da tutela dos direitos da personalidade e sim, frise-se, estes direitos já estão garantidos desde a concepção, seja in vivo ou in vitro.

Sendo assim, corresponde ao nascituro direito à vida e não sobre a vida, assim como a todos os direitos inerentes a ela desde a concepção, sendo eles proteção contra o aborto, proteção material e moral.

Todavia, relaciona-se também na esteira desse entendimento o direito da gestante em prol de uma gestação segura e saudável, quando o fruto da concepção traga riscos à saúde psíquica e física da mesma, é o caso da gestação de risco, exemplo é o feto anencefálico, isso porque a anencefalia é uma das mais graves má-formações fetais congênitas, incompatível com a vida extra-uterina, a qual por teoria ainda distorcida da Doutrina gera o aborto por estado de necessidade ou aborto eugênico.

Isso posta, o objetivo do presente artigo é discutir a questão da anencefalia fetal, a situação jurídica a que se submete este caso, bem como os direitos do nascituro que venham a apresentar esta patologia.

A estrutura do trabalho está dividida inicialmente em relacionar as teorias quanto aos direitos do nascituro, a relação do mesmo com o Código Civil de 2002, a questão do aborto terapêutico e finalmente o contexto mais abrangente da problematidade da anencefalia fetal.

1 DIREITO DO EMBRIÃO E DO NASCITURO

Em questão do art. 2º do Código Civil diga que "a personalidade civil começa do nascimento com vida", a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido direitos aos ainda não nascidos. Recurso Especial 1.415.727, o ministro disse que é garantida aos ainda não nascidos a possibilidade de receber doação (artigo 542 do CC) e de ser curatelado (artigo 1.779 do CC), além da especial proteção do atendimento pré-natal (artigo 8º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

1.1 Teoria Concepcionista

Para a teoria concepcionista não é necessário o nascimento com vida para adquirir personalidade condicionada, pois não é necessário o nascimento com vida para adquirir

personalidade jurídica. Esta teoria define o começo da vida quando ocorre a fertilização do ovócito pelo espermatozóide, ou seja, desde a concepção (NEVES, 2012, p. 34). Portanto. Os nascituros possuem direitos desde a sua concepção.

Segundo esta teoria, o nascituro, ainda no útero, sem necessidade ter nascido com vida poderá receber alimentos, herdar herança, ser parte em ações judiciais, neste último ato representado pelo pais, além disso, pode ter seus direitos resguardados.

Para Silvio Rodrigues (2009, p.37):

Nascituro é o ser já concebido, mas que ainda se encontra no ventre materno. A lei não lhe concede personalidade, a qual só lhe será conferida se nascer com vida. Mas, como provavelmente nascerá com vida, o ordenamento jurídico desde logo preserva seus interesses futuros, tomando medidas para salvaguardar os direitos que com muita probabilidade, em breve serão seus.

Conforme, Silvio de Salvo Venosa (2008,p123):

O nascituro é um ente já concebido que se distingue daquele que não foi ainda concebido e que poderá ser sujeito de direito no futuro, dependendo de uma prole eventual; isso faz pensar na noção de direito eventual, isto é, um direito em mera situação de potencialidade para o que nem ainda foi concebido. É possível ser beneficiado em testamento o ainda não concebido.

Os nascituros serão protegidos pelo princípio da dignidade da pessoa, além disso, terão todos os direitos de personalidade protegidos, sendo assistidos pelo Constituição federal.

No caso dos embriões "in vitro", aqueles que ainda não foram colocados no útero materno e permanece congelados, a doutrina acredita que ainda não podem ser considerados sujeitos de direito e nem assegurados pela teoria convencionalista, logo não possuirão personalidade jurídica, apenas poderão receber proteção contra manipulação arbitrária, porém, ao serem implantados e virarem nascituros, poderão exercer os direitos que lhe são assegurados.

1.2 Teoria Gradualista ou Desenvolvimentalista

Para esta doutrina, no início de seu desenvolvimento o ser humano passa por uma série de fases: pré-embrião, embrião e feto. Sendo que, em cada fase o novo ente em formação apresenta características diversas.

Salienta essa teoria que não há vida humana desde a concepção e o embrião, ainda, não tem caráter humano, sendo comparado a um mero aglomerado celular.

Sobre essa teoria, explica Meirelles (2000, p. 114): “Entendem os adeptos da referida teoria, que o embrião humano, nas etapas iniciais do seu desenvolvimento, não apresenta ainda caracteres suficientes a individualizá-lo e, desse modo, identificá-lo como pessoa”.

Destarte para as desenvolvidas a vida humana vai merecer respeito a medida de seu desenvolvimento, devendo ele ser gradativo e conforme o desenvolvimento embrionário e fetal.

1.3 Teoria da Nidação

O fenômeno conhecido como nidação é a fixação do produto da concepção no útero materno, a partir do qual, se iniciará o processo para a formação de todos os anexos necessários para o desenvolvimento.

Para os defensores da teoria na nidação, somente seria possível reconhecer a vida de um embrião, depois que fosse superada essa etapa de seu desenvolvimento. Nas palavras de Cristiane Beuren Vasconcelos:

Essa teoria apregoa que somente a partir da nidação (fixação) do ovo no útero materno é que começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa, de fato, a vida. Tendo em vista que esta fase começa em torno do sexto dia quando começam a ocorrer as primeiras trocas materno-fetais e termina entre o sétimo e o décimo segundo dia após a fecundação pela doutrina na nidação do ovo enquanto este estágio evolutivo não for atingido, existe tão-somente um amontoado de células, que constituiriam o alicerce do embrião.

Sendo assim, a vida se iniciaria alguns dias após a concepção, e não no exato momento dessa, como apregoa a teoria convencionalista.

1.4 Teoria Natalista

Esta teoria é aquela onde só adquire personalidade jurídica após o nascimento com vida, adotada pelo código civil. Segundo esta doutrina, o nascituro não é considerado pessoa de direitos e somente tem uma expectativa de direitos, desde a sua concepção. Pontes de Miranda, citada por Sergio Addalla Semião, em sua obra: Os direitos do nascituro: aspectos civis, criminais e do biodireito, traz o seguinte ensinamento:

No útero, a criança, ainda é considerada pessoa, sem não nasce vida, nunca adquiriu direitos, nunca foi sujeito de direitos, (...). Todavia, entre a concepção e o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal

que se tem de esperar o nascimento, o ser vivo pode achar-se em situação tal que se tem de esperar o nascimento para se saber se tem algum direito, pretensão, ação, ou exceção lhe deveria ter tido. Quando o nascimento se consuma, a personalidade começa (MIRANDA Apud SEMIÃO, 2000, p.42).

Portanto, segundo a teoria natalista, nem o nascituro ou o embrião “In vitro” seriam considerados sujeitos de direitos e não possuem direitos tutelados pela lei.

No que se refere a teoria natalista também cabe mencionar, Stolze e Pamplona Filho afirmam que:

No instante em que principia o funcionamento do aparelho cardiorrespiratório, clinicamente aferível pelo exame de docimasia hidrostática de Galeno, o bebe adquire personalidade jurídica, tornando-se sujeito de direito, mesmo que venha a falecer minutos depois (PAMPLONA FILHO; STOLZE, 2007, p. 81).

Porém, se para adquirir personalidade é necessário nascer com vida, o simples fato de “poder nascer” deve ser protegido visto que cabe ao direito atuar de forma preventiva na defesa dos direitos fundamentais. Cabe ao estado zelar pelos direitos garantidos ao nascituro.

2 O NASCITURO NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO

O Código Civil de 2002 trata do início da personalidade em seu artigo 2º, cujo conteúdo formado por duas orações peca por contradição, em que sua parte inicial adere à teoria natalista “nascimento com vida”, para assegurar os direitos ao nascituro, e sua parte final à teoria concepcionista, onde segue o seguinte: “Poe a salvo desde a concepção os direitos do nascituro”, ou seja, traz ao mesmo, tutela aos seus direitos, sejam eles materiais, morais, patrimoniais, desde a concepção.

Segundo o autor Sergio Abdala Semião, temos que:

Os direitos do nascituro, para não afrontarem o caráter universal dos direitos do nascido, para não contradizerem a 1ª parte do Artigo 2º do C., e para protegerem seus prováveis interesses durante o período da gestação, restringem-se e limitam-se àqueles que são especificadamente previstos na lei. É a taxatividade dos direitos do nascituro (SEMIÃO, 2000, p.68).

Nesse contexto, a respeito dos direitos salvaguardados ao nascituro, e que não dependem do nascimento com vida, Silmara A. Chinelato (2000, p.197) tece o seguinte

comentário: “direito à vida, à integridade física, à saúde – direitos absolutos, erga omnes – e o direito a alimentos”. Desse contexto, pode-se concluir que tais direitos são pertencentes ao ente concebido, embora ele ainda não esteja nascido, mas desde a concepção adquirente de direitos personalíssimos.

3 DIREITO A VIDA

Segundo a ilustre autora Maria Helena Diniz, em sua renomada obra sobre o estado atual do biodireito, em capítulo específico sobre direito ao nascimento, são apontados os seguintes ensinamentos:

Se o embrião ou feto, desde a concepção, é uma pessoa, tem direito à vida, (...). Se o feto pudesse falar, perguntaria: porque não tenho direito de nascer? Urge que a humanidade progrida, caminhando na direção de princípios que permitam ao homem ser cada vez mais homem, vendo respeitado o seu direito fundamental, intocável e inalienável à vida e, conseqüentemente, o seu direito de nascer (DINIZ, 2001, p.29).

Assim nascituro é pessoa, desde a concepção, seja ela in vivo ou in vitro, tem o mesmo direito de viver, assim como todos os outros direitos a ele assegurados pela teoria concepcionista.

Nesse direito de viver, a que todos são expostos, o Artigo 7º do ECA (Estatuto da Criança e do Adolescente), assim dispõe:

A criança e o adolescente têm direito à proteção à vida e a saúde, mediante efetivação de políticas públicas que permitam o nascimento e o desenvolvimento sadio e harmonioso, em condições dignas de existência.

Quando se fala em condições dignas de existência digam-se também dignas desde a concepção.

O Pacto San José da Costa Rica, ratificado no Brasil em setembro de 1992, citado por Silmara A. Chinelato (2000, p.299), estabelece no Capítulo II (Direitos Cíveis e políticos), Artigo 4º - Direito à vida: “1. Toda pessoa tem direito a que respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente”.

É nessa dogmática, que se reflete sobre a arbitrariedade de se privar a vida, ou seja, a problematidade do aborto em face de aspectos relativos à tutela de outros valores jurídicos, como a saúde física da gestante, por exemplo.

Leciona o Catedrático de Direito Civil da Universidade de Perugia – Espanha, Adriano de Cupis (1961, p.63), com respeitáveis palavras em sua obra: Os Direitos da Personalidade, a respeito do direito à vida: “dizer que se tem direito à vida equivale a dizer que se tem um direito sobre a vida.”

Quando se analisa esse direito à vida, elencado por De Cupis, pode-se ajustar também, a relação que tem a gestante quando do direito à vida, o mundo jurídico ainda não é majoritário em uma opinião, mas o que deve-se prezar com toda certeza, é que se há riscos a gestante, ela deve ser preservada, não é portanto, uma arbitrariedade, mas sim uma preservação de uma vida que poderá gerar outra vida, quando de uma gestação resultar perigos à vida, é nesse caso que se permite o aborto necessário, que segundo o Código Penal, em seu Artigo 128 dispõe:

Art. 128 - Não se pune o aborto praticado por médico:

Aborto necessário

I - se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

Na esteira desse entendimento, é que se conclui que o direito de nascer e a temática do aborto, provocam bastante polêmica no mundo jurídico, o que se espera é que se encontre uma solução geral, legítima, justa e compatível com a dignidade humana e que esta prevaleça sobre a falsa, ilegítima e injusta.

4 DIREITO A ALIMENTOS

Leciona Pontes de Miranda (2009, p. 346): O dever de alimentos em favor do nascituro pode começar antes do nascimento e depois da concepção, pois antes de nascer, existem despesas que tecnicamente se destinam à proteção do concebido e o direito seria inferior à vida se acaso recuasse atendimento a tais relações entre inter-humanos, solidamente fundadas em exigências de pediatria.

A Carta Magna se ateve a tutelar garantias fundamentais do homem e previu em seu artigo 5, caput, o amparo ao direito à vida, como clausula pétrea. Nos ensina Moraes (2001, p. 20):

O início da mais preciosa garantia individual deverá ser dado pelo biólogo, cabendo ao jurista, tão somente, dar-lhe um enquadramento legal, pois do ponto de vista biológico a vida se inicia com a fecundação do óvulo pelo espermatozóide, resultando o ovo ou zigoto. Assim, a vida viável, começa com a nidação, quando se inicia a gravidez (...).

Levando em conta a Teoria Concepcionista, observamos que o nascituro a partir da concepção tem direito e legitimidade para pleitear ação de alimentos.

O ordenamento jurídico ampara o nascituro assegurando-lhe a vida através da possibilidade de receber alimentos, inclusive o pagamento de todas as despesas ao seu nascimento. Como despesas indispensáveis ao seu nascimento, temos a 25 assistências médica cirúrgica, pré-natal, dieta adequada, enxoval e despesas relativas ao parto.

A Declaração Universal de Direitos Humanos rege que: "Direito à Vida: 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente..." (Declaração Universal Dos Direitos Humanos, art. 4º - Pacto de São Jose da Costa Rica).

Venosa (2007) entende ser possível a prestação alimentar ao nascituro, já que a lei protege a concepção do mesmo. Observa-se no Estatuto da Criança e do Adolescente, alguns dispositivos que deixa margem a proteção ao nascituro, incluídos como destinatário de suas normas protetivas. Esta observação confirma-se através da leitura de alguns artigos da Lei 8.069/90:

Artigo 7º "estabelece que a criança tem direito à proteção de sua vida e saúde, cumprindo às políticas sociais públicas garantir-lhe o nascimento sadio".

Nesse diapasão, já que a lei garante o nascimento sadio à criança, definitivamente deverão ser proporcionadas as condições necessárias para a sobrevivência do nascituro antes mesmo do seu nascimento.

Em seu artigo 2º se especifica o limite até onde será abrangido as obrigações pelos valores fornecidos dos alimentos gravídicos, forem eles, despesas adicionais do período de gestação ocasionados entre a concepção e o parto, contendo as despesas medicas, gastos com alimentação específica, medicamentos e tudo que o magistrado compreender relevante: existe no parágrafo único uma ênfase na prestação efetuada pelo pai que deve ser não apenas estipulada por este, mas sim pela mãe também, observando a condição financeira de cada um.

Art. 2º Os alimentos de que trata esta Lei compreenderão os valores suficientes para cobrir as despesas adicionais do período de gravidez e que sejam dela decorrentes, da concepção ao parto, inclusive as referentes à alimentação especial, assistência médica e psicológica, exames complementares, internações, parto, medicamentos e demais prescrições preventivas e terapêuticas indispensáveis, a juízo do médico, além de outras que o juiz considere pertinentes. Parágrafo

único. Os alimentos de que trata este artigo referem-se à parte das despesas que deverá ser custeada pelo futuro pai, considerando-se a contribuição que também deverá ser dada pela mulher grávida, na proporção dos recursos de ambos.

Em suma a obrigação alimentar de fato se concretiza na concepção do feto no ventre materno, logo, produzindo um vínculo entre o futuro genitor em relação a gestante, para auxílios, observando que o direito leva em consideração vulnerabilidade durante a gestação, para isso se sancionou os subsídios gestacionais, para resguardar aquele que ainda não nasceu enfatizando a dignidade humana e acima de tudo a vida.

Sendo assim, nota-se que a pessoa a qual são destinadas as normas protetivas não é a mãe, mas a criança que a de vir ao mundo, tornando-se sujeito de direitos, adquirindo personalidade, independente das discussões existentes a respeito do assunto.

Ensina Tepedino (1999, p. 22 apud QUEIROZ, 2030, 3):

[...] espera-se tão-somente que tais modestas reflexões, que não excluem - antes recomendam - o seu aprofundamento, tampouco que não esgotam todos os possíveis argumentos no sentido de sua 26 conclusão, possam contribuir para o aprimoramento da discussão acerca da personalidade do nascituro, sem perder de vista a necessidade da interpretação sistemática do ordenamento jurídico, sempre à luz do texto maior da Constituição.

O nascituro tem assegurada sua representação assim como os filhos já nascidos e também pelo artigo 1.779 do Código Civil considerar a falta do poder familiar, onde então se outorga a curatela.

Portanto, presente no texto legal na seção que trata do poder familiar, os pais devem representar os filhos até os dezesseis anos e assisti-los após esta idade (artigo 1.634 inciso V e artigo 1.690 do CC). Na ausência dos pais ou quando estes não puderem representá-los será nomeado representante legal. O direito à vida é, antes de tudo, pré-requisito para o exercício de qualquer dos direitos inerentes ao indivíduo, e, portanto, deve ser respeitado preliminarmente, já que se violado, os demais direitos que dele possam resultar serão violados automaticamente.

Sendo uma vida de fato, o nascituro possui os mesmos direitos de qualquer pessoa como ser humano. Se o embrião se desenvolver e nascer com vida, a ele serão assegurados todos os direitos inerentes aos já nascidos.

5 DIREITO A REPRESENTAÇÃO E RECEBER DOAÇÃO

De acordo com o artigo 538 do Código Civil de 2002, in verbis: "Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra".

A doação é um benefício em favor de outrem e feita por livre e espontânea vontade do doador.

O animus donandi é o elemento que justifica a causa da liberalidade que dá origem a um contrato que não nasce de uma obrigação e não exige uma contraprestação que cria o mais forte impulso para a transferência de direitos. Neste contrato, o animus do doador é o elemento necessário e suficiente, comum a todos os negócios liberais e que não se confunde com os motivos individuais que o determinam. (NICOLETTI CAMILLO, 2006, p. 526).

Na doação, o importante é a vontade do doador em transferir um bem ou uma vantagem sem exigir nada em troca. A doação se fará por escritura pública ou instrumento particular, conforme artigo 541 do Código Civil.

O direito de o nascituro receber doação tem previsão legal no artigo 542 do Código Civil, in verbis: "A doação feita ao nascituro valerá, sendo aceita pelo seu representante legal".

Como ocorrem nos demais casos dos incapazes, tudo deverá ser feito através de seu representante legal, logo não seria diferente para a doação, para se concretizar a doação ao nascituro, existe a necessidade da aceitação pelo seu representante legal.

O nosso legislador trata o nascituro como se fosse uma pessoa e, para amparar seus direitos, admite a doação a ele feita. Porém, não tendo o nascituro personalidade, a aceitação não se perfaz e o Código atribui aos seus representantes legais (pais ou tutores) a qualidade para em seu nome, receber ou não a doação. (NICOLETTI CAMILLO, 2006, p. 528).

A aceitação da doação pelo representante legal do nascituro, contida neste Código, tem uma amplitude muito maior que a do Código revogado, no qual a aceitação deveria ser emitida exclusivamente pelos pais. (NICOLETTI CAMILLO, 2006, p. 528).

Sobre a doação ao nascituro de bem imóvel entende-se que, como o artigo 176 da Lei de Registros Públicos exige nome, domicílio e do indivíduo que receberá a doação de bem imóvel e o artigo 1245 do Código Civil dita que a propriedade imóvel só pode ser transferida por meio do registro, como o nascituro não tem tais requisitos exigidos pela lei, não tem legitimidade para a realização do registro do bem a ser doado.

Todavia, havendo doação ao nascituro e este nascer sem vida, a doação será dada como inexistente e o bem voltará a ser patrimônio do doador.

6 INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ

O Código Penal Brasileiro só permite duas formas de aborto legal: o necessário e o aborto sentimental ou terapêutico. Sobre o aborto sentimental ou terapêutico. Nessa senda, Nelson Hungria afirma que:

Nada justifica que se obrigue a mulher estuprada a aceitar uma maternidade odiosa, que dê vida a um ser que lhe recordará perpetuamente o horrível episódio da violência sofrida. Trata-se do aborto também denominado aborto sentimental. Sua permissão originou-se nas guerras de conquista, quando mulheres eram violentadas por invasores execrados, detestados, e deveriam, caso não interrompida a gravidez decorrente da cópula forçada, arcar com a existência de um filho que lhes recordaria sempre a horrível experiência passada. (HUNGRIA, 1955, p. 304).

O artigo 213 do Código Penal, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 12.015 de 2009, traz uma definição para o crime de estupro: "constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso", assim para que seja descriminalizado o aborto resultante de estupro, mister se faz que o ato que resultou a gravidez preencha todos os requisitos caracterizadores do tipo penal.

Assim, o artigo 128, inciso II do Código Penal, trata o aborto no caso de gravidez resultante de estupro, definindo-o como uma hipótese legal, e ainda impõe que para esta hipótese é necessário o consentimento prévio da gestante, e, se esta for incapaz, de seu representante legal.

Segundo os autores supracitados, o único árbitro da prática do aborto é o médico. Este deve valer-se dos meios à sua disposição para a comprovação do estupro (inquérito policial, processo criminal, peças de informação etc.), se existirem. Inexistindo tais meios, ele mesmo deve procurar certificar-se da ocorrência do delito sexual. Não é exigida prévia autorização judicial. Tratando-se de dispositivo que favorece o médico, deve ser interpretado restritivamente. Como o tipo penal não faz nenhuma exigência, as condições da prática abortiva não podem ser alargadas. Não há necessidade, assim, de audiência do Ministério Público ou de autorização da autoridade policial.

Porém, o médico responsável pelo aborto não pode ser punido se, em momento posterior, restar comprovado que aquela gravidez não se resultou de estupro e, portanto,

não se tratava de uma hipótese legal de aborto. Conforme dispõe o artigo 20, § 1º do Código Penal, o médico não pode ser responsabilizado criminalmente pois o erro pode ser plenamente justificado pelas circunstâncias, já que o mesmo foi enganado pela gestante.

O Aborto necessário, Segundo Júlio Fabrini Mirabete: O aborto necessário (ou terapêutico) que, no entender da doutrina, caracteriza caso de estado de necessidade (que não existiria no caso de perigo futuro). Para evitar qualquer dificuldade, deixou o legislador consignado expressamente a possibilidade de o médico provocar os 25 abortos se verificar ser esse o único meio de salvar a vida da gestante. No caso não é necessário que o perigo seja atual, bastando a certeza de que o desenvolvimento da gravidez poderá provocar a morte da gestante. (MIRABETE, 2007, p. 194).

Enfatiza-se que o legislador não descriminalizou o abortamento necessário, ele apenas o despenalizou, pois assim afirma no caput do artigo 128, I do Código Penal: "Não se pune o aborto realizado por médico: I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante". Portanto, vê-se impossível juridicamente a ocorrência de pena sem crime, entretanto é plenamente admitida pelo ordenamento jurídico autóctone a isenção da pena em determinadas situações criminosas. Isto pode ser verificado nos artigos 12, 121 § 5º e 181 todos do Código Penal.

A doutrina classifica o disposto no art. 128, inciso I do CPB (aborto necessário ou terapêutico), como sendo uma exclusão de antijuridicidade ou ilicitude levando-se em consideração o estado de necessidade em que se apresenta a gestante, ou seja, onde não houver outro meio de afastar o risco de morte da gestante, pois a conduta do médico visa afastar perigo atual ou iminente de bem jurídico alheio (paciente).

Alberto da Silva Franco e Rui Stocco ensinam que:

O inciso I do art. 128 do CP cuida do chamado 'aborto terapêutico'. É lícita a sua prática, quando não há nenhum outro meio de salvar a vida da gestante, a não ser pelo aborto. Exige-se, pois, a comprovação da constatação do perigo de vida concreto da gestante, bem como a inexistência de outro meio para salvá-la. Nem se requisita o prévio consentimento da gestante ou de seus representantes legais. Basta a confirmação médica daqueles dois pressupostos. (FRANCO; STOCOCO, 2007, p. 669).

Entende-se, portanto, que o nosso Código Penal adotou o sistema das indicações, ou seja, apesar da vida do feto ser digna da proteção penal, o que justifica a criminalização do aborto (auto aborto, aborto consentido e aborto provocado), em certas circunstâncias, há um conflito entre a vida do embrião ou feto e de sua genitora, a vida da mãe deve prevalecer e aí se encontra caracterizado o aborto necessário ou terapêutico.

No caso deste tipo de aborto, é irrelevante a concordância da gestante ou de seu representante legal, até porque, para o aborto necessário o texto legal não faz esta exigência. Portanto, tal aborto pode ser executado mesmo contra a vontade da mãe, que, segundo o citado autor, o médico estaria amparado pelo disposto nos artigos 128, inciso I, 24 e 146, § 3º, todos do Código Penal Brasileiro.

CONCLUSÃO

Neste presente trabalho, excogitou-se o melhor para justificar sobre o tema proposto, na doutrina brasileira, em descrição a deliberação dos direitos do nascituro.

Desenvolvendo o dispositivo do artigo 2º do código civil de 2002, é exequível a discussão acerca de quais são esses direitos afirmados no texto legal, além disso, com base nesse dispositivo, é relevante considerar a existência de três correntes doutrinárias do início da aquisição de direitos. A “escola natalícia”, que nega quaisquer direitos ao nascituro antes que este nasça com vida, a “condicionalista” que submete o nascituro a uma condição suspensiva de direitos e a “escola concepcionista”, que atribui ao nascituro certos direitos desde sua concepção, independentemente do nascituro com vida.

Conforme dito anteriormente, a visão do código civil é condicionalista, pois não protege os direitos do nascituro, mas somente, expectativas desses direitos.

Após a análise da personalidade jurídica no decorrer da história (em Roma na idade média e no século XVIII), atualmente, a personalidade jurídica é a capacidade abstrata para possuir direitos e contrair obrigações na ordem civil, sendo indissociável da pessoa humana, e se inicia com o nascimento com vida do nascituro.

Dentre os direitos da personalidade elencados por Carlos Alberto Bittar, cabem apenas alguns dentes ao nascituro, v.g. O direito à vida, a alimentos, a representação, compreendendo nestes todas as necessidades para que os mesmos sejam possíveis. Outros direitos como aqueles relacionados à liberdade e a moral.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silmara Chinelato. **Direito do nascituro a alimentos: uma contribuição do Direito Romano**. Revista brasileira de Direito comparado. Rio de Janeiro, nº 13, 2º Semestre, 1992.

ALMEIDA, Silmara Juny de Abreu Chinelato e. **Direitos da personalidade do nascituro**. In: Revista dos Advogados. São Paulo, n. 38, dez. 1992. atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

BRANDÃO, Dornival da Silva. **A vida dos Direitos Humanos**. 3.ed.Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1999.

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

BRASIL. **Novo Código Civil**: Lei 10.406, de janeiro de 2002.Rio de Janeiro: Auriverde, 2003.

CHAVES, Benedita Inêz Lopes. **A tutela jurídica do nascituro**. 4.ed.São Paulo: LTr, 2000.Código Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

DINIZ, Maria Helena Diniz citada por Juliana Simão da Silva e Fernando Silveira de Melo Plentz Miranda na Revista Eletrônica Direito, **Justiça e Cidadania** – Volume 2 – nº 1 – 2011, p.10.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do biodireito** – atualizado conforme o novo Código Civil. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. **A genética no limiar da eugenia e a construção do conceito de dignidade humana**. In: A reconstituição do Direito Privado. São Paulo: Saraiva,2002.

MESTIERI, João. **Embriões**. Revista Consulex. Brasília, v. 1, n. 32, ago/1999.

MIRANDA, Pontes. **“Nasciturus” e “nondum conceptus”**. In: Tratado de direito privado. Parte geral. 2 ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: parte geral. 30. ed.atual. São Paulo: Saraiva, 1993.

SAUWEN, Regina e HRYNIEWICZ, Severo, **O Direito in vitro**,2.ed.Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1997.

SCAVOLINI, Francesco. **Dolly e os embriões humanos**. Revista Consulex. Brasília, ano VIII, n. 180, julho/2004, p.26.

SEMIÃO, Sérgio Abdalla Semião. **Os direitos do nascituro: aspectos cíveis, criminais e Biodireito**. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

A GUARDA COMPARTILHADA COMO FORMA DE COMBATE A ALIENAÇÃO PARENTAL À LUZ DA LEI 13.058/2014 EM TEMPOS DE PANDEMIA

LAVINIE PEREIRA LOPES:
graduanda em Direito pelo Centro
Universitário Católica do Tocantins.
Palmas-TO.

WELLINGTON GOMES MIRANDA ⁵
(orientador)

RESUMO: O trabalho apresentado a seguir tem como temática as discussões relacionadas à Guarda Compartilhada e suas relações com a questão familiar e ainda a Síndrome da Alienação Parental - SAP. Com a intenção de discutir a respeito disso é que instrumentaliza-se uma pesquisa bibliográfica dada por fontes secundárias cuja abordagem realizada é qualitativa. A problemática geral do trabalho é compreender como a pandemia impactaria as questões voltadas para a guarda compartilhada no período da pandemia. O objetivo principal do trabalho estava pautado em compreender a aplicação do direito de convivência nos casos da guarda compartilhada frente ao enfrentamento da alienação parental em meio ao contexto pandêmico. A importância da realização da discussão em questão se dá principalmente pelo fato de que com discussões como essas torna-se possível evidenciar com veemência a importância da Guarda Compartilhada na garantia ao direito de convivência previsto constitucionalmente. A partir da pesquisa, tornou-se possível compreender um pouco mais sobre o processo de instituição da família na sociedade e entender sua importância para a formação dos indivíduos, de modo que observou-se ainda que a pandemia, por mais que fosse apresentada como um argumento muito relevante, não era suficiente para justificar a prática da alienação parental ou mesmo para a suspensão da guarda compartilhada.

Palavras-chave: Guarda Compartilhada. Alienação Parental. Pandemia. Direito Familiar.

ABSTRACT: The paper presented below has as its theme the discussions related to Shared Custody and its relationship with the family issue and also the Parental Alienation Syndrome - PAS. With the intention of discussing this, a bibliographical research is used, given by secondary sources whose approach is carried out is qualitative. The general problem of the paper is to understand how the pandemic would impact the issues related to shared custody during the pandemic period. The main objective of the work was based

⁵ Mestre em prestação jurisdicional em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola da Magistratura Tocantinense (ESMAT) e Universidade Federal do Tocantins. Analista Jurídico do Ministério Público do Estado do Tocantins, especialista em Direito do Trabalho pelo Instituto Processus/DF, em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela ESMAT. E-mail: wellington.gomes@catolica-to.edu.br

on understanding the application of the right to coexist in cases of shared custody in the face of parental alienation in the midst of the pandemic context. The importance of carrying out the discussion in question is mainly due to the fact that with discussions such as these, it becomes possible to vehemently highlight the importance of Shared Guard in guaranteeing the right to coexistence provided for in the Brazilian Constitution. From the research, it became possible to understand more about the process of institution of the family in society and to understand its importance for the formation of individuals. This very relevant argument was not enough to justify the practice of parental alienation or even the suspension of shared custody.

Keywords: Shared Custody. Parental Alienation. Pandemic. Family Law.

INTRODUÇÃO

A pandemia ocasionada pelo novo Coronavírus, e propagador da Covid-19 gerou impactos consideráveis para toda a sociedade, de forma que reconhece-se que houve impactos sobre as mais diversas áreas de atuação, fazendo com o que o mundo passasse inclusive por uma mudança de rotina a fim de reduzir a propagação do vírus.

Com a nova rotina mencionada, ocorreu o distanciamento social, onde as atividades começaram a ocorrer de casa, através da prática que foi chamada de *home office*, as empresas, escolas e demais instituições desenvolviam prioritariamente suas atividades sem estarem reunidos presencialmente, sendo assim, como isso impactaria a convivência familiar?

É verdade que as famílias nem sempre estão reunidas, especialmente em casos em que os pais são divorciados e as crianças têm sua guarda compartilhada. Tomando tal questão como norteadora e fio condutor, constrói-se a pesquisa apresentada neste texto cujo objetivo geral é compreender a aplicação do direito de convivência nos casos da guarda compartilhada frente ao enfrentamento da alienação parental em meio ao contexto pandêmico.

Acredita-se que realizar a discussão em questão poderá contribuir para a compreensão da importância da guarda compartilhada na garantia do direito constitucional de convivência familiar entre filhos e genitores mesmo em meio aos mais diversos contextos vivenciados pela sociedade.

Construída a partir de uma pesquisa bibliográfica que utiliza-se de fontes secundárias, a presente pesquisa não tem por finalidade obter números, ou seja, estatísticas como resultado. Por isso, a abordagem a ser utilizada no trabalho é a qualitativa por possuir características exploratórias, além disso a abordagem qualitativa consiste na interpretação e compreensão dos fenômenos a serem estudados.

Por fim, com o objetivo de melhor entendimento acerca do assunto a ser estudado, o instrumento a ser utilizado para a coleta de dados será a revisão de literatura específica, como também a leitura de artigos e consultas em sites. Os principais autores que contribuíram para a realização da pesquisa foram: (FARIAS e ROSENVALD, 2015), (RAMOS,2016), (DIAS,2016).

2 REFERENCIAL TEÓRICO

2.1 O PODER FAMILIAR

O início da vida origina-se por meio da família, uma entidade cultural e histórica da sociedade que é fundamental para a sobrevivência humana, pois não há como existir sem descender de alguma geração ou sem vínculo de parentesco mesmo que distante. Patrícia Pimentel afirma que:

A família responde a necessidades humanas e sociais relevantes, uma vez que o ser humano não existe sozinho, mas em relação com outro, num complexo simbólico e simbiótico. Simbólico porque a ideia de família é importante mesmo quando se está distante, pois está presente como realidade que determina o sentido existencial das pessoas, confortando o ser humano pela simples constatação de que ele não está só, afetivamente, no universo, mas que alguém se preocupa com a sua existência. E simbiótico porque aglomera relações de reciprocidade afetiva (RAMOS, 2016, p. 29).

Dessa forma é que compreende-se que por mais que as relações familiares e de parentesco nem sejam sempre harmônicas e presentes na vida das pessoas, ela são inerentes à própria existência do ser humano, sendo que como mencionado, há o contexto simbólico e simbiótico a ser considerado.

A concepção de família patriarcal é marcante, sendo encontrada no Direito Romano, no qual a figura masculina era a principal tendo como função a reprodução e o núcleo econômico, onde o pai tinha poder familiar, exercendo o dever de sustento, educação e guarda dos seus membros (TELLES, 2011). O conceito de família foi gerando novas configurações:

A família migrou do campo para as cidades e passou a conviver em espaços menores. Isso levou à aproximação dos seus membros, sendo mais prestigiado o vínculo afetivo que envolve seus integrantes. Surge a concepção da família formada por laços afetivos de carinho, de amor. A valorização do afeto deixou de se limitar apenas ao momento de celebração do matrimônio, devendo

perdurar por toda a relação. Disso resulta que, cessado o afeto, está ruída a base de sustentação da família, e a dissolução do vínculo do casamento é o único modo de garantir a dignidade da pessoa (DIAS, 2016, p. 48).

Observa-se que com o passar do tempo, estar inserido em um seio familiar é de fundamental importância para a formação do indivíduo de maneira a contribuir na construção do caráter e valores. Dessa forma, o conceito de família, antes patriarcal com objetivo único de reproduzir, deu espaço para o companheirismo, afeto e amor, pois ter filhos passou a ser também um ato de amor, união e entrega envolvendo o casal, de modo que a existência do próprio casal estava envolto em laços afetivos e a reprodução apenas complementa tal laço, como mencionado por Dias (2016).

Somente na constituição de 1988 que o conceito de família foi delimitado, passando a ter seu próprio capítulo. Em seu art. 226, a família é considerada a base da sociedade civil, tendo ela proteção do Estado. Através de suas adequações, se deu origem ao Código Civil de 2002. Vejamos:

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

§ 1º O casamento é civil e gratuita a celebração.

§ 2º O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 66, de 2010)

§ 7º 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.

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações (BRASIL, 2002).

Menciona-se, portanto, que a partir desse momento é que a família ganha uma relevância ainda maior, visto que é reconhecida como instituição perante a Constituição Federal, lei regente do país. De forma que, essa consideração efetiva o valor e a importância da família além de propor em partes sua definição e função perante o meio social em que está inserida.

Todavia, é preciso reconhecer que a organização familiar sofreu profundas mudanças com o passar do tempo, e como forma de acompanhar as mudanças sociais e culturais, foi necessário também que o direito sofresse alterações, essas mudanças ocorrem:

Devido ao avanço do homem e da sociedade, mutável de acordo com as novas conquistas da humanidade e descobertas científicas, não sendo crível, nem admissível, que esteja submetida à ideias estáticas, presas a valores pertencentes a um passado distante, nem a suposições incertas de um futuro remoto. É realidade viva, adaptada aos valores vigentes (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 5).

Afinal, em diversas áreas do conhecimento, reconhece-se a falta de conceituações e conhecimentos estáticos, de forma que todas as áreas podem passar por reformulações e transformações, acompanhando o próprio ritmo de evolução da humanidade, portanto, não foi diferente com a família.

Uma das principais mudanças no que concerne à família diz respeito ao afeto, amor e solidariedade que passaram a nortear a base familiar. Além disso, através dessas mudanças foi possível a formação de novos moldes de família. No entanto, é importante conhecer a estrutura dos diversos modelos de família existentes, mesmo que em constante transformações.

O modelo de família tido como tradicional vem sendo reinventado com o passar do tempo. A família tradicional aquela que veio dominando desde a sociedade ocidental, no qual o casal homem e mulher se uniam em casamento com o objetivo de constituir família, ou seja, ter filhos e o homem exercia o papel de chefe de família enquanto a mulher cuidava do lar e dos filhos, tem diminuído e dado espaço para a família moderna, aumentando principalmente as famílias monoparentais.

A família monoparental é reconhecida na Constituição Federal de 1988, em seu art. 226 § 4º que dispõe que "entende-se, também, como entidade familiar a comunidade

formada por qualquer dos pais e seus descendentes”, sendo assim, mesmo que o molde não seja a conceituação tradicional outrora tida como necessária, é preciso entender que independente do molde, há também nas relações monoparentais a presença de uma família.

A família homoafetiva também teve seu reconhecimento através da nova interpretação do art. 1.723 do Código Civil que em um certo trecho comentava que:

Artigo 1.723. É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família (BRASIL, 2002).

Todavia, através da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132, trouxeram à tona novas discussões e ainda apresentaram a seguinte decisão:

ADI/4277. Diante deste quadro, torna-se essencial a intervenção da jurisdição constitucional brasileira, visando garantir aos homossexuais a possibilidade, que resulta da própria Constituição, de serem reconhecidas oficialmente as suas uniões afetivas, com todas as consequências jurídicas patrimoniais e extrapatrimoniais disso decorrentes. (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4277, 2011. p. 8)

Através dessas alterações é possível notar a evolução do direito de família, além do princípio da dignidade da pessoa humana passou-se também a ter uma maior preocupação com o princípio da afetividade, disposto na nossa Constituição Federal e que tem sido o norteador do direito de família.

2.2 O INSTITUTO DA GUARDA E SUAS MODALIDADES

O rompimento da vida conjugal acarreta inúmeras mudanças, principalmente no que concerne à guarda dos filhos. Ambos os genitores possuem o dever da guarda, dever esse de proteção e cuidado. As obrigações que a guarda atribui aos genitores estão elencadas no art. 1.634 do Código Civil Brasileiro. Vejamos:

Art. 1.634. Compete aos pais, quanto à pessoa dos filhos menores:

I - dirigir-lhes a criação e educação;

II - tê-los em sua companhia e guarda;

- III - conceder-lhes ou negar-lhes consentimento para casarem;
- IV - 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;
- V - representá-los, até aos dezesseis anos, nos atos da vida civil, e assisti-los, após essa idade, nos atos em que forem partes, suprindo-lhes o consentimento; VI - reclamá-los de quem ilegalmente os detenha;
- VII - exigir que lhes prestem obediência, respeito e os serviços próprios de sua idade e condição (BRASIL, 2002).

Como previsto em lei, a guarda e cuidados dos filhos é papel dos pais, especialmente pela concepção de família como aquela organização construída num contexto afetivo, entretanto, esse direito acaba sendo ameaçado quando os vínculos afetivos do casal deixam de se fazer presentes e ocorre uma problemática conjugal, o que ocasiona, por vezes, a não convivência harmônica entre os pais, momento em que a guarda passa a ser questionada.

O Código Civil de 1916 previa a guarda dos filhos quando da separação dos genitores. Em regra, era concedida ao responsável pela ruptura conjugal, havendo apenas duas exceções: quando os genitores chegam a um acordo de forma harmônica, o cuidado com o filho ou quando os dois dessem causa a separação. Entretanto, com o advento da lei de divórcio (Lei nº 515/77), as disposições do Código Civil de 1916 foram revogadas, porém somente com a vigência do Código Civil de 2002 que foi possível observar mudanças significativas.

O direito brasileiro adota duas modalidades de guarda: a unilateral e a compartilhada. Antes da alteração do art. 1.583 do Código Civil, somente era aplicada a guarda unilateral no qual consistia em um genitor exercer o direito de guarda enquanto o outro detinha o direito de visita e alimentos.

Com a nova atualização do art. 1.583 do CC/2002, regulamentou-se também a guarda compartilhada, que prevê que:

Art. 1583: A guarda será unilateral ou compartilhada.

§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 (BRASIL, 2002).

A guarda compartilhada surgiu no intuito de sanar as dificuldades que envolve a guarda unilateral, visto que, na guarda compartilhada ambos os genitores acompanham e tomam decisões pertinentes ao desenvolvimento, criação e educação do filho havendo assim uma pluralidade de responsabilidade, porém distribuídas de forma equilibrada.

Apesar do ordenamento jurídico falar apenas em duas modalidades de guarda, há também quem fale em guarda alternada, como o próprio nome já diz, consiste em alternar o direito de guarda entre os genitores, ou seja, os dois terão o menor em sua companhia, podendo tomar decisões, porém de forma alternada.

2.3 GUARDA COMPARTILHADA À LUZ DA LEI 13.058/2014 E SUA RELAÇÃO COM A ALIENAÇÃO PARENTAL

Com a publicação da lei 13.058/2014, tornou-se obrigatório a determinação da guarda compartilhada nos casos em que não houver acordo entre os genitores, alterando assim os artigos 1.583, 1.584, 1585 e 1.634 do Código Civil de 2002.

Com essa modalidade de guarda, o tempo em que o filho convive com os genitores, em tese, é estabelecido de forma equilibrada de maneira que os pais sejam mais presentes na vida do menor o que se entende que a guarda compartilhada seja a mais adequada.

O instituto da guarda compartilhada é um grande passo à frente não só no cenário jurídico, mas também no social, por buscar atender de forma prioritária os interesses e direitos dos filhos que mesmo regulamentados ainda eram esquecidos (COLTRO; DELGADO, 2018).

A guarda compartilhada quando acolhida pelos pais, traz benefícios não só para os filhos, mas também para si, quando mantido um bom diálogo e convivência entre ambos, os impactos psicológicos que uma criação com pais separados pode causar são afastados. "A ideia de guarda compartilhada, além de estar em sintonia com a organização social atual, quebra a herança de outros tempos de uma rígida divisão de papéis e funções" (COLTRO; DELGADO, 2018, p.123), valendo pontuar que a guarda compartilhada está de fato embasada no direito de convivência familiar que é inerente à criança/adolescente, como lê-se no texto constitucional no art. 227 (BRASIL, 1988).

Ainda que a guarda compartilhada seja a regra, para sua aplicação é necessário analisar aspectos quanto ao bem-estar do filho, quando não observado a preservação do melhor interesse da criança, outra modalidade pode ser aplicada. Disposto no art. 277 da

Constituição Federal, o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente trata da proteção da criança, quando não respeitado pelos responsáveis cabe ao Estado intervir.

O instituto da guarda compartilhada também possui uma ligação com a alienação parental. O advento da lei 13.058/2014 de 22 de dezembro de 2014, tem sido um grande instrumento de prevenção contra os atos de alienação provocados pelos genitores.

Em síntese, a Alienação Parental consiste nos atos provocados geralmente pelo detentor da guarda, com o propósito de afastar o menor da convivência com o outro genitor. Sua denominação está prevista no art.2º da Lei 12.318/2010, lei criada como forma de garantia e proteção dos menores no que concerne ao desenvolvimento psicológico e as interferências dos genitores.

No texto da lei, é possível compreender que:

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.

A alienação parental pode estar considerada como um atentado à formação da criança a partir da indução de um dos genitores que têm a intenção de gerar afastamento afetivo entre a criança e o genitor alienado, de forma que, busca-se criar um hábito de repúdio frente à convivência com o genitor que não possui a guarda do filho.

O conceito de Alienação Parental surgiu na América do Norte através de estudos realizados pelo psiquiatra infantil Richard Alan Gardner, chefe do departamento de Psiquiatria Infantil da faculdade de medicina e cirurgia da Universidade de Columbus, localizada em New York, Estados Unidos. Seus estudos sobre o assunto fizeram com que desenvolvesse a chamada Síndrome da Alienação Parental (SAP).

Trata-se de uma campanha liderada por um genitor, no sentido de programar a criança para que odeie e repudie, sem justificativa, o outro genitor, transformando a sua consciência mediante diferentes estratégias, com o objetivo de obstruir, impedir ou mesmo destruir os vínculos entre o menor e o pai não guardião, caracterizado, também, pelo conjunto de sintomas dela resultantes, causando, assim, uma forte relação de dependência e submissão do menor com o genitor alienante. E, uma vez instaurado o assédio, a própria criança contribui para a alienação (MADALENO; MADALENO, 2019, p.53).

O fenômeno da Síndrome da Alienação Parental costuma iniciar a partir de decisões judiciais, geralmente após a ruptura conjugal no qual um dos genitores tem a intenção de prejudicar a imagem do outro genitor, muitas das vezes como forma de vingança, utilizando do abuso do poder familiar para interferir no psicológico do menor. Os atos alienatórios não são característicos apenas dos genitores, pois também podem ser praticados pelos avós, tios, padrinhos, ou seja, por qualquer membro da família. Em alguns casos, a alienação parental ocorre ainda quando os pais residem no mesmo local.

Diversas são as consequências para quem sofre com a Alienação Parental. “A consequência mais evidente é a quebra da relação com um dos genitores. As crianças crescem com o sentimento de ausência, vazio, e ainda perdem todas as interações de aprendizagem, de apoio e de modelo” (MADALENO, 2019, p.74). Além disso, crianças submetidas a esse tipo de alienação tem seu psicológico afetado, impactando diretamente em seu comportamento, muitas vezes se tornando violento.

Diante da comprovação da Alienação Parental, podem os magistrados suspender ou modificar o regime de guarda, no entanto, para que chegue a essas determinações, as partes passam por estudo psicossocial para assim avaliar a situação como um todo. Recorrendo ao dispositivo de lei, é possível pontuar para os alienadores as seguintes consequências:

Art. 6º 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.

Sendo assim, é possível encontrar-se com diversas ações judiciais ocasionadas como punição para a ação criminosa que é a alienação parental, dentre essas ações pode-

se mencionar a advertência ao alienador, a ampliação do regime familiar em favor do genitor alienado, proposição de acompanhamento psicológico ou biopsicossocial podendo chegar até mesmo à suspensão da autoridade parental em casos mais extremos.

2.4 ALIENAÇÃO PARENTAL E PANDEMIA

No ano de 2020, o mundo foi assolado pela pandemia do novo Coronavírus, decretada pela OMS (Organização Mundial da Saúde) devido ao potente nível de contaminação, o que acarretou crises de calamidade pública em diversos estados, afetando principalmente o cenário econômico.

Entretanto, uma das principais recomendações das autoridades sanitárias para conter o avanço do vírus foi o isolamento social. Assim, pessoas de diversas faixa etária se viram obrigadas a se adaptar à nova realidade.

É sabido que diversas famílias convivem com a realidade de filhos criados por pais separados, exercendo assim o direito e dever de guarda, seja ela unilateral ou compartilhada. Diante do atual cenário, o direito de família também precisou se adequar.

Em março de 2020, o Conselho Nacional da Criança e do Adolescente (CONANDA), emitiu um documento com recomendações para a proteção integral da criança e do adolescente durante a pandemia. Dentre as recomendações, contém orientações acerca do direito de convivência, ou seja, das visitas. No entanto, não há determinações no que concerne a suspensão ou não do exercício da convivência, dispondo que:

Recomenda-se que crianças e adolescentes filhos de casais com guarda compartilhada ou unilateral não tenham sua saúde e a saúde da coletividade submetidas à risco em decorrência do cumprimento de visitas ou período de convivência - previstos no acordo estabelecido entre seus pais ou definido judicialmente (CONANDA, 2020).

Muito se foi discutido sobre a suspensão do direito de convivência familiar, devido às medidas de isolamento social imposta e as diversas decisões judiciais em que impediram muitas famílias de exercerem o direito de convivência.

Diante disso, muitos ficaram reféns da alienação parental praticada com a justificativa de zelo e proteção, utilizando do cenário caótico de saúde pública para impedir o convívio do menor com seu genitor, utilizando do abuso do poder familiar para incentivar psicologicamente.

Nesse sentido, diversos são os entendimentos jurisprudenciais acerca do tema.

Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Regulamentação de Visitas. Insurgência contra decisão que estabeleceu o regime de visitas do pai ao infante. Impertinência. Pedido de redução das visitas paternas a pretexto, quase que exclusivo, da pandemia causada pela COVID-19. Período de isolamento social (quarentena) em inequívoca flexibilização. Razões da parte agravante que não mais se sustentam. Contato do menor com o genitor que se mostra fundamental a seu desenvolvimento e formação. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - AI: 21701992620208260000 SP 2170199-26.2020.8.26.0000, Relator: Jair de Souza, Data de Julgamento: 31/10/2020, 10ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 30/10/2020)

Conforme observa-se no julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a genitora interpôs agravo de instrumento contra decisão pertinente à regulamentação de visitas utilizando como argumento a pandemia do Covid-19. Contudo, decidiu o juízo pelo não provimento do recurso, pois é de fundamental importância para a criança o convívio com o genitor.

Já o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decidiu por dar provimento ao agravo de instrumento interposto contra decisão que estabelecia visitas. No caso exposto, trata-se de recorrente médico que deixou de laborar em setor em que corria risco de contaminação. Veja-se:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PANDEMIA DE COVID-19. RESTABELECIMENTO DAS VISITAS PRESENCIAIS. Apesar do risco de contágio decorrente da pandemia de Covid-19, não há razão para limitar, de modo absoluto, a convivência paterna de forma presencial, na linha da orientação deste Colegiado sobre o tema, até mesmo porque não se sabe quando a atual situação pandêmica será superada. Nesse contexto, é cabível restabelecer as visitas presenciais nos exatos moldes definidos anteriormente no processo originário, competindo aos genitores ter a cautela de adotar todas as medidas sanitárias recomendadas pelas autoridades da área de saúde, e evitando expor a criança ao convívio de outras pessoas. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravo de Instrumento, Nº 70084366756, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 09- 10-2020)

É possível observar que não há um entendimento pacífico acerca do tema, devendo ser analisado cuidadosamente caso a caso. O direito de convivência familiar e o direito à saúde são indispensáveis ao menor. Nesse sentido, a expressão direito de convivência é confundida muitas vezes com o direito de visitas, no entanto, o direito de visitas é uma expressão ampla inadequada, pois os encargos decorrentes do poder familiar não se limitam apenas ao direito de o genitor ter o filho em sua companhia em períodos determinados (DIAS, 2020).

Com essa compreensão, é possível entender um pouco mais acerca do caso ocorrido no tribunal do Distrito Federal – DF, onde lê-se:

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA C/C REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. TUTELA DE URGÊNCIA. CONVIVÊNCIA FAMILIAR FÍSICA. PANDEMIA DO COVID - 19. EXCEPCIONALIDADE. DECRETO N. 40.817. LIMITAÇÃO CIRCULAÇÃO DE CRIANÇAS. FLEXIBILIZAÇÃO MEDIDAS. AUMENTO DE INFECTADOS E ÓBITOS. ASCENSÃO PANDEMIA. RISCO DE CONTAMINAÇÃO. PROTEÇÃO DA CRIANÇA. PRESERVAÇÃO DA SAÚDE. SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DIREITO DE VISITAS. CONVIVÊNCIA FAMILIAR POR MEIO VIRTUAL. DECISÃO REFORMADA. 1. A situação excepcional vivenciada por todos decorrente da pandemia do COVID - 19 (coronavírus) ensejou recomendações das autoridades médico/sanitárias de distanciamento social, porquanto dispõe o artigo 10 do Decreto nº 40.817, de 22 de maio de 2020, que revogou o Decreto nº 40.583, de 1º de abril de 2020, do Governo do Distrito Federal, que a circulação de pessoas idosas, crianças, gestantes e com comorbidade se limite às necessidades imediatas de alimentação e saúde, evitando-se, ainda, qualquer movimentação de pessoas no âmbito do Distrito Federal que não seja para o exercício de atividades imprescindíveis?. 2. **À criança é assegurado, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde e à convivência familiar** (Art. 227 da CF). 3. A flexibilização das medidas de isolamento/distanciamento social, com a autorização do funcionamento do comércio em geral pelo Poder Executivo local, não altera o Decreto n. 40.817 que manteve a limitação de circulação de crianças apenas às necessidades imediatas de alimentação e saúde. 4. O crescente número de pessoas infectadas e de óbitos por Covid - 19 no Distrito Federal, a revelar que a curva da pandemia atualmente está em ascensão, recomenda a suspensão temporária do exercício do direito de visitas do genitor à criança, o que constitui medida de precaução que visa assegurar à menor o seu

direito à preservação de sua saúde, protegendo-a do risco de contaminação do denominado coronavírus. 5. **Resta assegurada a convivência familiar por meio virtual em dias e horários a serem estabelecidos pelo Juízo a quo, com a possibilidade de compensação posterior dos dias em que o genitor não pôde ter contato físico com a criança.** 6. Eventual reavaliação por parte do Governador do Distrito Federal da medida que limita a circulação de crianças ou qualquer fato novo hábil a ensejar a modificação da situação delineada e decidida nestes autos deverá ser submetida ao crivo do Juízo de origem. 7. Agravo de Instrumento provido. (TJDFT, Classe do processo 07078552220208070000 Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. Registro do acórdão nº 1273341. Data de julgamento: 19/08/2020. Órgão julgador: 7ª Turma Cível. Relator: Getúlio de Moraes Oliveira. Data da intimação ou da publicação: 25/08/2020. Pág. Sem página cadastrada. Decisão: Conhecido. Provido. (Maioria.)(grifo nosso).

Assim, é que compreende-se que o direito de convivência familiar não se prende a uma interação presencial e que a pandemia não era apresentada como justificativa para a alienação parental, visto que pode-se recorrer à discussão realizada por Marques Silva et al (2021) inclusive menciona que a possibilidade de uso dos inúmeros meios de comunicação atuais são a maneira que os pais têm de garantir suas convivência familiar mesmo em tempos de distanciamento social. De modo que garante-se o direito à vida e à saúde sem a ausência do direito à convivência familiar, todos estes, pontos defendidos e assegurados constitucionalmente.

Por fim, é preciso mencionar que o direito de convivência familiar não está limitado só entre genitores, mas também deve ser estendido à família dos pais que não habitam na mesma residência, haja vista ser fundamental para o desenvolvimento do menor o convívio com seus parentes.

CONCLUSÃO

Com base no exposto, tornou-se possível compreender o processo de instituição da família enquanto organização na sociedade, tendo a mesma, derivado de uma evolução e transformação humana, chegando atualmente ao ponto de ser concebida como uma organização proveniente dos laços afetivos e de amor entre um casal, mas também entre genitores e seus descendentes. Podendo ainda pontuar um pouco a respeito de como os moldes de família deixaram de ter a forma tradicional e podem contar uma diversidade de formas nos dias de hoje.

Uma vez compreendida a concepção de família, percebe-se um pouco mais sobre sua importância para os seres humanos, principalmente através da abordagem constitucional que apresenta a família como responsável pelas crianças e adolescentes a ela pertencentes, de modo que mesmo com o rompimento de relações afetivas entre genitores, é preciso que haja o respeito pela convivência familiar, uma vez que quando esta é rompida pode gerar diversos impactos no desenvolvimento físico, emocional e até social da criança/adolescente por ela afetada.

Tomando como base a importância da convivência de filhos com seus genitores é que surge o conceito e o direito à guarda compartilhada que garante a convivência do filho com seus genitores e suas respectivas famílias, de modo que o não cumprimento ou ação de influência para a redução dessa guarda é chamado de Alienação Parental, quando um dos genitores busca influenciar a relação do filho com o outro genitor, construindo certo repúdio da criança/adolescente sobre o genitor alienado. A Síndrome da Alienação Parental é crime e pode ter graves punições como visto anteriormente.

Dessa forma é que chega-se no problema da pesquisa, onde responde-se a questão sobre como a guarda compartilhada auxiliou no combate à alienação parental em meio à pandemia, frente a isso, encontrou-se através de julgados e considerações teóricas na literatura o uso do recurso tecnológico como uma possibilidade de convivência e de se estar presente apesar das práticas de distanciamento social, em outro contexto, entendeu-se por alguns tribunais que mesmo a pandemia não era justificativa suficiente para a suspensão da guarda compartilhada, sendo a mesma mantida durante este período.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 20 set. 2021.

_____. **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, 27 ago. 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318>. Acesso em: 21 set. 2021.

_____. **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. Brasília: Diário Oficial da União, 23. dez. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/Lei/L13058.htm>. Acesso em: 21 set. 2021.

_____. **Recomendações do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do covid-19.** Brasília, CONANDA, 25 mar.

2020. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf>. Acesso em: 21 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (8. Câmara Cível). **Agravo de Instrumento 70084366756/RS.** Família. Guarda e Regulamentação de Visitas. Pandemia de Covid-19. Restabelecimento das visitas presenciais. Agravante: G.B.I. Agravado: G.F. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, 13 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/944868125/agravo-de-instrumento-ai-70084366756-rs/inteiro-teor-944868149>>. Acesso em: 21 set. 2021.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo (10. Câmara de Direito Privado). **Agravo de Instrumento 2020.0000895881/SP.** Regulamentação de Visitas. Insurgência contra decisão que estabeleceu o regime de visitas do pai ao infante. Impertinência. Agravante: L. D. F. Agravado: J. D. S. V. Relator: Jair de Souza, 30 de outubro de 2020. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1114271271/agravo-de-instrumento-ai-21701992620208260000-sp-2170199-2620208260000/inteiro-teor-1114271291?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 21 set. 2021.

COLTRO, Antônio Carlos Mathias; DELGADO, Mário Luiz. **Guarda Compartilhada.** 3. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: 2018.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 11. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 13. ed. Salvador: JusPODIVM, 2020. p. 388-389.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil:** famílias. 7. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015. p. 5.

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

MADALENO, Ana Carolina Carpes; MADALENO, Rolf. **Síndrome da alienação parental: importância da detecção: aspectos legais e processuais**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARQUES SILVA, Gabriela Eduarda.; et al. A pandemia COVID-19: como evitar que o vírus se torne uma escusa para a alienação parental. **Brazilian Journal of Development**, Curitiba, v.7, n.2, p. 13900-13916, 2021.

PINTO, Larissa Silva. **A alienação parental no contexto de pandemia**. Instituto Brasileiro de Direito de Família: Belo Horizonte, 24 ago. 2020. Disponível em: <<https://www.ibdfam.org.br/artigos/1537/A+aliena%C3%A7%C3%A3o+parental+no+contexto+de+pandemia>>. Acesso em: 19 set. 2021.

PRODANOV, Cleber Cristiano. **Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico**. 2. ed. Novo Hamburgo: Feevale, 2013. [E-book]

RAMOS, Patrícia Pimentel de Oliveira Chambers. **Poder familiar e a guarda compartilhada: novos paradigmas do direito de família**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOARES, Edvaldo. **Metodologia Científica**. São Paulo: Editora Atlas S.A, 2002.

TELLES, B. DA S. **O direito de família no ordenamento jurídico na visão codificada e constitucionaliza**. 2011. Disponível em: <https://docplayer.com.br/4332384-O-direito-de-familia-no-ordenamento-juridico-na-visao-codificada-e-constitucionalizada-1.html>. Acesso em: 22 abr. 2021.

VITALE, M. A. F. **Famílias monoparentais: indagações**. Revista Serviço Social e Sociedade nº 71, ano XIII. Ed. Cortez. São Paulo, 2002.

CRIME CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: DESCUMPRIMENTO DE ATO DE OFÍCIO POR AGENTES PÚBLICOS – PREVARICAÇÃO

ALICE DE ARAÚJO PEREIRA

RESUMO: O crime contra a administração pública é um assunto de grande relevância e de interesse de toda sociedade. Dessa forma, acerca das considerações sobre o tema “Crime Contra Administração Pública: Descumprimento de Ato de Ofício por Agentes Públicos – Prevaricação”, o presente artigo tem como objetivo geral, analisar crimes praticados contra a administração pública com ênfase sobre a prevaricação. Para tanto, para o desenvolvimento, utilizou-se da metodologia de revisão da literatura, que estabeleceu nas três seções, extrações diretamente dos objetivos específicos, que primeiramente tem o propósito de verificar os princípios da administração pública, posteriormente mostrar as características do crime de prevaricação, e por fim, avaliar a conduta e o dever de ofício do agente público. Para tal desenvolvimento, utilizou-se como referências para o emaranhado de teorias sobre o assunto, a seleção de leis tais como: Constituição federal de 1988, Código Penal, Lei n.8.112-90, assim como diversos autores. Contudo, tal desenvolvimento demonstrou diante dos princípios da administração pública, que todos seus agentes públicos envolvidos tem o dever de cumprir suas ações, principalmente sobre casos de ordem processual. Nesse caso, portanto, percebe-se que é de grande importância haver um princípio de ordem administrativa que permita o servidor público a agir no seu ato de ofício, assim como de haver o indiciamento de crimes no caso de deixa de fazer ou retardar ou atrasar atos de obrigação do dever do cargo.

PALAVRAS-CHAVE: Administração pública. Crimes. Prevaricação. Servidor Público.

ABSTRACT: Crime against public administration is a matter of great relevance and interest to society as a whole. Thus, on the considerations on the topic "Crime against Public Administration: Non-compliance with an Official Act by Public Officials - Malfeasance", this article aims to analyze crimes committed against the public administration with an emphasis on malfeasance. Therefore, for the development, the literature review methodology was used, which established in the three sections, extractions directly from the specific objectives, which first has the purpose of verifying the principles of public administration, later showing the characteristics of the crime of malfeasance, and finally, to assess the conduct and duty of office of the public agent. For such development, it was used as references for the tangle of theories on the subject, the selection of laws such as: Federal Constitution of 1988, Penal Code, Law n.8.112-90, as well as several authors. However, such development has shown, in light of the principles of public administration, that all its public agents involved have the duty to carry out their actions, especially in cases of procedural order. In this case, therefore, it is of great importance to have an administrative principle that allows the public servant to act in their official act, as well as

to have the indictment of crimes in case of failure to do or delay or delay obligatory acts of the duty of the post.

KEYWORDS: Public administration. Crimes. Prevarication. Public server.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como propósito apresentar algumas considerações acerca da temática “Crime Contra Administração Pública”. Para tanto, o objetivo geral está embasado em analisar crimes praticados contra a administração pública com ênfase sobre a prevaricação, tendo como princípio um emaranhado de teorias argumentadas entre dispositivos legais e autores, que buscam além de analisar os crimes, também a intenção de compreender os o papel do agente público e sua importância social.

O interesse em se pesquisar sobre o tema, fundamentou-se em buscar entender o crime de prevaricação, que inviabiliza de alguma forma, o combate a: corrupção, desvios, interesses próprio, entre outras. Dessa forma, inúmeros desafios que se colocam sobre as legislações de enfretamento a esse tipo de crime, justificando-se então o interesse em se pesquisar a relação entre a administração pública e os agentes que os operam. Dessa forma, ao entender essa relação, buscou-se identificar quais as características do crime de prevaricação e enfatizá-los sobre o cenário da administração pública

Percebem-se inúmeros casos de corrupção envolvendo agentes públicos em várias esferas do poder público. Para tanto, se torna relevante entender a administração pública, onde não havendo o cumprimento de deveres de cargos de sua ordem, prejudica o bom funcionamento. Dessa forma, levantou-se o problema com a seguinte questão: Como as leis e medidas judiciais podem contribuir para a resolução e punições de crimes contra a administração pública?

A presente pesquisa é de natureza bibliográfica cuja trajetória metodológica a ser desenvolvida, baseia-se nas leituras exploratórias seletiva do material de pesquisa, criando um corpo de literatura compreensível para o tema objeto da pesquisa. Para tal alcance, o levantamento foi realizado através de artigos, livros, teses e pesquisas em fontes digitais.

O desenvolvimento desta pesquisa será dividido em três seções, extraídas dos objetivos específicos, sendo a primeira referente a verificar os princípios da administração pública, a segunda centralizada em mostrar as características do crime de prevaricação, e por fim avaliar a conduta e o dever de ofício do agente público.

1 PRINCÍPIOS NORTEADORES DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O novo marco legal na Administração Pública do Brasil é a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, que em seu preâmbulo anuncia:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988).

Diante desse preâmbulo a constituição se apresenta como nove mecanismo de regulação e pacificação os conflitos e os interesses sociais. Para isso, estabeleceu-se regras que tratam desde os direitos fundamentais do cidadão até a organização dos Poderes estatais e a ordem econômica e social.

No âmbito da administração pública, esse conceito preambular pode ser pautado em cima do planejamento e organização dos serviços públicos, seguindo as normas do direito e princípios constitucionais, visando o bem comum. Nesse sentido, a constituição federal de 1988 adequa esses princípios conforme o art. 37 o seguinte texto:

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” (BRASIL, 1988).

O referido princípio acima, pode ser aplicado tanto quanto à administração, quanto na relação com os administrados. Neste caso, rever-se-ia cada um destes princípios destacadamente.

1.1 DA LEGALIDADE

De acordo com o art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (BRASIL, 1988). Nesse sentido, é coerente dizer todos são regulados legalmente por leis que proporcionam direitos e deveres, ficando os indivíduos vinculados a estes regulamentos, que disciplinam suas atividades.

Em outras palavras, este princípio é uma garantia que protege os indivíduos contra ilegalidades e até mesmo os arbítrios cometidos pelo Estado e por seus membros. Para Stefan (2018, p.149), o princípio da legalidade tem relevância substancial acerca de segurança jurídica, pois reserva todos os indivíduos contra punições e disciplinas injustas. Inclusive está pautada sobre a própria função do administrador público, que deve seguir o

rito de suas atribuições dentro da sua legalidade. Exige, além disso, que exista uma perfeita relação de procedimento entre o ato do agente público e a lei para fins de caracterização legal, onde havendo infração, se impões as sanções legais. Acordo com Ramos *et al*, (2013, p.13), os administradores públicos, por terem competência de natureza decisória, são agentes com poderes e deveres que refletem sobre um conjunto social e, conseqüentemente, tem responsabilidades. Nesse sentido, a administração pública por intermédio de seus administradores, está condicionada a regras legais e às exigências que sejam cumpridos evitando inclusive o ferimento de outros princípios. Os atos que desrespeitam a lei são viciados e alguns vícios não podem ser corrigidos, o que exige a anulação do ato e, eventualmente, se houver má-fé ou falha, a responsabilização do Estado e do agente público.

1.2 DA IMPESSOALIDADE

O princípio da impessoalidade incide sobre a atuação do agente público sem intenções discriminatórias, preferências e interesses, que que visem prejudicar ou beneficiar determinado administrado. De acordo com Salgado *et al*, (2013), a Administração Pública não pode ser manuseada pelos seus agentes no intuito de prejudicar ou beneficiar indivíduos em geral, uma vez que é o interesse público deve estar sobre a raiz funcional de sua atuação.

Diante do exposto, compreende-se que o princípio em foco está relacionado com o sinônimo da igualdade igualdade (arts. 5º, I e 19, III, da CF), atribuindo à Administração tratar igualmente a todos como iguais. Isso significa dizer que os desiguais, ou seja, descumpridores da lei pelo ferimento da impessoalidade devem ser tratados com as mesmas regras legais das penalidades (BRASIL, 1988).

A Lei nº 8.112/90 determina as proibições sobre a atuação dos servidores públicos, demonstrando, novamente, em alguns de seus dispositivos, características do princípio da impessoalidade, conforme menciona o artigo 117, cujos incisos referentes citam:

II - retirar, sem prévia anuência da autoridade competente, qualquer documento ou objeto da repartição; VI - cometer a pessoa estranha à repartição, fora dos casos previstos em lei, o desempenho de atribuição que seja de sua responsabilidade ou de seu subordinado; VIII - manter sob sua chefia imediata, em cargo ou função de confiança, cônjuge, companheiro ou parente até o segundo grau civil; IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública; XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições (BRASIL, 1990).

O referido princípio surge através da relação com o agente público e com os administrados, dentro de características observacionais com indicam a presença de interferências do Estado através de seus agentes por função de ato de ofícios que acontecem por questões impessoais, fugindo do dever de ofício legal, uma vez que, a fundamentação dos atos praticados pela Administração Pública, que neste caso, será senão em prol do interesse da coletividade.

1.3 DA MORALIDADE

Obediência constitucional acerca da administração pública não está somente à lei jurídica, mas também a padrões éticos, como a moralidade. Nesse sentido, o agente público, com poderes e deveres que o colocam na atuação de suas atribuições, deve, necessariamente, distinguir o correto e o errado, promovendo dentro de sua atuação o elemento ético da sua conduta. Decidindo e agindo dentro dos padrões legais e corretos, sem que haja interferências sobre os princípios da administração pública diante da atuação de sua função, sendo honesto. (MEIRELLES, 2012, p. 90). De acordo com Videres (2018), o princípio da moralidade está diretamente ligado a honestidade, lealdade, boa-fé de conduta no exercício das atribuições do agente público, sendo que sua conduta, deve estar diretamente conectada sem a presença de corrupção. Estabelece-se ainda, a obrigatoriedade de observância dos padrões éticos de atuação, assegurando que o exercício da função pública atenda às necessidades da comunidade em geral.

“Pode-se dizer que quando um agente público administrativo descumpra uma regra legal, ele, em tese, poderá ofender o princípio de legalidade. Quando ele pratica um “ato imoral”, ele poderá ofender o princípio de moralidade” (CARVALHO, 2014, p.135).

A quebra de regras éticas e morais pode de alguma forma configurar infração disciplinar e, em casos mais severos, improbidade administrativa. Além disso, todo e qualquer cidadão pode através de denúncias ao ministério público, ajuizar ação popular contra atos públicos que afrontem a moralidade.

1.4 DA PUBLICIDADE

O princípio da publicidade vem do dever de divulgação oficial dos atos administrativos. Ramos *et al* (2013, p. 14), explicam que todo cidadão tem o direito de conhecer as informações sobre seu respeito, e as que dizem respeito da sociedade como um todo. O princípio da publicidade abrange toda a atuação estatal, não só sob o aspecto de divulgação oficial de seus atos, mas, também, para conhecimento da conduta interna de seus agentes.

Atualmente, as normas sobre o acesso a informações estão previstas na Lei 12.527 de 2011, amplamente.

Art. 3º Os procedimentos previstos nesta Lei destinam-se a assegurar o direito fundamental de acesso à informação e devem ser executados em conformidade com os princípios básicos da administração pública e com as seguintes diretrizes: I - observância da publicidade como preceito geral e do sigilo como exceção; II - divulgação de informações de interesse público, independentemente de solicitações; III - utilização de meios de comunicação viabilizados pela tecnologia da informação; IV - fomento ao desenvolvimento da cultura de transparência na administração pública; V - desenvolvimento do controle social da administração pública (BRASIL, 2011).

Portanto, a publicidade dos atos administrativos se apresenta como medida voltada a externar vontade da Administração Pública divulgando seu conteúdo para conhecimento social externo e interno. Para Ramos *et al*, (2013), a publicidade está embasada acerca da divulgação oficial do ato, processos, contratos e outros assuntos de interesse público. Além disso, todo cidadão tem o direito de conhecer as informações que a Administração possua a seu respeito, e as que dizem respeito ao bem de todos.

Sobretudo, a publicidade se ausenta da publicidade pessoal, inclusive deve ser impessoal no sentido de evitar-se de promoção diante de feito para a coletividade, motivo para o qual a Constituição Federal de 1988 veda tal conduta no seguinte dispositivo:

§ 1º A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos (BRASIL, 1988).

Princípio da publicidade está diretamente ligado aos os princípios constitucionais assim como a própria Administração Pública, onde o agente público deve, necessária e imprescindivelmente, dar publicidade à sua atuação, assim como seguir as normas de sua função que também devem ser públicas.

1.5 DA EFICIÊNCIA

Para Meirelles (2012, p.56), o princípio da eficiência baseia-se que a atividade administrativa seja realizada com prontidão, perfeição e rendimento. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se restrinja em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório para a sociedade.

Segundo Videres (2018), este princípio se tornou expresso com o advento da EC 19/98. Ser eficiente é produzir bem, com qualidade e menos gastos. Uma atuação eficiente é pautada pela presteza e, acima de tudo, um bom desempenho funcional, buscando sempre melhores resultados e menos desperdícios, uma vez que toda a coletividade se beneficia disso.

Quanto ao princípio da eficiência, trata-se, claramente, de algo mais do que desejável. Contudo, além disso, a relevância deste princípio é nortear a atuação do Estado e do administrador público diante buscando salvaguardar o interesse público e o erário. Sobretudo, percebe-se que este princípio da eficiência é uma faceta que representa uma grande importância social decorrente de uma boa administração.

2 CRIME DE PREVARICAÇÃO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Os crimes contra a Administração Pública ferem direta ou indiretamente os princípios norteadores apresentados, e estão elencados no Título XI do Código Penal, visando a punição de agentes públicos que praticarem condutas que venham depreciar, de alguma forma, o regular funcionamento destes princípios. Nesse sentido, o decreto Lei nº 2.848/40 (código penal), estabelece tais crimes tipificados no título XI, como ilícitos praticados por funcionário público contra a administração em geral através dos seguintes artigos:

Peculato, art. 312 CP; Peculato furto, art. 312 1º CP; Peculato culposo, art. 312 § 2º. CP; Peculato mediante erro de outrem, art. 313 CP; Extravio, sonegação ou inutilidade de livro ou documento, art. 314 do CP; Emprego irregular de verbas ou rendas públicas, art. 315 do CP; Concussão, art. 316 do CP; Excesso de exação, 1º. § do art. 316 CP; Corrupção Passiva, art. 317 do CP; Facilitação de Contrabando ou descaminho, art. 318 do CP; Prevaricação, art. 319 do CP; Condescendência criminosa, art. 320 do CP; Advocacia administrativa, art. 321 do CP; Violência arbitrária, art. 322 do CP; Abandono de função, art. 323 do CP. (.BRASIL, 1940)

Todos os delitos supramencionados são de ação pública. Ou seja, agente o público por de ofício deve tomar todas providências acerca da observação de crimes. Dessa forma, a Lei nº 8112/90, no art. 143, ressalta que: "A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa" (BRASIL, 1990).

Segundo Stefan (2018, p. 67) ao trilhar sobre o mesmo sentido, reforça que se torna pena de responsabilidade, que a administração pública por meio de seus agentes,

devem tomar providências, com apuração através de sindicância, inquérito ou processo administrativo. Inclusive, a inércia sobre essas medidas, pode-se configurar como exemplo da prevaricação, violando os princípios da eficiência e da legalidade. Nesse caso Pacheco (2008, p.139), diz que o servidor público pode ser responsabilizado administrativo, civil e criminalmente sobre o crime de prevaricação, quando este retardar ou deixar de praticar seu ato de ofício, para satisfazer interesse ou desejo de natureza pessoal. Uma vez que o silêncio administrativo poderia vir a caracterizar-se como este crime.

No entanto, o crime de prevaricação vai além do dever de agir sobre a própria observância desse crime, pois trata-se do descumprimento de ato de ofício de qualquer função da administração pública, ferindo diretamente também o princípio da impessoalidade, da finalidade de satisfazer interesse pessoal. Conforme explica Noronha (2003) *apud* Barros e Silva (2011, p. 59), ao dizer que a prevaricação se trata de crime praticados por funcionários públicos que, nas suas atribuições, buscando satisfazer interesse pessoal ou em favor de terceiros. Logo, prevaricação sinonimamente é a infidelidade do dever de ofício à função exercida, descumprindo obrigações de praxe, por motivo de interesse ou sentimento próprio. É importante ressaltar que a simples preguiça ou o desleixo não configuram esse crime. Neste caso Pacheco (2008, p.140), ressalta que o crime de prevaricação se dar pela ação de natureza flagrante de infração do dever funcional e detectando o fim pessoal. Assim, a conduta de retardar ou deixar de praticar devem ser abrangidas por essa condição.

Para tanto ainda de acordo com Pacheco (2008, p.139), este mesmo autor mostra dois exemplos de características de crime de prevaricação:

Exemplo da primeira conduta seria o funcionário que, por não se dar bem com o requerente de uma certidão, cuja expedição ficou ao seu encargo, deixa de expedi-la no prazo regular. Exemplo da segunda seria a conduta de delegado que, devendo instaurar inquérito policial, ao tomar ciência da prática de um crime de ação civil pública incondicionada, não o faz porque não queria trabalhar demais.

Isto é, um dos crimes que o agente público pode praticar contra o funcionamento regular da administração pública. O ato de ofício é definido pela lei como o decorrente de trabalho do agente público, isto é, ato que deve ser praticado conforme observâncias legais, conforme tratado a seguir.

1.1 A PREVARICAÇÃO DIANTE DO DIREITO PENAL

Conforme visto, prevaricar é a infidelidade ao dever de ofício, ao descumprir obrigações atinentes à função exercida, provocando o delito de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal, da seguinte forma:

Art. 319 - Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa (BRASIL, 1940).

Sobretudo, é relevante destacar alguns conceitos relativos a funcionário público e quanto aos crimes funcionais praticados. Para Videres (2018), na redação do artigo 327 do Código Penal brasileiro é bastante significativa para a compreensão dos tipos de crimes praticados por agentes públicos. O dispositivo define o entendimento acerca do funcionário público para efeitos penais, sendo aquele que exerce cargo, emprego ou função pública direta ou indireta.

O Código de Processo Penal estabelece, nos arts. 513 a 518, uma condição especial para o processo e julgamento dos crimes de responsabilidade dos agentes públicos. Este procedimento refere-se aos crimes afiançáveis praticados por estes agentes contra a Administração Geral, previstos nos arts. 312 a 327 do Código Penal (BRASIL, 1941).

No entanto, com o advento da Lei 12.403/2011, que modificou o instituto da prisão e da liberdade provisória, passou a partir de então ser cabível a fiança a todos esses delitos, ficando os mesmos sujeitos ao seguinte procedimento especial que, resumidamente (BRASIL, 2011).

Logo, a prevaricação é um crime funcional que pode ser praticado apenas por agente público e que fere os princípios da Administração Pública considerando este, como sujeito ativo. Ou seja, tem que ser funcionário público propriamente dito, o que os incluem às condições penais acerca do art. 327 e parágrafos do Decreto-Lei nº 2.848/40, que diz:

Art. 327 - Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.

§ 2º - A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público.

Prevaricação é um crime funcional, ensejado sobre o descumprimento de ato de ofício decorrente de trabalho do agente público, que deve haver sua materialidade para comprovação do crime, através de sindicância, percebendo qualquer ferimento dos princípios da administração pública.

3 A CONDUTA E O DEVER DE OFÍCIO DO AGENTE PÚBLICO

Através do Art. 327 do código penal, é considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora temporariamente ou permanentemente com ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 1º - Iguala-se a agente público quem exerce cargo, emprego ou função em órgão ou autarquia, e quem trabalha para empresa que prestam serviços cujo tem sua condição de contratada ou conveniada para a execução de atividade em prol da Administração Pública. (BRASIL, 1940).

Nesse sentido, Ramos *et al* (2013, p.17), gestores públicos, possuem na sua atribuição deveres específicos do cargo, como o de: agir que significa, que significa dispor pelo agente público a prestação de serviço à comunidade e para com os indivíduos, no sentido sempre desenvolver sua obrigação; o dever de eficiência, onde o agente público deve realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento funcional; o dever de probidade que está constitucionalmente ligado sobre a conduta do agente público como condição necessário à legitimidade de seus atos.

Para tanto, a lei 8112-90 ressalta sobre a responsabilidade do servidor público, a seguinte consideração através do Art. 121. Onde: " O servidor responde civil, penal e administrativamente pelo exercício irregular de suas atribuições". Complementado pelo Art. 122. Que demonstra: "A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, doloso ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros" (BRASIL, 1990).

De acordo com Ramos *et al* (2013, p.22), os servidores públicos, no desempenho de suas funções, devem implicitamente se amparar nos preceitos dos princípios da administração pública, onde sua violação se envolve em quatro ordens penais: administrativa, civil, criminal e improbidade, que devem ser processadas pelo devido processo legal adequado para esta classe.

Portanto, a conduta dos agentes públicos de forma geral, é estabelecido por direitos e deveres que estão associados aos princípios da administração pública e que sua conduta é norteadas por tais princípios, cuja a violação destas condutas, estão regulamentadas por penalidades no âmbito administrativo, criminal, civil e improbidade.

3.1 PENALIDADES ACERCA DOS CRIMES CONTRA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Indubitavelmente, crime de prevaricação se apresenta dentro o código penal no Art. 319, oferecendo no termo desta lei, pena de detenção, de três meses a um ano, e multa. (BRASIL, 1940).

Reforçando esse dispositivo legal, Oliveira (2012, p.198) ressalta que, o delito de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal, tem pena de detenção de 3 meses a 1 ano, com a capacidade de transação pela Lei n. 9.099/95, conforme as sanções administrativas previstas no art. 12, III da Lei de improbidade, que podem incluir com as penalidades revistas nestes dispositivos que pode ser disciplinar, civil, criminal e perda de cargos.

No entanto, as penalidades apontadas para os crimes contra a administração pública seguem uma regra geral que não se restringe apenas a prevaricação, mas a qualquer crime, e que são chamados de improbidade administrativa praticada pelo servidor público.

Conforme relata Ramos *et al*/(2013, p.22), considerando atos de improbidade como infrações graves, que abrange três categorias: 1) Atos que importam enriquecimento ilícito, ou seja, que gerem vantagem patrimonial indevida ao agente público em razão do cargo com sanções de perda da função pública; suspensão dos direitos políticos e multa. 2) Atos que causam prejuízo ao erário, ação ou omissão, dolosa ou culposa, que causa lesão ao erário com sanções de perda da função pública; suspensão dos direitos políticos e multa. 3) Atos que atentam contra os Princípios da Administração Pública são aqueles que violam legalidade, impessoalidade, eficiência, moralidade e publicidade com sanções de perda da função, suspensão dos direitos políticos, prisão e ou multa.

As penalidades, vão desde a sanções disciplinares, demissões, multas até a determinações de prisões, conforme aponta a lei n. 8.112-90 no art.128:

Na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Parágrafo único. O ato de imposição da penalidade mencionará sempre o fundamento legal e a causa da sanção disciplinar (BRASIL, 1990).

De acordo com Oliveira (2020, p.192), as penas para as características de crime cuja natureza seja a improbidade administrativa, que impliquem o enriquecimento ilícito são mais graves do que as previstas para atos de improbidade que causarem prejuízo ao erário. Logo, brandamente, as penas mais suaves previstas pela lei são aqueles referentes à improbidade pela atuação contra os princípios da Administração Pública que tem as penas mais leves acerca dos crimes públicos.

No entanto, a recente lei nº 14.230-21, que Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa, ressalta no “Art. 1º o seguinte:

O sistema de responsabilização por atos de improbidade administrativa tutelar a probidade na organização do Estado e no exercício de suas funções, como forma de assegurar a integridade do patrimônio público e social, nos termos desta Lei. § 1º Consideram-se atos de improbidade administrativa as condutas dolosas tipificadas nos arts. 9º, 10 e 11 desta Lei, ressalvados tipos previstos em leis especiais (BRASIL, 2021).

Para tanto, conforme a mesma lei, dar-se grande atenção para os art. 11 que revoga o crime de prevaricação, tornando-o ainda mais branda, que mostra:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública a ação ou omissão dolosa que viole os deveres de honestidade, de imparcialidade e de legalidade, caracterizada por uma das seguintes condutas: revogando o inciso II que dizia: retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

Ou seja, retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, que é o sinônimo do crime de prevaricação, com a revogação dada pela determinada lei, não se considera como crime de improbidade administrativa para essa conduta. Logo, de acordo com Oliveira (2020, p.167) esse crime se encontra tipificado apenas no código penal, reduzindo seu teor criminal, considerando ainda um crime considerado de menor potencial com punição de prisão e multa.

Em conformidade com as leis acerca das penalidades diante do crime contra a administração pública, foi possível compreender que apesar de os princípios que norteiam a atividade pública administrativa estão fortemente ligadas acerca de preceitos consistentes, sua violação ainda tem punições brandas e ainda mais minimizadas pela lei nº 14.230, que inclusive revogou como crime de improbidade administrativa a conduta de prevaricação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da pesquisa, foi proposto através do objeto de estudo central que foi o tratamento legal acerca dos crime contra a administração pública com ênfase sobre a prevaricação, buscando estabelecer dentro desse contexto, através de uma revisão bibliográfica, elementos de contribuição no sentido de ampliar a compreensão acerca dos

crimes contra a administração pública, ressaltando os princípios norteadores, posteriormente o próprio crime, assim como a conduta do servidor público como base central para o desenvolvimento saudável da máquina pública. Nesse sentido, abordou-se diversas leis, as características da prevaricação e as responsabilidades do agente público.

Foi possível compreender nesse contexto, que o administrador público possui legitimidade para atuar com eficiência diante de suas atribuições. No entanto, vários motivos dificultam o desenvolvimento correto e eficiente destas, uma vez que o próprio modo pessoal pode viabilizar dentro de sua conduta, violações aos princípios da administração pública e que são tratadas pelo próprio regramento legal, que são as leis do direito administrativo

Percebeu-se que a gestão administrativa implica-se na eficiência das atribuições do agente público, uma vez que, suas atribuições estão interligadas com outros preceitos administrativos e sociais. A prevaricação, tem sido um crime funcional de grande problemática, e mesmo sendo previsto em lei essa condição, a sua materialidade precisa ser devidamente comprovada. No entanto, se torna imprescindível que o agente público reconheça a importância da sua função para a sociedade, cujo efeitos das ilicitudes trazem consequências tanto para o âmbito interno nas organizações, quanto externo na sociedade.

Por fim, pontua-se que a prevaricação apesar de ser considerada um crime, possui penas brandas e, com a revogação do Inciso II do art. 11 da lei de improbidade administrativa, cujo ato de retardar e deixar de fazer o dever de ofício, saiu do crime de improbidade conforme nova redação da Lei nº 14.230-21, que embora recente, ainda precisa ser jurisdicionada e doutrinada acerca dessa revogação. De fato, conclui-se que o crime de prevaricação apesar de ser visto como simplório e com penalidade branda, essa conduta tem o potencial de favorecer outros crimes e fere os princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BARROS, Petrônio. SILVA, Isis. **Prevaricação na Tutela e Curatela: Uma Abordagem Doutrinária E Jurisprudencial**. Joao pessoa: Revista Cognitione Juris, 2011.

BRASIL, **Constituição Federal Brasileira**. Brasília-DF: Planalto do Governo, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/historicos/dim/dim4835.htm>. Acesso em. 10 out. 2021

_____, **Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990**. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Brasília-DF: Planalto do Governo, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112cons.htm>. Acesso em. 10 nov. 2021. **Lei**

nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações. Brasília-DF: Planalto do Governo, 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em. 05 nov. 2021. , **Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021.** Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Brasília-DF: Planalto do Governo, 2021. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20192022/2021/Lei/L14230.htm#art1>. Acesso em. 6 nov. 2021.

CARVALHO, Paulo de Tarço. **Conceito Jurídico do princípio da impessoalidade no direito administrativo brasileiro.** 161 f. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP, 2014.

ANÁLISE EM INFORME DA ATUAÇÃO DO SINDICATO NA PANDEMIA DA COVID-19

RAUL AVELINO DOS SANTOS:

Graduando em Direito pela
FAMETRO.

RESUMO: A pesquisa objetiva analisar o contexto geral sobre a análise em informe da atuação do sindicato na pandemia da covid-19, abrangendo os principais aspectos e divergências encontradas no mundo jurídico como problemática, busca-se responder as seguintes indagações: De que forma a pandemia da covi-19 influenciou no sindicato dos trabalhadores? Qual a postura adotada pelos Tribunais diante da complexidade do assunto? Quais os entendimentos jurisprudenciais sobre o tema em questão? Desta feita utilizou-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica, reunindo-se desse modo artigos, livros e etc. com seus respectivos autores a fim de debater sistematicamente sobre o tema. A abordagem do tema, justifica-se as movimentações geradas no período que antecedeu a aprovação da Reforma Trabalhista, em 2017, entidades sindicais de todo o país vivenciaram um enfraquecimento, tanto no âmbito constitucional quanto no poder de atuação diante da redução de arrecadação, com o fim da obrigatoriedade do chamado imposto sindical. As entidades, tanto as que representam trabalhadores quanto as patronais, testemunham no âmbito da pandemia do coronavírus o início do movimento de resgate da valorização da atuação de sindicatos. Após dois anos da lei 13.467/2017, conhecida como “reforma trabalhista”, entrar em vigor, o futuro das entidades sindicais permanece incerto e os impactos começam a notados em um momento de pandemia, o que tornou necessário a adoção de medidas emergenciais para a regulamentar as relações de trabalho nesta situação excepcional, verifica-se a necessidade de se estudar de se elucidar e contextualizar o tema, debatendo sobre as dificuldades enfrentadas pela doutrina e pela jurisprudência na responsabilização dos sindicatos dos trabalhadores;

PALAVRAS-CHAVE: Sindicatos dos trabalhadores; Pandemia covid-19; Reforma trabalhista; Medidas provisórias.

ABSTRACT: The research aims to analyze the general context of the analysis in a report on the union's performance in the covid-19 pandemic, covering the main aspects and divergences found in the legal world as a problem, seeking to answer the following questions: How does the pandemic of covi-19 influenced the workers union? What is the posture adopted by the Courts in view of the complexity of the matter? What are the jurisprudential understandings on the subject in question? This time, bibliographic research was used as a methodology, thus bringing together articles, books and so on. with their respective authors in order to systematically debate the topic. The approach to the topic is justified by the movements generated in the period before the approval of the Labor Reform, in 2017, union entities across the country experienced a weakening, both in the constitutional sphere and in the power to act in the face of reduced revenue, with the end

of the obligatory nature of the so-called union tax. Entities, both those representing workers and employers, witness, within the scope of the coronavirus pandemic, the beginning of the movement to rescue the valorization of the work of unions. Two years after Law No. 13,467/2017, known as the "labour reform", came into force, the future of union entities remains uncertain and the impacts are beginning to be noticed at a time of pandemic, which made it necessary to adopt emergency measures for the regulating labor relations in this exceptional situation, there is a need to study to elucidate and contextualize the theme, debating the difficulties faced by doctrine and jurisprudence in the accountability of workers unions;

KEYWORDS: Workers unions; Pandemic invite-19; Labor reform; Interim measure

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO, 1 CONCEITO DE SINDICATO, 1.1 A origem e papel dos sindicatos, 1.2 Papel do sindicato, 2 A PANDEMIA (COVID-19), 2.1 primeiras medidas adotadas, 2.2 Medidas de distanciamento social,

3 ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 936, 3.1 Medida provisória nº 927/2020, 3.2 As medidas na pandemia e o papel no sindicato, 3.3 Perspectivas dos sindicatos depois da pandemia, 4 RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA E SUAS OBRIGAÇÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO, 4.1 Papel social das empresas durante a pandemia de covid-19

INTRODUÇÃO

A partir da II Guerra Mundial a atenção dos cientistas políticos e sociólogos começa a se voltar para as questões atinentes ao sindicalismo dos países em vias de industrialização. Até então, como era natural, os estudos e pesquisas sobre a classe operária concentravam-se quase unicamente sobre as regiões de velha industrialização, onde tinha surgido um proletariado industrial política e socialmente expressivo. Era relativamente lógico considerar que as orientações que, grosso modo, marcaram a classe operária nas regiões hoje desenvolvidas tenderiam a se reproduzir nos demais países que iniciavam tardiamente o desenvolvimento. Segundo a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 8º, caput, cabe a defesa dos direitos e interesses individuais ou coletivos da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. A plenitude da liberdade consiste na concepção de que ela seja um bem de todos e que cada um estabeleça livremente seus limites. O início da pandemia no Brasil encontra as instituições públicas estatais (a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho) e o sindicalismo fragilizados e sob constante ataque. Um sindicalismo que se encontrava restringido à busca de preservação das estruturas das entidades, marcado pela ausência de uma estratégia voltada para repensar sua representatividade junto aos trabalhadores e o seu papel junto à sociedade. Com a duração indefinida da pandemia, surgiu a necessidade de resguardar a economia, o que levou a Presidência da República a adotar medidas provisórias, respeitando o art. 62 da Constituição Federal de 1988, visto que estamos tratando de um

“caso de relevância e urgência”, motivado por estado de Calamidade na saúde pública, atípica e imprevisível.

Portanto, pesar da extrema excepcionalidade exigida, por se tratar de medidas urgentes, as características do direito brasileiro, apenas aceita mudanças que sejam arquitetadas com precisão cirúrgica, para que de forma alguma comprometa as garantias constitucionais, sendo assim, necessário possibilitar que o contrato de trabalho fosse suspenso ou que houvesse a redução salarial, desde que os empregadores pagassem parte dos salários, os empregados sofreriam redução em seus ganhos e o Estado suportasse parte do custo dessa operação tripartite, para que houvesse injeção de recursos na economia. Como a constituição somente permite redução de salário com a participação dos sindicatos mediante celebração.

de convenção ou acordo coletivo de trabalho, que teve sua solução encontrada pela Presidência da República, através de medida provisória, autorizar a suspensão contratual e redução salarial, por simples aditamento ao contrato de trabalho, sem a participação do sindicato, observando que alguns determinados atos ainda exigem a participação do sindicato.

1 CONCEITO DE SINDICATO

A palavra “sindicato” tem origem francesa, embora a expressão “sindicato” tenha sido encontrada anteriormente, no direito romano, para designar os mandatários encarregados de representar uma coletividade, e no direito grego (sundike). A Lei Chapellier empregou o vocábulo “sindicato” como sinônimo de sujeito diretivo de grupos profissionais. Segundo Juan Garcia Abellan, daí derivou a palavra “sindicato”, para se referir aos trabalhadores e associações clandestinas por eles organizadas no período subsequente à Revolução Francesa de 1789 e no período abolicionista das coalizões de trabalhadores que se seguiu. Em 1810, a Chambre Syndicale du Bâtiment de la Saint-Chapelle, entidade parisiense constituída por diversas corporações patronais, emprega essa mesma expressão formalmente.

Entendemos que sindicato é uma forma de organização de pessoas físicas ou jurídicas que figuram como sujeitos nas relações coletivas de trabalho.

A característica principal do sindicato é ser uma organização de um grupo existente na sociedade. Essa organização reúne pessoas físicas, os trabalhadores, mas pode reunir igualmente pessoas jurídicas, as empresas, uma vez que estas se associam em sindicatos também — os sindicatos de empregadores. As pessoas que se associam o fazem não para fins indiscriminados, mas como sujeitos das relações coletivas de trabalho.

As origens do movimento sindical no Brasil remontam ainda ao final do século XIX, quando da formação das primeiras entidades de auxílio mútuo, quase sempre ligadas às categorias mais fortes. Com a organização dos trabalhadores em entidades de resistência no início do século XX, percebe-se que o operariado, ainda que mantivesse várias prerrogativas das entidades beneficentes, como auxílio aos funerais de um filiado, já tinha a clareza que só conquistaria melhores salários e condições de trabalho se contrapusesse ao capital. Como forma de conseguirem se articular e demonstrarem as suas ações cotidianas, essas entidades, quando seus recursos financeiros permitiam, fundavam jornais, que, além de funcionarem como uma propaganda da atuação do sindicato, propiciavam uma melhor articulação das entidades combativas, como na formação de uniões operárias locais, federações regionais e estaduais e confederação nacional. Em que pese a abnegação dos militantes operários desse período, caso de Edgar Leuenroth, é notória a falta de periódicos sindicais do Norte e Nordeste do país (encontramos apenas exemplares de algumas capitais e cidades maiores), sendo que aqueles que apresentaram menor intermitência eram principalmente do Rio de Janeiro e de São Paulo. Esse fato devia-se às dificuldades de organização dos sindicatos localizados nas regiões de menor industrialização, o que ocasionava uma menor presença sindical. Com o apoio de alguns autores citados adiante, e tendo também a presença dos arquivos operários, detectamos que grande parte dos periódicos sindicais até meados da década de 1920 era de predominância anarquista e sindicalista-revolucionária. Isso pode significar uma presença mais coesa dessas entidades pelo país nesse período em estudo. Até recentemente (início da década de 1990) historiadores e cientistas sociais declaravam os sindicatos mais combativos no Brasil como anarcossindicalistas. No presente trabalho, optamos por usar o termo "sindicalismo-revolucionário", mais presente nos trabalhos de Toledo (2004), visto que o anarcossindicalismo, de fato, não se estruturou no Brasil, como em outras nações latinas, casos da Espanha e de Portugal. Entretanto, isso não significava que essa tendência (sindicalismo -revolucionário) não teria nenhum vínculo com o anarquismo, como pretende demonstrar essa autora, principalmente a partir do início da década de 1930, quando, como forma de demarcar as diferenças ideológicas com os comunistas, por exemplo, esses sindicatos já abertamente chamavam-se anarquistas.

1.1 A origem e papel dos sindicatos

Desde a divisão da sociedade em classes, após a superação da comuna primitiva, a história das sociedades é marcada pela luta entre explorados e exploradores. Isto ocorreu no sistema escravista, no modo de produção asiático, no feudalismo e ocorre até hoje no capitalismo. É nesse último sistema econômico, entretanto, que a luta de classes atinge a sua plenitude. O Sindicato, objeto de nosso estudo, é um fenômeno típico desse sistema. Ele só surge no modo de produção capitalista. A palavra surge do francês - *syndic* - que significa "representante de uma determinada comunidade". Com a queda do feudalismo na Europa, num longo processo iniciado a partir do século 17, a sociedade se divide

claramente em duas classes. De um lado, a burguesia, dona dos meios de produção - instalações, máquinas, matérias primas etc. O termo burguesia deriva de burgos, que eram as pequenas localidades nos arredores dos feudos, onde viviam os comerciantes e os artífices - os germes dos futuros industriais. Do outro, o proletariado, desprovido de tudo, obrigado a vender a sua força de trabalho aos capitalistas. A expressão proletariado vem do latim da antiga Roma e designa os cidadãos que viviam à beira da miséria e que tinham uma prole numerosa. Lênin, dirigente da revolução russa de 1917, sintetiza de maneira simples as características desse sistema. "Denomina-se capitalismo a organização da sociedade em que a terra, as fábricas, os instrumentos de produção etc., pertencem a um pequeno número de latifundiários e capitalistas, enquanto a massa do povo não possui nenhuma ou quase nenhuma propriedade e deve, por isso, alugar sua força de trabalho. Os latifundiários e industriais contratam os operários, obrigando-os a produzir tais ou quais artigos que eles vendem no mercado. Os patrões pagam aos operários exclusivamente o salário indispensável para que estes e suas famílias mal possam sub-existir. Tudo o que o operário produz acima dessa quantidade de produtos necessária à sua manutenção, o patrão embolsa isso: isso constitui o seu lucro. Portanto, na economia capitalista, a massa do povo trabalha para os outros, não trabalha para si, mas para os patrões, e o faz por um salário. Compreende-se que os patrões tratem de reduzir o salário, quanto menos aos operários, mais lucro lhes sobra. Em Desde a divisão da sociedade em classes, após a superação da comuna primitiva, a história das sociedades é marcada pela luta entre explorados e exploradores. Isto ocorreu no sistema escravista, no modo de produção asiático, no feudalismo e ocorre até hoje no capitalismo. É nesse último sistema econômico, entretanto, que a luta de classes atinge a sua plenitude. O Sindicato, objeto de nosso estudo, é um fenômeno típico desse sistema. Ele só surge no modo de produção capitalista.

1.2 Papel do sindicato

Nessa primeira fase de existência, o sindicalismo vai demonstrar que é um instrumento indispensável para os assalariados. Com a expansão do capitalismo, que se torna o sistema predominante a partir do século passado, os sindicatos vão se espalhar pelo mundo. Deixam de ser um fenômeno na Inglaterra. Num processo dialético, em que o capital impera, suas contradições aparecem, as lutas operárias têm início e, conseqüentemente, surgem os sindicatos. Todos os avanços sociais, mesmo que pequenos ou parciais, serão fruto dessa luta e da formação dos sindicatos. Nada será dado de mão-beijada pelo capital; nada cairá do céu. Cada nova reivindicação apresentada pelos trabalhadores representa, num primeiro momento, a redução da taxa de mais-valia do patrão. Por isso, depende de luta, de pressão organizada. A história da legislação trabalhista no mundo será a história da luta de classes, em que os sindicatos jogarão um importante papel.

2 A PANDEMIA (COVID-19)

No dia 31 de dezembro de 2019, foi identificado em Wuhan, na China, o primeiro caso da doença causada pelo novo corona vírus, SARS-CoV2, que teve seu nome definido pela Organização Mundial de Saúde (OMS): COVID-19. Espalhando-se rapidamente pelo mundo, iniciando pelo continente asiático e depois se alastrou para outros países. Os coronavírus são grandes vírus de RNA de fita simples, positivos, que infectam humanos, mas também uma grande variedade de animais. Os coronavírus foram descritos pela primeira vez em 1966 por Tyrell e Bynoe, que cultivaram os vírus de pacientes com resfriados comuns. Com base em sua morfologia como víriões esféricos com uma concha central e projeções de superfície que se assemelham a uma coroa solar, eles foram denominados coronavírus (latim: corona = coroa). Seus principais sintomas são: coriza, dor de cabeça, febre, tosse, dor de garganta, perda de olfato e paladar, falta de ar, cansaço, hiporexia, distúrbios gastrintestinais, podendo evoluir para dificuldades respiratórias graves como pneumonia. Em 11 de março, a Organização Mundial da Saúde (OMS), definiu o surto da doença como Pandemia. Entre suas características, como o tempo de incubação, facilidade no contágio, canais de transmissão de infectados sintomáticos e assintomáticos, fez com que a doença avançasse cada vez mais rápido pelo mundo, sendo agravada pela inexistência de um tratamento convencional, como por exemplo, vacinas ou medicamentos eficazes. Sua principal forma de propagação acontece quando gotas de fluidos corporais caem em superfícies compartilhadas após alguém tossir ou espirrar. Portanto foi recomendado a população a higiene das mãos com água e sabão com frequência, utilização do álcool gel e máscaras, para evitar a disseminação. Estimasse que a COVID-19 terá o poder de infectar até 70% da população mundial, em um curto período, podendo ganhar o posto de uma das maiores pandemias já existentes na história. Após sua chegada ao Brasil, nos trouxe um cenário de paralisações nos meios de produção e de uma consequente crise econômica, fazendo com que necessitássemos urgentemente de uma análise no que se diz respeito as relações trabalhistas, visto as dúvidas geradas a respeito dos direitos dos empregadores e empregados.

2.1 primeiras medidas adotadas

A partir de 04 de fevereiro de 2020, o governo iniciou a adoção de normas para minimizar os efeitos da pandemia. As primeiras medidas adotadas foram publicadas pela Portaria nº 188, 03/02/20, onde foi declarado estado de Emergência em Saúde Pública e a Lei 13.979, 06/02/2020 que estabeleceu medidas para conter a propagação do vírus, como a quarentena e o isolamento social. 8 Com o intuito de conter a transmissão do vírus, o governo federal e os governos estaduais, determinaram o fechamento dos estabelecimentos de atividades não essenciais, acarretando o fechamento de diversos setores e a suspensão do trabalho, pondo em pratica o isolamento social e a quarentena, por 15 dias, inicialmente. A Lei 13.982/20 dentre suas demais medidas, institui o Auxílio emergencial, com o intuito de amparar todos os cidadãos maiores, que não possuíam emprego formal, sem trabalhadores, maiores, sem vínculo ativo na CLT e que não sejam

agentes públicos, desde que exerça atividade nas condições de Microempreendedor individual (MEI); Contribuinte individual, Trabalhador informal, seja ele empregado, autônomo ou desempregado; e/ou Trabalhador intermitente inativo. Também prevê que o auxílio substituiria o benefício do bolsa família, nas situações em que fosse mais vantajoso. Ademais, também foram utilizadas o fechamento de fronteiras e restrição de estrangeiros no país, mesmo os pertencentes ao Mercosul, de forma excepcional, com duração limitada ao estado de calamidade, com a finalidade de conter a pandemia. Essas medidas tomadas foram de extrema importância para reduzir os impactos presentes e futuros da situação de urgência, para atender as necessidades públicas e garantir a dignidade da pessoa humana, visto que tais leis resguardam principalmente os trabalhadores. Entre todas essas medidas, as principais que regulamentaram a situação dos trabalhadores subordinados, foram as medidas provisórias nº 927 e nº 936.

2.2 Medidas de distanciamento social

O levantamento das legislações referentes à implementação das medidas de distanciamento social foi realizado para cada UF brasileira. A busca foi realizada nas páginas eletrônicas oficiais do Governo e no Diário Oficial das UF. Foram considerados decretos, leis, portarias, notas técnicas e deliberações do Comitê Extraordinário COVID-19 (esta última para Minas Gerais), todos publicados no período do estudo.

As seguintes informações foram extraídas das legislações identificadas e inseridas em uma planilha de dados estruturada para essa finalidade: data da publicação e descrição da norma, tipo de medida implementada e data da implementação. Os dados foram coletados no período de 10 de março de 2020 a 1º de julho de 2020 por uma equipe de três pesquisadores.

3 ANÁLISE DA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 936

A Medida Provisória nº 927/2020, promulgada em 22 de março de 2020, teve como objetivo principal a criação de condições para a preservação de empregos e a Medida Provisória nº 936/2020, promulgada em 01 de abril de 2020, foi criada com a intenção de preservação do emprego e a renda e garantindo a continuidade das atividades laborais e empresariais, com finalidade da redução dos impactos sociais decorrentes do estado de calamidade pública e a declaração de emergência de saúde pública.

São medidas que impactam diretamente nas relações trabalhistas brasileiras e acabaram promovendo uma inversão nas normas do direito trabalhista, onde na MP nº 927 imperou o acordo individual entre empregado e empregador sobre a negociação coletiva e as leis de regência, e a MP 936, estabeleceu a possibilidade de reduzir salários e jornadas, bem como de suspensão coletiva do contrato de trabalho, valendo salientar que foi convertida em lei.

3.1 Medida provisória nº 927/2020

Com o atual momento que estamos vivendo a MP nº 927 de 22/03/2020 dispõe sobre as questões trabalhistas para o enfrentamento do estado de calamidade pública, no qual traz alternativas para os empregadores tomar, visando a preservação do emprego e da renda. Segundo BRASIL (2020) as medidas trazidas pela MP nº 927 são:

- Teletrabalho;
- Antecipação de férias individuais;
- Concessão de férias coletivas;
- Aproveitamento e a antecipação de feriados;
- Banco de horas;
- Suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho;
- Deferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS.

Outro ponto de toque é a possibilidade de tratativa entre empregado e empregador, que largou a relação e a tornou mais autônoma, uma vez que agora pode ser formalizada por meio de contrato escrito, desde que siga o princípio da Supremacia da Constituição Federal

3.2 As medidas na pandemia e o papel no sindicato

O estado de calamidade pública determinado pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20.03.2020, para o Brasil, marcou uma sucessão de diversos provimentos legais, nomeadamente leis, medidas provisórias, decretos, portarias, resoluções e até a Emenda Constitucional nº 106, de 7.5.2020, que, instituiu, em razão de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente de pandemia, (...) regime extraordinário fiscal, financeiro e de contratações para atender às necessidades dele decorrentes, somente naquilo em que a urgência for incompatível com o regime regular, afastando a observância da regra contida no nº III do art. 167 da Lei Fundamental.

Nomeadamente em matéria trabalhista, podem ser encontradas, dentre as muitas normas editadas, algumas Medidas Provisórias que merecem atenção, a começar pela nº 927, de 22.3.2020, cujo art. 18, tratando de suspensão do contrato de trabalho, foi revogado logo no dia posterior, pela Medida Provisória nº 928. Foi a Medida Provisória nº 927 que estabeleceu as primeiras medidas trabalhistas para o período pandêmico, inclusive sobre teletrabalho, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletivas,

proveitamento e antecipação de feriados, banco de horas, suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, direcionamento do trabalhador para qualificação, e diferimento do recolhimento do FGTS. Igualmente essa Medida Provisória adotou duas regras relevantes: (1) suas disposições, visando a preservação do emprego e da renda, constituem hipótese de força maior, afastando qualquer possibilidade de ser argumentada a ocorrência de *factum principis* (parágrafo único do art. 1º)⁸; (2) para garantir a manutenção do contrato de trabalho podem ser celebrados acordos individuais escritos entre empregador e empregado, que foram colocados hierarquicamente acima das demais normas legais e negociados, limitados aos termos da Constituição (art. 2º).

No entanto, pelo Ato nº 97, de 4.8.2020, do Presidente do Congresso Nacional, sua vigência foi encerrada. A Medida Provisória nº 936, de 1.4.2020, instituiu o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. Muito questionada, essa medida provisória foi objeto de exame no Supremo Tribunal Federal (STF) em diversas ADIs, tendo na de nº 6.363-DF, originalmente relatada pelo Min. Ricardo Lewandowski, sido decidido, em sede de cautelar, pelo Pleno da Corte, em sessão de 17.4.2020, que os acordos individuais celebrados ainda que sem assistência ou anuência do sindicato de classe do trabalhador possuem plena validade, nos termos do voto condutor da divergência de autoria do Min. Alexandre de Moraes. Convertida na Lei nº 14.020 de 6.7.2020, essa norma previa o retorno da ultratividade do Direito do Trabalho do Brasil (art. 17, IV), mas foi vetada pelo Presidente da República, considerando que:

A propositura legislativa contraria o interesse público, tendo em vista que a vedação atualmente em vigor à ultratividade das normas coletivas, por força da reforma trabalhista (Lei nº 13.467, de 2017), visa incentivar a negociação, a valorização da autonomia das partes e a promoção do desenvolvimento das relações de trabalho.

A Medida Provisória nº 944, de 3.4.2020, foi convertida na Lei nº 14.043, de 19.8.2020, criando o Programa Emergencial de Suporte a Empregos, destinado a realização de operações de crédito com empresários, sociedades empresárias e sociedades cooperativas, excetuadas as sociedades de crédito, com a finalidade de pagamento de folha salarial de seus empregados, com receita bruta anual superior a R\$ 360.000,00 e igual ou inferior a R\$ 50.000.000,00, calculada com base no exercício de 2019. O que se tem dessas medidas é a preocupação patente com a sobrevivência das empresas, a preservação dos empregos e o futuro do país, em meio às impensáveis dificuldades causados pela pandemia da corona vírus.

Em suma, os sindicatos são, para o bem ou para o mal, os representantes históricos do trabalho socialmente protegido no Brasil e, assim, podem ser um componente

importante da organização “desde baixo” das demandas por trás do conflito social que os poderes constituídos intuem que devem remediar “a partir de cima”.

3.3 Perspectivas dos sindicatos depois da pandemia

O mundo pós-pandêmico revela-se inovador na vida das pessoas, tanto naturais ou físicas, que estão sendo levadas a reaprender sobretudo regras de convivência, como jurídicas, de todas as modalidades, que precisam redescobrir meios e instrumentos informatizados para que se conservem úteis na sociedade. Os sindicatos, patronais e de trabalhadores, no Brasil e em qualquer lugar do planeta, precisam se reinventar. O grande passo será, um dia, mudar a estrutura sindical brasileira. Isto é, eliminar a unicidade sindical e adotar a pluralidade sindical, deixando aos parceiros sociais a decisão de unir ou separar, como criar e o que criar, dar-lhes verdadeiramente autonomia e, com isso, a estabilidade que precisam.

A esse fim, é indispensável a revisão do art. 8º da Constituição que, mandaria o bom senso, deveria consignar apenas que é livre a associação profissional ou sindical, como consta em seu caput, observando o próprio interesse e a vontade soberana dos que a ela se filiam, extirpados todos os oito desnecessários incisos atuais. Com isso, e com todas as vênias, assim estaria verdadeiramente alcançada a liberdade sindical em nosso país.

De outro lado, a principal dificuldade enfrentada pelos sindicatos brasileiros não é decorrente da calamidade causada pelo vírus maldito. O nosso drama sindical precede a pandemia. Começou quando a Lei nº 13.467/2017 entrou efetivamente em vigor, em novembro daquele ano, e a receita das entidades desabou. Acabou a contribuição sindical compulsória, anualmente descontada de todos os trabalhadores brasileiros, e como também das categorias econômicas. Os sindicatos obreiros sofreram grandemente com isso, inclusive, como apontamos acima, com a de sindicalização crescendo de modo assustador. É preciso, nesse particular encontrar formas, e rapidamente, porque as despesas e as cobranças continuam e a vida segue.

Torna-se imperioso que se estabeleça claramente a diferença entre defesa de direitos e interesses, que consta do inciso III do art. 8º Constitucional, de conquistas feitas pelo sindicato em prol de seus associados. Ora, direitos e interesses o sindicato deve defender de todos os integrantes da categoria (associados ou não). Conquistas são vitórias conseguidas pelo sindicato de trabalhadores junto à classe patronal, na defesa do interesse associativo, isto é, em favor de seus associados.

Quem quiser se beneficiar dessas conquistas, deve pagar por elas. Se é associado, beneficia-se porque recolhe a mensalidade social. Se não é, deve pagar uma contribuição assistencial, que inclusive está prevista na CLT, no art. 513, e, quando admite que, dentre as prerrogativas dos sindicatos encontra-se a de impor contribuições a todos aqueles que

participam das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas. No direito norte-americano, a Lei Taft-Hartley, reconhecendo a necessidade social do sindicato para atuar, necessita arrecadar de todos, se todos se beneficiam daquela conquista. É a conhecida cláusula *agency shop*, sendo necessária para que ocorra a autorização do não-associado, em respeito ao exercício da liberdade sindical negativa que está usufruindo.

É certo, porém, que, se o cumprimento desta cláusula, que não é discriminatória, não ocorre por parte do não-sindicalizado que se beneficie de uma conquista da entidade sindical. E o cumprimento dar-se-á a partir do recolhimento do valor da contribuição, quando o beneficiário poderá exigir seu cumprimento conforme ajustado. Nessa nova circunstância, é razoável admitir que teremos o aumento da taxa de sindicalização para que todos se beneficiem das conquistas, que não são direitos e interesses.

Além disso, devemos refletir sobre a necessidade de incrementar, quanto aos deveres dos sindicatos de empregados, aquele constante da alínea b do parágrafo único do art. 514 consolidado. Está consignado que os sindicatos de categoria profissional têm o dever de fundar e manter escolas de alfabetização e pré-vocacionais. Se as taxas de alfabetização absoluto estão razoáveis no Brasil (6,8% em 2018¹⁰), não se pode dizer o mesmo do conhecimento digital.

É reconhecida o analfabetismo digital que existe em nosso país. Possuir telefone celular (quase todos possuem pelo menos um) não significa inferir que está apto a lidar com tecnologia da informação, por corolário, os sindicatos de trabalhadores têm o dever em manter escolas de informática, proporcionando a que seus associados (não se trata de direitos e deveres, e a regra não é, portanto, o do art. 8, III, da Constituição) e somente estes e seus familiares, possam participar das atividades dessas escolas de formação e aperfeiçoamento profissional

4 RESPONSABILIDADE SOCIAL DA EMPRESA E SUAS OBRIGAÇÕES NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Sabemos que a relação entre a empresa e o empregado não se restringe àquele instrumento contratual que foi firmado no início da relação de labor. Essa ideia de que a relação de trabalho é um pacto em que, de um lado, tem-se o empregado que presta serviços e, do outro, a empresa que paga salário, já caiu em desuso. Nos tempos modernos e na sociedade atual em que vivemos, as empresas buscam se destacar no mercado competitivo cada vez mais, e é aí que se verifica o diferencial daquelas que veem a relação de trabalho não apenas como um meio negocial de produtividade em detrimento do capital humano, mas sim como uma relação de cidadania na qual se vislumbra um cenário em que o trabalhador exerce suas atividades laborais com liberdade, realização pessoal e profissional (JOÃO, 2018). Esse tipo de visão é pautado na política de valorização do

trabalho, em que se busca o exercício da atividade empresarial com respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Em outras palavras, a relação de trabalho travada entre o empregado e a empresa dever ser um tipo de enlace mais humanitário do que aquele baseado na prestação e contraprestação do serviço laboral. Nesse aspecto, também vem se posicionando a jurisprudência trabalhista no Brasil, como podemos perceber no julgado prolatado pelo Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, São Paulo, nos autos do processo 10009605020175020037, no qual o colegiado confirmou a sentença do juízo de piso em que concedeu à autora, a qual pedia redução da jornada de trabalho sem que houvesse redução do salário, o direito de cuidar de seu filho, que sofria de autismo. Vejamos que se trata de uma decisão em que houve rompimento dos limites estabelecidos no contrato de trabalho, passando-se a valorizar o compromisso de proteção social mais ampla ao trabalhador (BRASIL. 2020).

4.1 Papel social das empresas durante a pandemia de covid-19

Uma vez balizados os conceitos de responsabilidade social, função social e filantropia empresarial, os quais estão associados à atuação social das empresas, é oportuno o debate acerca do comportamento dessas organizações durante os primeiros meses da crise ocasionada pela propagação de COVID-19.

Diante da pandemia, ganhou força o debate sobre o papel das empresas para além da geração de emprego e renda, movimentação da econômica e pagamento de impostos. Nessa perspectiva, a atuação social da empresa assume um novo significado e exige uma nova postura institucional nesse sentido. A solidariedade e o agir em prol da coletividade, com o objetivo de reduzir em alguma medida os inúmeros impactos sociais e econômicos oriundos dessa crise alcançaram, além dos indivíduos, a sociedade civil organizada e as empresas.

CONCLUSÃO

Análise em informe da atuação do sindicato na pandemia da covid-19, as páginas precedentes levam-nos a encerrar essa avaliação da organização sindical em alguns países desenvolvidos com uma questão que inevitavelmente se coloca: sobre a ação dos sindicatos selecionados, foram analisadas as seguintes dimensões, considerando a situação de pandemia e seus impactos sobre os trabalhadores representados por aquelas entidades: as ações e conquistas para proteção dos trabalhadores e suas condições de trabalho; as iniciativas para manter o trabalho de organização sindical; a forma como constroem campanhas de ação solidária junto aos trabalhadores e comunidades atingidas pela crise.

Em suma, os sindicatos são, para o bem ou para o mal, os representantes históricos do trabalho socialmente protegido no Brasil e, assim, podem ser um componente importante da organização “desde baixo” das demandas por trás do conflito social que os poderes constituídos intuem que devem remediar “a partir de cima”. Mais do que de declarações públicas e alianças formais, assim, a relevância dos sindicatos tradicionalmente estabelecidos no Brasil dependerá nos próximos anos de um equilíbrio difícil entre a defesa de seu papel de representantes da “utopia” histórica do trabalho protegido no país e a permeabilidade a novos sujeitos e formas de organização.

A possibilidade de impor uma pauta sindical em defesa dos trabalhadores na conjuntura nacional constitui um desafio central para o sindicalismo nesse contexto de pandemia: a defesa do emprego e dos salários, de condições dignas de trabalho, dos acordos coletivos e da legitimidade dos sindicatos como representantes dos interesses coletivos dos trabalhadores. O acerto na estratégia sindical, nesse momento, pode reposicionar os sindicatos de forma mais favorável se comparado aos últimos trinta anos no Brasil

REFERÊNCIAS:

- ARAMAKI, Luis Filipe Aguiar. **Responsabilidade social das empresas em meio a pandemia do Covid-19 no ano de 2020: Uma análise a partir de múltiplos casos do comitê.** Itaqui-Bacanga. 2020.
- BOFF, Amanda Brazaca. **O teletrabalho no contexto da pandemia: interpretação da Medida Provisória nº 927/2020 à luz do artigo 7º, XIII, da Constituição Federal.** Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região, v. 24, n. 1, p. 177-183, 2020.
- BORGES, Altamiro. **Origem e papel dos sindicatos.** Confederação Nacional dos Trabalhadores (2006).
- CAMPOS, Anderson de S. **SINDICALISMO NO CONTEXTO DE PANDEMIA NO BRASIL.**
- DE MATOS SILVA, Leonardo Rabelo; ECCARD, Ana Flávia Costa; TEZA, Jordana Aparecida. **COMENTÁRIOS À MEDIDA PROVISÓRIA 927/2020 E O TRABALHO NA ERA PÓS-PANDÊMICA.** Direito em Movimento, v. 18, n. 1, p. 129-138, 2020.
- DE SOUZA, Karoline Rodrigues; BENTIVOGLIO, Elaine Cristina Saraiva. A atuação sindical profissional: **repercussões da reforma trabalhista e medidas emergenciais em virtude da pandemia.** Revista do Curso de Direito, v. 15, n. 15, p. 89-112.
- MONTEIRO, Jadson Azeredo. **A flexibilização das obrigações trabalhistas frente a pandemia do corona vírus COVID-19.** Revista Científica UNIFAGOC-Jurídica, v. 5, n. 1, 2021.
- PAULA, Amir El Hakim de. **A relação entre o Estado e os sindicatos sob uma perspectiva territorial.** 2015.
- RODRIGUES, Leôncio Martins. **Trabalhadores, sindicatos e industrialização.** 2009.

RODRIGUES, LM. Introdução. In: **Trabalhadores, sindicatos e industrialização** [online]. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009, pp 1-7. ISBN: 978-85-99662-99-1. Available from SciELO Books

VELAVAN, Thirumalaisamy P .; MEYER, Christian G. **The COVID-19 epidemic. Medicina tropical e saúde internacional** , v. 25, n. 3, pág. 278, 2020.

AS POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS AOS ADOLESCENTES EM CONFLITO COM A LEI EM CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS SOCIEEDUCATIVAS

ABIGAIL FAGUNDES MACHADO:

Graduanda do Curso de Direito pelo
Centro Universitário São Lucas -
Porto Velho/RO

MARCELO LIMA DE OLIVEIRA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem o objetivo de levantar as Políticas Públicas voltadas aos adolescentes em conflito com a lei que cumprem medidas socioeducativas no Brasil, com o intuito de verificar se as mesmas são suficientes para alcançar a ressocialização, destacando as que vem sendo e que serão desenvolvidas especificamente na Capital de Rondônia, Porto Velho, no período de 2014 a 2024. A problemática gira em torno de que com a vigência da Doutrina da Proteção Integral, as crianças e adolescentes passaram a serem tratadas como sujeitos de direito e detentores da proteção integral, uma vez que se faz necessário o desenvolvimento de políticas públicas capazes de amparar os indivíduos que se encontram em situação de delinquência para integrá-los à sociedade, inclusive que envolvam a família e a sociedade em sua execução, pois é necessário que o adolescente encontre um ambiente propício para se desenvolver, principalmente após o cumprimento de uma medida socioeducativa. No mais, foi possível verificar, que as políticas públicas existentes atualmente em nível nacional e no Estado de Rondônia em prol desses sujeitos são pouco articuladas e não recebem recursos suficientes para obter êxito na sua aplicabilidade, logo, tornam muitas vezes as medidas socioeducativas ineficazes.

Palavras-chave: Adolescentes em conflito; medidas socioeducativas; políticas públicas.

ABSTRACT: This article is destined to raise the Public Politics towards teenage offenders that comply socioeducational measures in Brazil, with the intent to verify if those will be enough to achieve resocialization, highlighting the ones that have been and will be developed specifically in Rondonia's capital, Porto Velho, between 2014 and 2024. The issue revolves around the validity of the Doctrine of Integral Protection, with which children and teenagers will be treated as subjects of rights and full protection, since the development of public politics capable of supporting the individuals that face themselves in a situation of delinquency to integrate them to society is necessary, including that they evolve the family and society in it's execution, as it is necessary that the teen finds a proper environment to develop, specially after the fulfillment of a socioeducational measure. Moreover, it's been possible to verify that the current public politics on national and state levels in Rondônia towards these subjects are poorly articulated and don't receive enough

resources to succeed in its applicability, therefore, become in many cases ineffective socioeducational measures.

Keywords: Adolescent Offenders; social and educational measures; public politics.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como tema as políticas públicas voltadas aos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas na atualidade, especificamente na Capital de Rondônia, Porto Velho, considerando verificar quais as necessárias para a ressocialização do adolescente em conflito com a lei.

Em análise a escolha do referido tema, baseou-se devido ao crescente índice de delinquência juvenil e a necessidade de oferecer aos adolescentes em conflito com a lei, políticas públicas capazes de melhorar a situação dos mesmos, sejam elas voltadas a educação ou/e voltadas para o acompanhamento da família, uma vez que 38% dos adolescentes entrevistados pelo Programa Justiça Jovem, elaborado pelo CNJ, cresceram em lares com famílias desestruturadas.

Outrossim, o presente artigo visa analisar a atuação dos Órgãos responsáveis pela aplicação das Medidas Socioeducativas, com a finalidade de prevenir e combater a prática de atos infracionais, promovendo a ressocialização dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas.

Observa-se ainda, que a escolha do referido tema tem como justificativa os crescentes índices de delinquência juvenil, que estão cada vez mais em debate pela sociedade, sendo assim, apresenta como característica fundamental agregar aos estudantes, um artigo ao qual estuda se efetivamente os Órgãos e agentes competentes se empenham para prevenir e combater a prática de atos infracionais, e de que forma trabalham para desenvolver Políticas Públicas neste sentido, em relação ao adolescentes em conflito com a lei.

Com o intuito de proporcionar uma melhor compreensão a respeito do desenvolvimento da pesquisa, a metodologia aplicada a este artigo será de natureza de pesquisa bibliográfica, com respaldo nas obras de autores renomados em meio ao nosso sistema socioeducativo, analisando o que disciplina a Constituição Federal de 1988, e ainda as leis que regulam a respeito do tema, tal qual como dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), a Lei 12.594/2012, que regulamentou a execução das medidas socioeducativas e instituiu o SINASE, envolvendo maior familiaridade com o problema, utilizando-se do método de procedimento dedutivo, bem como, com base na relação estatística levantadas nos órgãos aos quais realizam as medidas socioeducativas aos adolescentes em conflito com a lei na cidade de Porto Velho.

1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA LEGISLAÇÃO MENORISTA NO BRASIL

Para melhor compreensão do instituto do direito da criança e do adolescente no Brasil, e a necessidade de haver uma legislação específica que trate sobre os direitos, a proteção e as garantias dos mesmos, se faz necessário que seja observado o percurso histórico do direito da criança e do adolescente no âmbito nacional, a fim de demonstrar o tratamento jurídico conferido ao menor em cada fase política do país.

A Constituição Federal de 1988, foi estabelecido nos artigos 226 e 227 os direitos individuais das crianças e dos adolescentes que passaram a ser tratados minuciosamente pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, que abrangeu não somente as crianças e adolescentes em situação irregular, mas também todas as crianças e adolescentes.

Segundo Meneses, no Brasil não são tão recentes as legislações que davam tratamento aos menores, pois desde os primórdios da colonização do País os legisladores já se preocupavam em estabelecer normas de tratamento ao menor, que no território brasileiro se iniciou com as Ordenações Filipinas.

Dispõe Saraiva (2006, p.216), sobre as crenças da sociedade naquele período, que influenciou diretamente nas leis aplicáveis aos indivíduos “pelo tradicional catecismo católico, a idade a razão era alcançada aos sete anos. Também no ponto de vista do Estado, no início do século XIX, sete anos era o marco da responsabilidade penal”.

Assim dispunha as Ordenações Filipinas sobre o tratamento oferecido a criança e ao adolescente naquele período, conforme demonstrado em seu texto original no Título CXXXV do Livro Quinto das Ordenações Filipinas, conforme a seguir:

Quando algum homem ou mulher, que passar de vinte anos cometer qualquer delito, dar-lhe-á a pena total, que lhe seria dada, se de vinte e cinco anos passasse.

E se for de idade de dezessete anos até vinte, ficará ao arbítrio dos julgadores dar-lhe a pena total, ou diminuir-lhe.

E neste caso olhará o julgador o modo com que o delito foi cometido e as circunstancias dele, e a pessoa do menor; e se achar em tanta malícia, que lhe pareça que merece pena total, dar-lhe-á, posto que seja de morte natural.

E parecendo-lhe que não merece, poder-lhe-á diminuir, segundo qualidade, ou simpleza, com a que achar, que o delito foi cometido.

E quando o delinquente for menor de dezessete anos cumpridos, posto que o delito mereça morte natural, em nenhum caso lhe será dada, mas ficará em arbítrio do julgador dar-lhe outra menor pena.

E não sendo o delito tal, em que caiba pena de morte natural, se guardará a disposição do Direito comum. (Site, 2019).

Contudo, para chegar ao tratamento conferido as Crianças e Adolescentes nos dias atuais, o direito menorista percorreu longos caminhos, vez que as Ordenações Filipinas deram lugar ao Código Penal do Império, já que a situação política do Brasil mudou passando de Colônia de Portugal a Império do Brasil, tendo como Imperador Dom Pedro I, conforme pesquisa realizada no Site do Governo do Brasil, vindo a surgir os primeiros Códigos Criminais, os quais davam praticamente o mesmo tratamento dos adultos aos menores, iniciando pelo Código Penal do Império de 1830.

Após a evolução histórica, se faz necessário diferenciar a criança do adolescente, o que diante do que está disposto logo no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, trata-se exclusivamente de uma definição por facha etária.

1.1 O estatuto da criança e do adolescente e a doutrina da proteção integral

Segundo Saraiva (2016, p.13), a concepção dos direitos da criança e do adolescente sofreu importantes mudanças com a promulgação da Constituição Federal de 1998, momento em que incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro, em sede de norma constitucional, a Doutrina da Proteção Integral, expressa no Art. 227 da Carta Magna, ideologia esta que veio a nortear o Estatuto da Criança e do Adolescente.

A referida doutrina reconhece dentre outros aspectos, a importância da proteção familiar, social, psicológica e biológica, nos termos do artigo 227 da Constituição Federal de 1988, a seguir.

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.

Art. 228. São penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às normas da legislação especial.

A seguir disserta Meneses (2008, p.60) sobre a Doutrina da Proteção integral, e mudança da concepção da criança e do adolescente para o ordenamento jurídico:

A doutrina da proteção integral reconheceu crianças (até 12 anos incompletos) e adolescentes (dos 12 aos 18 anos) como cidadãos sujeitos de direitos. Dissociou a questão social da infração penal, cancelando, definitivamente, a possibilidade da invocação da doutrina penal do menor ou da doutrina da situação irregular.

A doutrina da Proteção Integral estabeleceu um marco de extrema importância, afastando o cumprimento de pena em conjunto com adultos.

Afirma Costa (1992, p.19), quanto à necessidade de assegurar os direitos individuais das crianças e dos adolescentes, como sujeito de direito e detentores da proteção integral:

Afirma o valor intrínseco da criança como ser humano; a necessidade de especial respeito à sua condição de pessoa em desenvolvimento; o valor prospectivo da infância e da juventude, como portadora da continuidade do seu povo e da espécie e o reconhecimento da sua vulnerabilidade, o que torna as crianças e adolescentes merecedores de proteção integral por parte da família, da sociedade e do Estado, o qual deverá atuar através de políticas específicas para promoção e defesa de seus direitos.

Além do mais, com a nova perspectiva do direito da criança e do adolescente tratada na normativa constitucional, foram estabelecidos direitos e garantias que não existiam nas legislações anteriores, o qual inspirou a elaboração da Lei 8.069 de 13 de julho de 1990, o Estatuto da Criança e do Adolescente com o intuito de garantir efetividade às normas e a prioridade absoluta aos sujeitos da referida lei.

Dispõe LIBERATI que:

A lei nº 8.069/1990 não é apenas uma carta de intenções, mas normas com direitos objetivamente capazes de possibilitar a invocação subjetiva para cumprimento coercitivo, por conseguinte, assegura às crianças e adolescentes medidas de proteção e ações de responsabilidade por ofensa aos seus direitos.

O Juiz, nesta fase, denominado como Juiz da Infância e da Juventude, é limitado pela lei, não podendo criar normas em caso de lacunas, devendo assegurar as garantias e direitos dos menores, com a intervenção do Ministério Público, estando assegurados os direitos da ampla defesa, inclusive defesa técnica por um advogado, e a garantia do devido processo legal.

Vale ressaltar, que o Estatuto da Criança e do Adolescente³⁶ trouxe consigo punições com caráter educativo, sendo elas divididas de acordo com a idade da criança ou do adolescente, sendo até os 12 (doze) anos de idade incompletos aplicável apenas as medidas de proteção e dos 12 (doze) anos completos até os 18 (dezoito) anos incompletos aplicável as medidas socioeducativas.

Considerando que o requisito para a aplicação de medida de proteção ou socioeducativa é a identificação do indivíduo como criança ou adolescente, se faz necessário conceituar e diferenciar os mesmos, até para entender a intenção do legislador ao elaborar o Estatuto da Criança e do Adolescente.

1.2 Definição de criança e adolescente para o eca

Conceitua Volpi (2001, p.14), que as crianças e os adolescentes foram concebidas pelo ECA como pessoas em desenvolvimento, sujeitos de direitos e destinatários de proteção integral, o qual seu desenvolvimento depende do tripé composto pelo Estado, família e sociedade, conforme disposto também na Constituição Federal, os quais são responsáveis por proteger os direitos dos mesmos.

O critério para diferenciar a criança do adolescente é exclusivamente etário, e está disposto logo no art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que assim dispõe:

Art. 2º Considera-se criança, para os efeitos desta lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescentes aquela entre doze e dezoito anos de idade.

Parágrafo único. Nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade.

Tal definição é necessária dentre outros casos, para fins de aplicação das medidas dispostas no Estatuto da Criança e do Adolescente, vez que para as crianças é aplicável medidas de proteção e aos adolescentes medidas socioeducativas, quando apurada a autoria em ato infracional, que trata-se de conduta descrita como crime.

Logo, considerando que o enfoque da presente pesquisa são as medidas socioeducativas, estas somente serão imputadas aos adolescentes, ou seja, os indivíduos entre 12 (doze) anos completos e 18 (dezoito) anos incompletos.

Definido o conceito de criança e adolescente, e verificado ser cabível apenas aos adolescentes as medidas socioeducativas quando apurada a prática de atos infracionais, importante se faz conceituar o ato infracional, para somente após adentrarmos ao tema das políticas públicas voltadas aos adolescentes em cumprimento de medidas

socioeducativas, tendo em vista que para ser penalizado o adolescente tem que ter praticado ato infracional, conforme será exposto a seguir.

2 O ATO INFRACIONAL

É considerado ato infracional de acordo com o Art. 103 do ECA, a conduta praticada por menores de 18 (dezoito)anos, descrita como crime ou contravenção penal.

Leciona Moacir Rodrigues, a respeito de ato infracional:

Para melhor compreensão do estudo das medidas socioeducativas aplicáveis aos adolescentes, torna-se necessário seja examinado, de início o significado da expressão ato infracional, criada pelo legislador, ao elaborar o ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE, evitando utilizar para os autores de atos infracionais a mesma terminologia usada no tratamento de imputáveis, ou seja, evitando denominar os atos por eles praticados de crime ou contravenções, deixando patenteado que a juventude deve merecer um tratamento especial. (RODRIGUES, MOACIR, 1995, p.11)

Neste sentido, compreende-se que o adolescente não é autor de crime ou contravenção, mas sim de ato infracional, de modo que, a responsabilização pela conduta é tratada em legislação especial, ou seja, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

3 DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Apurada a prática de ato infracional, a autoridade competente poderá como forma de punição aplicar ao adolescente uma das medidas socioeducativas, de acordo com as características e a gravidade do ato infracional cometido, as quais estão dispostas no art. 112 do ECA, *in verbis*:

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;

As medidas socioeducativas a serem aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei levarão em consideração a capacidade dos mesmos em cumpri-las, bem como, as circunstâncias pelo qual as mesmas serão aplicadas, inadmitindo qualquer tipo de trabalho forçado e observando sempre a condição de pessoa em desenvolvimento.

Vale destacar, que as medidas socioeducativas possuem caráter coercitivo, uma vez que buscam inibir a prática de atos considerados reprováveis pela sociedade, bem como, aspectos educativos, de modo a proporcionar ao adolescente em conflito com a lei mais acessos à educação e a informação.

Desta forma, leciona Volpi:

“Os regimes socioeducativos devem constituir-se em condições que garanta o acesso do adolescente às oportunidades de superação de sua condição de exclusão, bem como de acesso à formação de valores positivos de participação na vida social” (VOLPI,2011, p.20/21).

Para tratarmos sobre as políticas públicas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei, importante se faz avaliar o perfil dos mesmos, para em seguida identificar quais as suas necessidades e o que os levam a cometer os atos infracionais, a fim de identificar enfim quais as necessárias para amparar os adolescentes em conflito com a lei de modo a reintegrá-los a sociedade.

Em pesquisa lançada pelo Presidente do CNJ, realizada no ano de 2012, com 17,5 mil adolescentes que cumprem medidas socioeducativas no Brasil, foi possível traçar o perfil do adolescente em conflito com a lei, onde apurou que cerca 60% dos adolescentes entrevistados encontram-se na faixa etária entre 15 e 17 anos de idade, e que convivem ou cresceram em seio familiar desestruturado.

Além dos pontos anteriormente destacados, conforme entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, em recente Julgado, o Desembargador Relator Marcos Alaor Diniz Grangeia votou pela aplicação da medida socioeducativa, por ser instrumento que dispõe o Estado para alcançar a ressocialização, conforme ementa de Apelação, *in verbis*:

APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE HOMICÍDIO. AUTORIA E MATERIALIDADE. EXISTENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO.DEVIDA. A medida de internação é o instrumento que dispõe o Estado para alcançar a ressocialização do adolescente que se mostra infrator de

ato infracional equiparado ao delito de homicídio, de modo que, afastar sua aplicação vai de encontro, inclusive, com os interesses do menor. No caso em apreço, a aplicação da medida encontra fundamentos sólidos, providos de suporte fático e aliados aos requisitos legalmente previstos. **Apelação, Processo nº 0239556-12.2009.822.0005, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia, Data de julgamento: 28/07/2010.**

Portanto, para adoção de Políticas Públicas no Estado de Rondônia na execução das medidas socioeducativas, foi confeccionado o Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo no ano de 2014, ao qual no que tange aos objetivos traçados ao elaborar o Plano Decenal Socioeducativo de Rondônia, assim ficou estabelecido:

No encontro Estadual, foi formado um Grupo de Trabalho (GT) com o objetivo de articular, mobilizar e planejar ações, em conjunto com os atores envolvidos no Sistema Socioeducativo. O GT é coordenado pela Secretaria de Estado de Assistência Social (SEAS) e a Secretaria do Estado de Justiça (SEJUS), articuladores do Colegiado Gestor Estadual de Medidas, instituído através do Decreto nº 17.818, publicado no Diário Oficial do Estado De Rondônia sob o nº 2211.

4 SISTEMA NACIONAL DE ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO (SINASE)

O Sistema Nacional Socioeducativo e a regulamentação da execução das medidas destinadas aos adolescentes foram instituídas pela Lei 12. 594/2012, que alterou o ECA, passando a sua execução a ser tratada a partir do artigo 35 da referida lei, que trouxe inovações ao direito da Criança e do Adolescente.

Inicialmente, era apenas um projeto de lei aprovado por Resolução do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA). Contudo, no dia 18 de janeiro de 2012, foi sancionada a Lei 12.594 que instituiu o SINASE, e trouxe consigo inúmeras mudanças, vez que não havia até então uma legislação que estabelecesse sobre a execução das normas, o que por vezes causava uma certa confusão gerencial.

O objetivo do SINASE é justamente de criar estratégias e recomendações para a promoção políticas públicas, a serem elaboradas pela União, Estados e Municípios, e ainda, definir os papéis do Poder Judiciário, Ministério Público e demais instituições.

Explica Marinho (SITE,2019), sobre as inovações trazidas pelo SINASE, a seguir:

A Lei 12.594 – SINASE instituiu novos padrões nos procedimentos que envolvam adolescentes em conflito com a lei, durante toda a fase

de apuração do ato infracional e regulamenta a execução das medidas socioeducativas, que visam reinserir o adolescente na sociedade.

Importante aspecto quanto a regulamentação da execução das medidas socioeducativas, é a fixação de competências, o que foi tratado no §1º, do artigo 1º, da Lei 12.594/2012, *in verbis*:

§ 1º Entende-se por Sinase o conjunto ordenado de princípios, regras e critérios que envolvem a execução de medidas socioeducativas, incluindo- se nele, por adesão, os sistemas estaduais, distrital e municipais, bem como todos os planos, políticas e programas específicos de atendimento a adolescente em conflito com a lei.

Ainda nessa competência, é incluído o financiamento de recursos para esse fim, com a devida individualização entre os Estados, Municípios e o Distrito Federal, estabelecendo como devem agir para que as medidas sejam executadas da melhor maneira possível.

Em seguida, no artigo 2º, da Lei 12.594/2012, foi estabelecido através da referida lei que trata sobre a execução das medidas socioeducativas os objetivos das mesmas, quais sejam:

§ 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

- a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
- 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-
- 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 nova legislação sobre o tema, mais uma vez traz a doutrina de proteção integral, e ao tratar da responsabilização, integração social e desaprovação da conduta infracional, o SINASE está regendo aquilo que o Estatuto determina.

Leciona Dupret, sobre os princípios regentes da execução das medidas socioeducativas, a seguir:

- **Legalidade**, não podendo o adolescente receber tratamento mais gravoso do que o conferido ao adulto;
- **Excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas**, favorecendo-se os meios de auto composição de conflitos;
- **Prioridade a praticas ou medidas que sejam restaurativas** e, sempre que possível atendam às necessidades das vítimas;
- **Proporcionalidade** em relação à ofensa cometida;
- **Brevidade da medida** em resposta ao ato cometido, em especial o respeito ao que dispõe o art. 122 da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente);
- **Individualização**, considerando-se a idade, capacidade e circunstancias pessoais do adolescente;
- **Mínima Intervenção**, restrita ao necessário para a realização dos objetivos da medida;
- **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;
- **Fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários no processo socioeducativo**. (DUPRET, 2015, p.216)

Com base nos referidos princípios, é possível observar que alguns dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente não poderão ser aplicáveis, quando considerados mais severos ou gravosos que os aplicados aos adultos.

Tem-se como exemplo o caso da impossibilidade de representação do adolescente quando não há prova constituída de autoria e materialidade, já que no processo penal, para que um adulto venha a responder criminalmente, é necessário lastro probatório mínimo, o que de certa forma o ECA deixou de observar.

Logo, quando ocorrer das normas presentes no ECA serem mais severas que as do Processo Penal, não poderá o adolescente receber tratamento mais gravoso, devendo, portanto, serem aplicado o disposto na Lei 12.954/2012 (SINASE).

Para tratarmos sobre as políticas públicas aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei, importante se faz avaliar o perfil dos mesmos, para em seguida identificar quais as suas necessidades e o que os levam a cometer os atos infracionais, a fim de identificar enfim quais as necessárias para amparar os adolescentes em conflito com a lei de modo a reintegrá-los a sociedade.

Em pesquisa lançada pelo Presidente do CNJ, realizada no ano de 2012, com 17,5 mil adolescentes que cumprem medidas socioeducativas no Brasil, foi possível traçar o perfil do adolescente em conflito com a lei, onde apurou que cerca 60% dos adolescentes entrevistados encontram-se na faixa etária entre 15 e 17 anos de idade, e que convivem ou cresceram em seio familiar desestruturado.

No que tange a estrutura familiar dos adolescentes em conflito com a lei, foi constatado que 14% possuem no mínimo 1 (um) filho, apesar da pouca idade, e que cresceram em um lar com a família desestruturada, de modo que somente 38% dos mesmos foram criados pela mãe e o pai, e assim, considerando que a família é a base do desenvolvimento físico e psíquico do indivíduo, tal dado se torna alarmante, isto porque, a reestruturação da família depende exclusivamente da vontade dos indivíduos.

Outro dado que causa espanto é o de que 7 (sete) em cada 10 (dez) adolescentes que se encontram internados declararam-se usuários de drogas, sendo mais expressivo na região centro-oeste, cujo percentual é de 80,3%, vindo a maconha a aparecer como o entorpecente mais consumido pelo adolescentes, seguido da cocaína e do crack.

Foi verificado que metade dos adolescentes pesquisados é reincidente na prática de ato infracional, e que dentre as infrações mais praticadas, o roubo e o tráfico de drogas corresponde a 60% dos entrevistados. E ainda, que a reincidência em infrações de homicídio foi três vezes superior à verificada entre os que cumpriam a primeira internação, com um aumento significativo de 3% a 10%.

5.1 Da ressocialização

De acordo com o dicionário, ressocializar significa voltar a socializar-se. A partir deste conceito podemos verificar que todo o trabalho voltado à aplicação e eficácia das medidas socioeducativas possuem a finalidade de trabalhar o adolescente para que este retorne ao seio social com comportamentos coerentes aos de um cidadão com valores éticos.

Contudo, ainda que fosse aplicada a medida socioeducativa em sua totalidade, respeitando os princípios e atendendo a todas as minúcias que a lei determina, mesmo assim, ainda haveria dificuldades a serem enfrentadas pelos socioeducandos, o que aponta

algumas barreiras para a ressocialização, que seria justamente o apoio necessário após o cumprimento da medida.

Isto ocorre porque mesmo que os adolescentes tenham agregado valores ao seu caráter, o apoio familiar é o segundo aspecto que mais influencia na mudança de comportamento, perdendo apenas para a decisão pessoal, uma vez que é necessário haver um ambiente propício ao desenvolvimento do adolescente, longe de qualquer fato que possa contribuir para a delinquência.

Contudo, o contexto atual é que o adolescente ou o jovem, por vezes sai da Unidade e volta para a sua residência, onde se depara com a família por vezes desestruturada, com familiares que não valorizam a ética e a moralidade, e convive com os mesmos amigos, numa mesma sociedade que não fornece oportunidades, logo, acaba por retornar ao mesmo caminho.

O Juiz Reinaldo Cintra Coordenador do Programa Justiça Jovem do Conselho Nacional de Justiça, argumentou sobre tal questão:

Não adianta colocar um adolescente que cometeu um ato infracional, seja de qual modalidade for, em um sistema maravilhoso, se quando ele sair não tiver ninguém que o aconselhe, o proteja ou lhe dê oportunidade. [...] Por melhor que os adolescentes tenham sido tratados nas unidades de internação, a falta de apoio a eles e à sua família faz com que encontrem dificuldades para que sejam reinseridos(...)

Logo, verifica-se que na realidade falta apoio familiar aos adolescentes que cumpriram a medida socioeducativa de internação e que vieram a retornar ao seio social, o que é um problema evidente que precisa ser combatido em todo o território nacional.

O Magistrado Reinaldo Cintra defende ainda, que há necessidade de um acompanhamento pós internação, conforme abaixo:

“O Estado precisa oferecer ao adolescente e à sua família suporte para enfrentar esse primeiro momento com as próprias pernas. Infelizmente, ele já é um estigmatizado. Provavelmente, não vai conseguir um emprego, assim como um adulto que sai do sistema penitenciário”.

Além de fazer apontamentos, o Magistrado propôs medida de intervenção Estatal, a ser aplicada, quando da saída do adolescente da Instituição de Internação, no afã de trabalhar o período pós internação, apontando caminhos para que sejam efetivados esse apoio, mas que é repleto de falhas na situação prática.

Analisando os aspectos que levam a continuidade da prática infracional, importante se faz o acompanhamento quando esse jovem for liberado do Sistema Socioeducativo, uma vez que o mesmo vai encontrar inúmeras dificuldades de adaptação principalmente com a família e a sociedade, que são suas bases. Diante desta análise, deve o Poder Público ofertar oportunidades de capacitação e emprego para que preencha o tempo livre destes jovens com atividades que agregue conhecimento e valor a sua existência para que não venha a continuar na prática delitiva.

5.2 Finalidade das medidas socioeducativas (punir ou ressocializar)?

As medidas socioeducativas apesar de possuírem caráter sancionatório, sua principal finalidade é a busca pela reabilitação do adolescente através da ressignificação de valores e da reflexão interna, para que o mesmo volte a sociedade com comportamentos e uma mentalidade diferenciada, no intuito que estes adentrem a maioridade penal plenamente recuperados.

Conforme entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, em recente Julgado, o Desembargador Relator Marcos Alaor Diniz Grangeia votou pela aplicação da medida socioeducativa, por ser instrumento que dispõe o Estado para alcançar a ressocialização, conforme ementa de Apelação, *in verbis*:

APELAÇÃO. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE HOMICÍDIO. AUTORIA E MATERIALIDADE. EXISTENTE. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO DEVIDA. A medida de internação é o instrumento que dispõe o Estado para alcançar a ressocialização do adolescente que se mostra infrator de ato infracional equiparado ao delito de homicídio, de modo que, afastar sua aplicação vai de encontro, inclusive, com os interesses do menor. No caso em apreço, a aplicação da medida encontra fundamentos sólidos, providos de suporte fático e aliados aos requisitos legalmente previstos. **Apelação, Processo nº 0239556-12.2009.822.0005, Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, 2ª Câmara Cível, Relator(a) do Acórdão: Des. Marcos Alaor Diniz Grangeia, Data de julgamento: 28/07/2010.**

Logo, diferente da pena imposta aos adultos onde ao mal do crime se impõe o mal da pena, a medida socioeducativa tão somente busca alcançar a reeducação social do adolescente, no intuito de fortalecer, recuperar, ou ainda de construir vínculos familiares e comunitários sólidos para que o mesmo tenha objetivos e que seus atos se pautem na busca por tais objetivos.

5.3 Políticas públicas no contexto nacional

As Políticas Públicas são um conjunto de programas, ações e atividades desenvolvidas pelo Estado, seja direta ou indiretamente, podendo ter participação de entes públicos ou privados, visando assegurar determinado direito de cidadania de forma difusa ou para determinado seguimento social, cultural étnico ou econômico. As mesmas são necessárias, pois a partir do momento em que há convívio com a sociedade, existem também diferenças sociais a serem enfrentadas, que inclusive dão ensejo a conflitos, que devem ser administrados por meio de uma Política Pública ou por meios coercitivos.

Dispõe Campos sobre a finalidade da Política Pública:

Política pública é a diretriz elaborada para enfrentar um problema público. Seus elementos fundamentais são a intencionalidade pública e a resposta a um problema público. É instaurada a fim de resolver um problema coletivamente relevante. Portanto, resultam de uma atividade política, de decisões e ações revestidas de autoridade soberana do poder público. (CAMPOS, Site, p.36)

Apesar do discurso disposto no Estatuto da Criança e do Adolescente possuir um caráter protetor, visa também a inclusão social, vez que as políticas adotadas na atualidade não tem alcançado o seu objetivo que é de promover uma educação inclusiva, ressocializadora, que dê o suporte necessário aos adolescentes em delinquência, gere oportunidades, a fim de incluir estes indivíduos no meio social.

Deste modo, apesar do avanço na legislação, onde se verificou a necessidade de estabelecer normas de proteção as crianças e aos adolescentes, o que se verifica é a dificuldade de garantir a implantação e eficácia das políticas públicas, pela própria desídia do Estado, que deixa de promover as questões básicas, deixando os indivíduos que delas carecem desamparados, conforme leciona Campos:

O Poder Público ignora a necessidade desses sujeitos de direito ao deixar de promover-lhes políticas públicas básicas. Ademais, não há priorização e execução correta de recursos orçamentários destinados à garantia dos direitos fundamentais das crianças e dos adolescentes. (CAMPOS, Site, p.37)

A problemática enfrentada quando a matéria é a delinquência juvenil é justamente o fato de serem indivíduos com tratamento estabelecido em legislação especial, detentores de proteção integral, logo, se fez necessário a implementação de Políticas Públicas específicas a estes que possuam o objetivo de concretizar o sistema de garantia dos direitos das crianças e dos adolescentes, contudo, o Estado ainda não possui articulação suficiente para fornecer o amparo necessário.

É possível observar no contexto social, que a situação de violência, pobreza e a própria insegurança pública são responsáveis diretos por transformar o pensamento da criança e do adolescente, que por vezes passam de vítimas da negligência Estatal para autores de atos infracionais, diante da falta de estrutura moral, psíquica e familiar para o desenvolvimento saudável.

Assim dispõe Fonseca, sobre a inversão dos papéis dos adolescentes vítimas da sociedade:

(...) em muitos casos, vítimas de violência podem passar a ser agentes de violência. Este contexto tem consequências desastrosas para a sociedade, para o Estado, para a economia, para as famílias e, individualmente, para cada um. Fere a cidadania e os direitos fundamentais do homem, empobrece as relações humanas e sociais, comprometendo o futuro do país e da população jovem. (FONSECA, 2008)

Os pais, a sociedade e o Estado são responsáveis por assegurar os direitos das crianças e dos adolescentes e garantir políticas públicas de inclusão, no intuito de retirar esses indivíduos da situação de vítimas da sociedade, os inserindo no meio social através de projetos educacionais, conforme disciplina Ochulacki, a seguir:

Temos que a educação e as práticas esportivas direcionadas as crianças e adolescentes configuram-se como meios eficientes para sua ressocialização, pois ainda que normalizados, são pessoas em construção, sendo muitas vezes, vítimas de abusos familiares e desrespeitados em seus direitos básicos como cidadão até chegar à idade adulta.

Investir na educação e nos meios para a profissionalização das crianças e adolescentes são ferramentas de extrema importância que devem ser utilizadas pelo Estado, bem como, de políticas públicas que visem proporcionar condições para uma reestruturação psíquica e familiar de forma individualizada a fim de viabilizar a reinserção social.

5.4 Políticas públicas adotadas pelo estado de Rondônia

Para a elaboração de Políticas Públicas a serem aplicadas no Estado de Rondônia na execução das medidas socioeducativas, foi confeccionado o Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo no ano de 2014, que foi resultado de diversas reuniões realizadas na presença de representantes de diversos Órgãos Públicos cujo Encontro Estadual de Atendimento Socioeducativo foi realizado pelos Órgãos SEAS (Secretaria

Estadual de Assistência Social) e SEJUS (Secretaria Estadual de Justiça), que atualmente são as responsáveis pela aplicabilidade das medidas socioeducativas no Estado de Rondônia.

No que tange aos objetivos traçados ao elaborar o Plano Decenal Socioeducativo de Rondônia, assim ficou estabelecido:

No encontro Estadual, foi formado um Grupo de Trabalho (GT) com o objetivo de articular, mobilizar e planejar ações, em conjunto com os atores envolvidos no Sistema Socioeducativo. O GT é coordenado pela Secretaria de Estado de Assistência Social (SEAS) e a Secretaria do Estado de Justiça (SEJUS), articuladores do Colegiado Gestor Estadual de Medidas, instituído através do Decreto nº 17.818, publicado no Diário Oficial do Estado De Rondônia sob o nº 2211.

Foi apurado no decorrer da pesquisa realizada pelo Grupo de Trabalho (GT), que devido algumas deficiências financeiras e organizacionais do Estado de Rondônia, não são executadas todas as medidas socioeducativas existentes na totalidade dos Municípios, sendo que as medidas socioeducativas em meio aberto são executadas na Capital do Estado e nos Municípios mais desenvolvidos, vez que os demais municípios não possuem servidores suficientes para o acompanhamento dos mesmos.

As medidas em meio aberto por carecerem de uma atenção especial, somente começaram a serem executadas no Estado ano de 2011, através do Centro Especializado de Assistência Social (CREAS), que atualmente possui um quadro de servidores efetivos, visando oferecer melhor atendimento socioeducativo em meio- aberto.

Ocorre que no Estado de Rondônia, ainda não há um órgão responsável para a gestão do Sistema Socioeducativo, vindo as medidas socioeducativas de internação a serem executadas e acompanhadas pela Secretaria Estadual de Justiça (SEJUS), e as medidas em meio aberto, a serem monitoradas e acompanhadas pela Secretaria Estadual de Assistência Social – SEAS, esta que foi criada a partir do Decreto nº 14770, de 03 de dezembro de 2009.

Foi possível verificar ao longo da coleta de dados para elaboração do Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo de 2014, que é precária a manutenção de informações no que tange aos adolescentes em conflito com a lei, bem como, em cumprimento de medidas socioeducativas, e que há um desencontro temporal de dados, o que impossibilitou a elaboração de estatísticas da evolução da situação do adolescente em conflito com a lei.

Contudo, através do estudo elaborado para a construção do Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo de Rondônia, foi possível levantar que há um déficit quanto

ao número de técnicos necessários para fornecer o atendimento adequado aos adolescentes em conflito com a lei, e ainda, falta capacitação para os trabalhadores voltados a socioeducação.

Outro ponto levantado, foi o de que deve ser construído uma equipe interdisciplinar mínima, capaz de atender a demanda de adolescentes em grupos com limite máximo por equipe, para que assim possa ser feito um atendimento individualizado, verificando a necessidade de cada indivíduo que se encontra internado, no intuito de trabalhar a mesma para alcançar o objetivo da ressocialização.

Em se tratando do sistema aberto, a dificuldade encontrada se resume no grande número de adolescentes que cumprem tais medidas, quando, no entanto, há dificuldades em captar orientadores sociais em quantidade equivalente a necessidade para o acompanhamento necessário e disposto nas normas de execução das medidas socioeducativas.

5.4.1 Perfil do adolescente em conflito com a lei no estado de Rondônia

O perfil dos adolescentes em conflito com a lei no Estado de Rondônia acompanha a realidade Nacional, onde segundo apurado no Plano Decenal do Estado de Rondônia (2014), prepondera o sexo masculino sobre o sexo feminino, concentrando o maior número de adolescentes entre as idades de 16 (dezesseis) a 18 (dezoito) anos, nos termos do Relatório Psicossocial elaborado pelo 1º Juizado da Infância e da Juventude de Porto Velho.

Foi possível apurar que na Capital Porto Velho, 961 (novecentos e sessenta e um) adolescentes encontravam-se em cumprimento de medidas socioeducativas, sendo que deste número, 571 adolescentes estavam em cumprimento de Prestação de Serviços à Comunidade e 390 (trezentos e noventa) em Liberdade Assistida.

Levantado ainda, que grande parte dos Adolescentes que cumprem medidas socioeducativas residem na Capital do Estado de Rondônia, Porto Velho, perfazendo o percentual de 47% (quarenta e sete por cento) do quantitativo de adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas de internação, e de 20% (vinte por cento) do quantitativo de adolescentes em cumprimento de medidas em regime aberto.

Assim como no Brasil, a prática do roubo na Capital Porto Velho corresponde a 65% (sessenta e cinco por cento) dos atos infracionais cometidos, e o segundo ato infracional mais praticado é o homicídio que corresponde a 15% (quinze por cento).

Traçado o perfil do adolescente em conflito com a lei, e verificado o quantitativo de adolescentes em cumprimento de medidas em regime aberto e de internação, importante se faz destacar o tratamento recebido pelos mesmos desde a chegada do adolescente a uma Unidade de Internação, até a execução da medida socioeducativa, o qual foi

estabelecido na Lei 12.954/2012, e está inserido no SINASE, através do Plano Individual de Atendimento.

5.4.2 Plano Individual de Atendimento (PIA)

O PIA (Plano Individual de Atendimento) foi criado para ser utilizado como instrumento de planejamento que orienta e sistematiza o trabalho a ser desenvolvido com cada criança e adolescente acolhido e sua família pelo serviço de acolhimento, em articulação com os demais serviços, projetos e programas da rede local, durante o período de acolhimento e após o desligamento da criança ou adolescente do serviço, conforme orientações técnicas elaboradas pelo Ministério de desenvolvimento Social e Secretaria Nacional de Assistência Social.

O adolescente ao ser acolhido em uma das Unidades de Atendimento receberá um tratamento individualizado, momento em que será feita uma avaliação do estado físico e psíquico do mesmo ao ser apreendido, para que seja possível a elaboração de seu Plano Individual de atendimento (PIA), com o objetivo de conhecer os problemas enfrentados pelos adolescentes, e assim analisar quais atividades poderão ser utilizadas para que o mesmo supere seus conflitos.

Leciona Júnior sobre a função do Plano Individual de Atendimento no sistema socioeducacional:

(...) o adolescente é acolhido em qualquer que seja a Unidade de Atendimento, ele deve ser avaliado para posterior elaboração de seu Plano Individual de Atendimento (PIA) que tem como objetivo, a priori, o estabelecimento de um primeiro vínculo, promovendo um grau de conhecimento que permita a superação de situações de conflitos e auxilie o adolescente em suas dificuldades. (JÚNIR, 2015, p.132)

Feitas as avaliações, conhecidas as necessidades dos adolescentes em conflito com a lei de forma individual, serão traçados metas e projetos para que auxilie os adolescentes em seus conflitos.

O objetivo do Plano Individual de Atendimento é de levantar e identificar as aptidões do adolescente, bem como, de outras informações relevantes que contribuam para traçar o seu perfil, de planejar juntamente com a família e com a colaboração do próprio adolescente e ainda, de possibilitar que sejam apreciadas as deficiências, desejos e expectativas dos adolescentes, tendo como referência o seu contexto familiar, cultural e social.

5.5 Políticas públicas necessárias para garantir a eficácia das medidas socioeducativas no estado de Rondônia

No desenvolver desta pesquisa, foi possível levantar as políticas públicas que vem sendo aplicadas pelo Estado de Rondônia aos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas, no entanto, verificou-se que há diversos pontos que precisam ser revistos, bem como, implantadas novas políticas públicas de modo a atender os anseios da sociedade, vez que constatou-se que por vezes as medidas socioeducativas acabavam por não serem eficazes por inexistir políticas públicas fundamentais na execução das medidas socioeducativas.

Foi possível verificar através do Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo de Rondônia a necessidade de desenvolver políticas públicas que melhor atendessem as necessidades dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas.

A necessidade de garantir a implantação e implementação da política estadual de cofinanciamento do atendimento socioeducativo, de modo a regulamentar e estender as medidas socioeducativas em meio aberto aos demais municípios.

Considerando a deficiência de dados sobre a situação dos adolescentes em cumprimento de medidas socioeducativas apurado através do Plano Decenal do Estado de Rondônia do ano de 2014, necessário se faz a alimentação do Sistema de Informações para a criança e adolescência no Estado de Rondônia que possibilitasse a realização de pesquisas tendo como base a situação nos anos anteriores.

Outro ponto levantado foi a necessidade de instituir o Sistema Estadual de Avaliação e Acompanhamento do Atendimento Socioeducativo, sendo necessário também garantir a definição do órgão gestor do sistema socioeducativo educacional, e ainda, a garantia da formação continuada dos profissionais do sistema socioeducativo.

Conforme tratado nas seções anteriores, a medida socioeducativa possui caráter educativo, desta forma, verificou-se a necessidade de elaborar e implementar o projeto político pedagógico de modo a fomentar a participação dos adolescentes do sistema socioeducativo em programas desenvolvidos no Estado.

A falta de órgãos gestores deve ser observada, para que se for o caso, seja criado um órgão para que seja responsável pelas parcerias com as secretarias do trabalho ou órgãos similares, visando o cumprimento do Estatuto da Criança e do Adolescente também no que tange a educação profissional.

No mais, verifica-se que há a necessidade de investimento na estrutura dos estabelecimentos de internação,

Diante de enorme descaso com os servidores da socioeducação, a falta de investimento em pessoal qualificado, foi verificada uma extrema necessidade de melhorar este aspecto.

No plano Decenal de Atendimento Socioeducativo de Rondônia foi tratado sobre a necessidade de investimento na qualificação dos trabalhadores:

(...) a qualificação de tais trabalhadores foi um ponto frágil encontrado e que, portanto, precisa ser revista ao longo dos próximos dez anos. Além disso, outra questão que emerge nesse panorama é o número de técnicos muito aquém do adequado para se cumprir um plano de trabalho de qualidade e que culmine nos objetivos da socioeducação.

Outro ponto de bastante relevância é o de que apenas 12 (doze) Municípios possuem co-financiamento com o Ministério do Desenvolvimento Social para o desenvolvimento de Medidas Socioeducativas em Meio Aberto, devendo esta medida ser ampliada aos demais Municípios do Estado de Rondônia.

A partir do Plano Decenal de Atendimento Socioeducativo, verificou-se que apenas 7% dos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas em meio aberto são reincidentes, logo é uma medida de extrema eficácia, e que portanto, merece investimento.

CONCLUSÃO

A presente artigo possuiu o objetivo de levantar as Políticas Públicas que vem sendo aplicadas aos adolescentes em conflito com a lei em cumprimento de medidas socioeducativas no Brasil, em especial na Capital de Rondônia, Porto velho. Além disso, verificar as que ainda são necessárias para a ressocialização, através de pesquisas bibliográficas e do estudo realizado para a elaboração do plano decenal elaborado no ano de 2014, pelo Sistema Socioeducativo de Rondônia, cuja aplicabilidade se estende até o ano de 2024.

Em suma, buscou verificar ainda, quais os trabalhos que vem sendo desenvolvidos para prevenção e combate a delinquência juvenil, e quais os atores públicos envolvidos para a elaboração de políticas públicas e para a aplicação das mesmas na prática.

Ademais, em relação ao perfil do adolescente em conflito com a lei no Brasil, foi evidente verificar que o descaso da família, da sociedade e do poder público, influenciam diretamente na prática de atos infracionais, e que enquanto não houver investimentos com o objetivo de prevenir a delinquência juvenil, o combate a evasão escolar e o devido amparo fornecido pelo Estado em casos em que a família é omissa, os índices continuarão a crescer.

Outrossim, ao analisar as finalidade das medidas socioeducativas, verificou-se que na realidade as mesmas possuem o objetivo de ressocializar e não de punir, sua execução foi devidamente estabelecida pelo SINASE, que traz a educação como linha de frente seguido pelo acompanhamento familiar e social, totalmente diverso a ideia do direito penal brasileiro.

Desta forma, apurou-se que diferentemente do conceito de pena, as medidas socioeducativas possuem a finalidade de ressocializar e para alcançar tal objetivo, teria ainda a ausência de pessoal tanto quantitativo quanto qualitativo, já que a qualificação para atendimento aos adolescentes também é precária, se faz necessário o investimento nos quadros de servidores.

Contudo, entende-se que garantido aos adolescentes a aplicabilidade das medidas socioeducativas através de políticas públicas voltadas a ressocialização, será possível reinserir os adolescentes dentro da sociedade sem riscos aos demais cidadão, seguindo uma ideologia de que com o investimento necessário virão frutos positivos que é a reeducação destes indivíduos que ainda se encontram em fase de desenvolvimento.

REFERÊNCIAS

BERTOLO, Jose Gilmar. Estatuto da Criança e do Adolescente: doutrina, legislação e pratica forense. Leme J. H. Mizuno. 2012, p. 73.

BRASIL. Código Criminal Republicano, 1890. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830>. Acesso: 01 de nov. 2021.

BRASIL. Código de Melo Matos. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943A.htm>. Acesso: 01 de nov. 2021.

BRASIL. Código dos Menores. Decreto nº 17.943-a de 12 de outubro de 1927. Consolida as leis de assistência e proteção a menores. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/19101929/D17943Aimpressao.htm>. Acesso: 20 de set. 2019.

BRASIL. Código Penal Brasileiro. Decreto Lei Nº 2. 848, de 07 de Dezembro de 1940. Brasília, DF. 2017.

BRASIL. Código Penal de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso: 02 de out. 2018.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. 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, 1990.

CAMPOS. Ana Luísa Sartório de. O papel das políticas públicas e a atuação da rede de atenção voltada para a população infantojuvenil na prevenção e no combate às práticas infracionais no distrito federal, p. 36. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/6114/1/21044021.pdf>>. Acesso: 26 de set. 2019.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. Natureza e implantação do novo Direito da Criança e do Adolescente. Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei 8.069/90: estudos sócio-jurídicos. Rio de Janeiro: Renovar, 1992. p. 19.

CNJ traça perfil dos adolescentes em conflito com a Lei. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/58526-cnj-traca-perfil-dos-adolescentes-em-conflito-com-a-lei>>. Acesso: 01 de nov. 2021.

DUPRET. Cristiane. Curso de Direito da Criança e do Adolescente. Editora Letramento. 3. ed. Belo Horizonte. 2015. P. 38.

FONSECA, Dirce Mendes da. O discurso de proteção e as políticas sociais para infância e juventude. Revista Jurídica. Brasília, v. 9, n. 85, jun./jul, 2007. Apud CAMPOS. Ana Luísa Sartório de. O papel das políticas públicas e a atuação da rede de atenção voltada para a população infantojuvenil na prevenção e no combate às práticas infracionais no distrito federal, p. 37. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/jspui/bitstream/235/6114/1/21044021.pdf>>. Acesso: 10 de set. 2019.

JÚNIOR. Antonio Gandini. O Adolescente Infrator E Os Desafios Da Política De Atendimento À Infância E A Adolescência Institucionalizada. 2015, p. 132. Disponível em: <https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/docs/17082015_170817_antoniogandinijunior_ok.pdf>. Acesso: 02 de out. 2019.

LIBERATI, Wilson Donizeti. Direito da Criança e do Adolescente. Rideel. 5. ed. São Paulo. 2011, p. 179.

OCHULACKI. Roberta Brenner. Novos paradigmas para a ressocialização dos jovens em conflito com a lei: políticas públicas para uma eficaz reinserção social. Disponível em: <<https://www.webartigos.com/artigos/novos-paradigmas-para-a-ressocializacao-dos-jovens-em-conflito-com-a-lei-politicas-publicas-para-uma-eficaz-reinsercao-social/127724/>>. Acesso: 29 de set. 2019.

RODRIGUES, Moacir. Medidas Socioeducativas: Teoria Prática – jurisprudência. 2. edição. Belo Horizonte. Del Rey, 1995. p.11.

RONDÔNIA. APELAÇÃO Nº0239556-12.822.0005, 2ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça de Rondônia, Relator: Desembargador Marcos Alaor Diniz Grangeia, Julgado em 28/07/2010. Disponível em: <<http://webapp.tjro.jus.br/juris/consulta/detalhesJuris.jsf?cid=2>>. Acesso: 01 de nov. 2021.

SARAIVA, João Batista Costa Saraiva. Compêndio de Direito Penal Juvenil Adolescente e Ato Infracional. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 166.

VOLPI, Mário. O adolescente e o ato infracional. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 15.

CYBERBULLYING: OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

KILDEANE MEIRIELLE MOURA COSTA:

Bacharelada em Direito pelo Centro universitário Una.

INGRID ANDREZA GATO DE OLIVEIRA

(coautora)

MARCELLA PAGANI

(orientadora)

RESUMO: Este artigo trata de uma reflexão acerca do tema *Cyberbullying*, um fenômeno que vem crescendo cada vez mais ao longo dos anos. O *cyberbullying* é uma violência praticada contra alguém, através da internet ou de outras tecnologias relacionadas ao mundo virtual, tendo como objetivo principal agredir, perseguir, ridicularizar ou assediar, causando grandes consequências para a vítima. O *cyberbullying* é um ato criminoso que pode desenvolver vários gatilhos, sendo alguns deles a depressão, a ansiedade e uma grande tendência ao suicídio, com contribuição para o aumento do racismo e atitudes de discriminação, fazendo com que as vítimas procurem sempre mudar seu comportamento e ou aparência física para que possam ser aceitas no mundo virtual. Geralmente, o assediador, também conhecidos popularmente como *haters*, são indivíduos frustrados consigo mesmos, que acreditam que ofendendo, julgando e atacando outras pessoas irão se sentir melhor. Entretanto, são, na maioria das vezes, pessoas com problemas sociais que também precisam de ajuda. Com o aumento do acesso às redes sociais cada vez mais cedo, esse crime vem crescendo de uma forma descontrolada, devendo haver uma tutela a essas ações.

Palavras-chave: *Cyberbullying*. Internet. Tecnologias. Crime.

ABSTRACT: This article is a reflection on the topic *Cyberbullying*, a phenomenon that has been growing more and more over the years. *Cyberbullying* is violence practiced against someone, through the internet or other technologies related to the virtual world, with the main objective of attacking, stalking, ridiculing or harassing, causing great consequences for the victim. *Cyberbullying* is a criminal act that can develop several triggers, some of them being depression, anxiety and a great tendency to suicide, contributing to the increase of racism and attitudes of discrimination, causing victims to always seek to change their behavior and or physical appearance so that they can be accepted in the virtual world. Generally, harassers, also popularly known as *haters*, are individuals frustrated with themselves who believe that offending, judging and attacking other people will make them feel better. However, they are, in most cases, people with social problems who also need

help. With the increasing access to social networks at an earlier age, this crime has been growing in an uncontrolled manner, and these actions must be protected.

Keywords: Cyberbullying. Internet. Technologies. Crime.

1 INTRODUÇÃO

O tema *cyberbullying* vem sendo bastante comentado, por se tratar de um assunto que envolve aspectos importantes na atualidade e por envolver o meio de comunicação mais utilizado hoje, a internet. O *cyberbullying* é um crime digital que ocorre através da internet e redes sociais onde mensagens, imagens ou vídeos mal intencionados são compartilhados com principal intenção de humilhar, ofender ou assediar indivíduos, por agressores que, na maioria das vezes, se protegem no anonimato.

O *cyberbullying* tem se tornado ainda mais invasivo que o próprio *bullying*, onde a fuga, na maioria das vezes, é o meio mais fácil das vítimas se afastarem o que não é tão simples assim quando se fala de *cyberbullying*, pois quase não existe uma saída na internet. A saída, frequentemente, é o isolamento das redes sociais.

Existem vários tipos de *cyberbullying*, porém os mais comuns entre eles são injúria, calúnia, difamação, ameaça, constrangimento ilegal e perturbar a tranquilidade que rompem os limites do que pode ser considerado lícito. Além disso, a prática dessas agressões afeta diretamente o âmbito civil, dentre eles a obrigação de reparar danos morais ou matérias proporcionados pelos autores das ofensas.

Nos dias atuais, o que vem sendo bastante discutido e abordado é a cultura do cancelamento, que é uma forma moderna em que uma pessoa é excluída ou apagada de um grupo ou posição de influência devido atitudes que são julgadas como erradas ou questionáveis, tema esse que veio à tona em 2019, porém ganhou força e vem sendo bastante usado nos dias atuais.

Outros aspectos abordados dentro do *cyberbullying* é como a manifestação do racismo encontra novas formas de serem expressadas. Através desse *cyber* espaço, os agressores utilizam, mais uma vez, a internet para promover ações de discriminação, discursos de ódio e comentários com teor racista para ofender.

2 OS CONTORNOS DO CYBERBULLYNG

Viver em sociedade faz parte do ser humano e trazer para si essa escolha tem um significado importante o de que haverá regras de comportamento e conduta introduzida na sociedade, tendo como regra viver em harmonia com os mesmos.

Há momentos em que certo indivíduo quebra essa regra de viver em harmonia, por não aceitar as regras impostas, outras por não se sentir parte do grupo social, trazendo em si uma guerra, nascimento de batalhas e embates, uma violência em torno do grupo social.

O *cyberbullying* é um assunto que vem crescendo na atualidade propalada em meios eletrônicos e sendo bastante discutido.

Entende-se por *cyberbullying* a prática da intimidação via internet e suas redes sociais, usando o espaço virtual para hostilizar, menosprezar e intimidar um indivíduo. Isso se dá em razão do avanço tecnológico e a democratização da internet ocorrida nos últimos anos.

O Conselho Nacional de Prevenção contra Crimes dos Estados Unidos define *cyberbullying* como "o processo de usar a internet, celulares ou outros dispositivos para enviar posts, com textos ou imagens, com o intuito de machucar ou humilhar outra pessoa" (CONSELHO NACIONAL DE PREVENÇÃO CONTRA CRIMES *apud* VILICIC, 2017, s.p).

No contexto do *cyberbullying*, existem termos em língua inglesa para nomear algumas práticas como *hater*, *sexting*, *revenge porn*.

Hater são pessoas que espalham o ódio virtualmente, atacam pessoas e humilham e ofendem sistematicamente. *Sexting*, originada a partir das palavras *sex* (sexo) e *texting* (ato de trocar mensagens de texto ou conversar por plataformas virtuais), consiste na troca de mensagens de cunho sexual, podendo ou não conter imagens de nudez das pessoas envolvidas. Quando há essa troca de imagens, o *sexting* pode se tornar perigoso, pois pode ser divulgado por aquele que recebeu as imagens, ou *hackers* podem invadir os aparelhos e divulgarem o conteúdo (PORFÍRIO, s.d). A divulgação das imagens, que rapidamente viralizam na rede, pode levar a vítima a sofrer com o *cyberbullying*.

Revenge porn significa, literalmente, vingança pornográfica, diz respeito ao ato de divulgar imagens eróticas e de nudez de uma pessoa que as enviou à outra confiando em sua índole, mas que as divulga como forma de vingança e punição.

O *cyberbullying* é um feito de contornos gravíssimos, pois as suas consequências ultrapassam o ambiente virtual, impactante tanto para a sociedade, no âmbito coletivo, quanto para o indivíduo atingido e a família, trazendo para as vítimas problemas psicológicos gravíssimos, ansiedade, tristeza, depressão, baixa autoestima, reclusão dentre outras que podem levar até a automutilação chegando ao suicídio.

Não sendo de forma alguma equiparado aos outros tipos de agressões, e as "zoeiras" do colégio, não sendo restrito apenas nos corredores do colégio, e sim em um espaço público, com facilidade de propagação e difícil de ser reparado.

É importante definir também o *bullying*, pois tem uma grande importância no que se refere *cyberbullying*. O termo *bullying* origina-se da palavra inglesa *bully*, que significa valentão como adjetivo, e como verbo significa tyrannizar e de moda mais amplo significa tratar abusivamente, usar linguagem ou comportamento amedrontador, é ato de intimidar alguém, bem usado no final dos anos 90 como uma agressão não física em ambiente escolar ou do trabalho (NOVA ESCOLA, 2009).

Nesses contornos, o *cyberbullying* se torna um assunto bem complexo e que precisa ser visto com mais clareza e seriedade, mesmo o Brasil trazendo leis que tratam o assunto, precisa de mais efetividade, pois a internet é um ambiente multifacetado, quanto mais mergulham no mar virtual, fica mais difícil se desvencilhar dele.

2.1 *Bullying na internet e tipos de cyberbullying*

Equipamentos eletrônicos são ferramentas comuns entre os adultos, crianças e adolescentes, para fins de entretenimento, solucionar dúvida, trabalhos atividades escolares ou acadêmicas. Algo que não é considerado ruim, mas levanta um novo perigo que preocupa o *bullying* na internet.

Em pesquisa realizada pela UNICEF e pelo representante especial secretário geral da ONU, publicada em setembro de 2019, ficou comprovado que a cada três jovens em 30 países diferentes, já sofreram *bullying* ou *cyberbullying*, sendo as redes sociais o espaço onde ocorreu o maior número de ataques cibernéticos.

A pesquisa aponta o Brasil com a maior porcentagem em se tratando de *bullying online*, onde 36% dos participantes brasileiros informaram que já sofreram algum tipo de *bullying online*. Através dessa pesquisa, ficou evidenciado que o Facebook foi à rede social onde isso teve maior incidência (UNICEF, 2019).

Uma característica marcante do *cyberbullying* é o anonimato permitido nas redes sociais. Isso faz com que os autores praticantes desse crime se encorajem gerando uma conduta bem mais agressiva e covarde, com a certeza que, assim, não haverá punição para as condutas ilícitas.

Existem inúmeras formas de se evitar o *bullying*. Uma delas é apresentar o mínimo de reação possível diante da situação enfrentada, fazendo com que o *bully* se sinta desmotivado de continuar com as ofensas, pois esses agressores sentem uma satisfação imensa quando seu ataque é correspondido por medo e a sensação de ameaça.

O *cyberbullying* é um tipo de violência digital, onde as agressões ocorrem através de internet ou outros tipos de tecnologia, rompendo limites que podem ser considerados lícitos. Existem atualmente 7 (sete) tipos de *cyberbullying* que são mais comuns e

ocorrem com mais frequência: calúnia, difamação, injúria, ameaça, constrangimento ilegal, falsa identidade e molestar ou perturbar a tranquilidade (PORFÍRIO, s.d.).

Quando o *bullies* afirma que uma vítima realizou algum tipo de ato criminoso, deixando mensagens em determinadas redes imputando a ele um crime que não foi cometido, se enquadra a calúnia e difamação que nada mais são que uma meia verdade que é inventada para manchar a reputação de outrem, pouco importando se o fato é verdadeiro ou não. Nesse caso, o que importa é que atinja a sua honra objetiva.

Injúria é outro tipo de *cyberbullying* que consiste em postar em redes sociais vários tipos de xingamentos, ofendendo a dignidade da vítima com o principal objetivo de humilhar. A ameaça também é muito comum nesse meio e a atitude correta, nesse caso, é procurar a autoridade policial para que seja feita uma ocorrência de modo a resguardar a vítima.

O constrangimento ilegal é consumado quando a vítima se sente ameaçada ao ponto de realizar ações impostas pelo agressor, pois está sob ameaça de que algo ruim será realizado com seus entes queridos ou com sua própria integridade física, em alguns casos são obrigados a realizarem feitos que a lei não determina.

Quando o *bullies* cria perfis falsos em redes sociais para obter proveito próprio e atingir de alguma forma a vítima isso também é uma prática comum no *cyberbullying* e se trata de falsa identidade, onde se descoberta, o agressor pode ser apenado pela ação. Por último o molestar ou perturbar a tranquilidade, que se trata de uma contravenção penal, que ocorre quando o indivíduo envia mensagens desagradáveis, ou realiza ligações incomodando a vítima, perturbando sua tranquilidade que pode gerar uma punição ao indivíduo que pratica essa ação.

Todos esses tipos de *cyberbullying* têm sanções que podem ser penais, previstas em lei, como também podem ser julgadas no âmbito civil. Os que praticam *cyberbullying* precisam arcar com as consequências de seus atos e fazer reparação de danos. Assim, é muito importante identificar qualquer tipo de violência digital para que sejam tomadas as precauções contra o assédio virtual.

3 OS LIMITES DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO

Liberdade de expressão é o ato de expressar ideias e opiniões sem o receio de repressão e coerção.

Essa liberdade tem como base a Constituição da República de 1988 e a Declaração de Direitos Humanos adotado pela ONU em 1948.

O trecho mais explícito da Constituição da República de 1988 que se refere a liberdade de expressão está no artigo 5º, IV, que diz que *"é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato"*.

O art. 19, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, estabelece que "todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão" (ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS, 1948, s.d.).

Então, qual seria o limite da liberdade de expressão?

No Brasil, a liberdade de expressão tem uma proteção constitucional, sendo uma forma de garantir a democracia e de que todo e qualquer cidadão tem a liberdade de expressar as suas opiniões, sejam elas quais forem sobre qualquer assunto, dizer tudo aquilo que não prejudique o próximo.

Diante da falta de respeito em qualquer assunto, é válido refletir sobre quais são os limites da liberdade de expressão.

"O limite da liberdade de expressão é a lei". Essa liberdade não pode ir contra os direitos fundamentais dos indivíduos como a igualdade, a dignidade, privacidade, intimidade, saúde, vida, integridade física e moral, tampouco contra a Lei. A liberdade sem limite é absurda e não há como defendê-la filosoficamente. Para contrabalançar os exageros da liberdade costuma-se ouvir a frase, tida quase como um princípio: "o seu direito termina quando começa o direito do outro".

A partir do momento que sua fala atinge a honra de outra pessoa, ela está ultrapassando o exercício da sua liberdade de expressão. Usar a liberdade de expressão para disseminar o ódio, racismo homofobia e assédio moral é crime.

"O politicamente correto, parece um pouco pejorativo, é uma convicção de que palavras ferem, de que jovens adolescentes se matam porque escutam que são feios, gordos, burros ou gays.", frisa Leonardo Karnal (2019, s.p).

A internet e as redes sociais têm um papel importante na manifestação nos debates anônimos e a manifestação de ideias que, na maioria das vezes, vem cheio de preconceito e o desrespeito ao próximo.

Neste contexto a liberdade para postar informações e opiniões pessoais acerca de um determinado ocorrido, atitude ou mesmo uma pessoa torna-se ilimitada.

Contudo existem ocasiões em que esse livre arbítrio exagera os limites da convivência social. Nesses casos que as ações de livre-expressão se transformam em atitudes de bullying ou cyberbullying, quando a opinião é emitida e expressa em ambiente virtual.

O exercício absoluto da liberdade de expressão pode acarretar efeitos catastróficos na sociedade. Discursos excludentes, violentos, homofóbico, racistas e antidemocráticos mesmo ancorados ao direito de “dizer o que eu quiser”, pode provocar um apodrecimento de uma sociedade democrática e humana.

Desse modo, é válido planejar uma forma que educar a sociedade para que cada palavra dita seja com consciência junto com instituições de ensino, a mídia o poder público, campanhas publicitárias, programas de TV e até mesmo novelas para educar sem utilizar a censura.

4 AS CONSEQUÊNCIAS SOCIAIS DO CYBERBULLYING

O *cyberbullying* é um tipo de violência que pode trazer grandes consequências sociais. No início desse processo, o que fica evidente é um forte isolamento social, desconforto e tristeza. Essas características tendem a se intensificar na medida em que o tempo corre e as agressões continuam.

As pessoas agredidas podem desenvolver vários tipos de transtornos entre eles: depressão, síndrome do pânico, transtornos obsessivos compulsivos, transtorno de ansiedade, transtorno bipolar e outras desordens psíquicas e em casos mais críticos levando os atentados contra a própria vida (MUNDO EDUCAÇÃO, s.d.).

Em muitos casos, tudo começa com um simples comentário nas redes sociais, trazendo danos muitas vezes irreversíveis para as vítimas desses ataques. O trauma sofrido aliado aos transtornos psíquicos pode resultar em quadros de **autodepreciação**, **automutilação**, alcoolismo, **transtornos de imagem** que levam a doenças como a anorexia e a bulimia (MUNDO EDUCAÇÃO, s.d.).

Recentemente, uma notícia que circulou e chocou muitas pessoas nas mídias foi o caso do filho da cantora Walkyria. O jovem de apenas 16 anos, após ter sido vítima de ataques cibernéticos, tirou a própria vida. Tal fato, não apenas deixou em choque a sua família, mas internautas e usuários das redes no Brasil inteiro. O jovem tirou a própria vida após, ser alvo de uma série de ataques recebidos com a postagem de um vídeo, horas depois o ocorrido o jovem foi encontrado já sem vida.

Esse caso não é apenas um caso isolado. Acontece com mais frequência do que se imagina, pois muitos veem a internet como uma “terra sem lei”, onde tudo pode ser dito e expressado livremente.

4.1 Racismo, discriminação, empatia e o cancelamento.

Neste sentido também se observa atitudes racistas no cenário cibernético. E que está longe de ter uma resolução desta adversidade.

Quando se fala de racismo, se tem uma definição de crime, discurso de ódio, ofensas. Com o crescimento da tecnologia, essa prática vem se tornando um campo perfeito para atuação.

Esses indivíduos que cometem esse crime não se sentem constrangidos para praticarem esse tipo de conduta. Eles têm uma falsa percepção de liberdade, tendo uma consciência de que os atos praticados não terão consequências.

Devem-se ampliar as delegacias que tratam de crimes virtuais, dando condições para os agentes irem a fundo até punir os criminosos.

Mostrar para a sociedade que temos normas, que se deve respeitar o próximo, independentemente de sua raça, sua religião, sua opção sexual, da sua etnia, da sua classe social, levantar a bandeira da empatia, ter a capacidade de se colocar no lugar das outras pessoas, o que não é bom para mim, não é bom para o outro, compreender os sentimentos, ter a experiência de olhar com mais afeto para o outro. Apresentar para a sociedade o altruísmo, a capacidade de contrariar o egoísmo de natureza.

Até mesmo no momento que a pessoa erra, não deve somente apontar o erro, a internet se tornou um ambiente de justiça, trazendo uma nova forma de punir aqueles que não agem conforme a sensatez surgiu então à cultura do cancelamento.

Essa prática funciona a partir do momento em que a sociedade determina que uma pessoa seja excluída, impedindo que ela siga sua vida após dizer ou fazer algo errado, que não é aceito no mundo atual.

Cancelar um a pessoa não é educar ela sobre o assunto que levou ao seu linchamento, embora ocorra também com pessoas anônimas. A cultura do cancelamento ataca mais celebridades, influenciadores políticos e marcas, condenando-as ao massacre.

Importante ressaltar que a vida é aprender a cada dia, e que todos estão sujeitos ao erro. Deve-se tentar refletir se determinada pessoa merece mesmo ir ao tribunal da internet.

Nos dias atuais, a tecnologia é uma ferramenta usada cotidianamente pela maioria de pessoas. Então deve ser um ambiente saudável com igualdade e respeito para todos que a utiliza.

5 CYBERBULLYING: RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS EFEITOS

Diariamente pessoas são agredidas no ambiente virtual, parece que tomam a agressão como algo natural do ser humano e não percebe o quanto isso é uma conduta errônea, vinda muitas vezes da falta de educação doméstica. No cyberbullying o dano moral é um dano certo. Responde tanto o provedor de internet quanto o autor da postagem de forma solidária, esse dano por mais inofensivo que pareça causam marcas que podem perdurar por toda vida.

Os direitos civis do cidadão estão resguardados antes mesmo de seu nascimento, em especial no que tange a personalidade: “[a] personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro” (BRASIL, 2002, s.d). Todo o mal causado deve ser reparado com a obrigação de indenizar e reparar a vítima lesada com uma ação de responsabilidade Civil.

A responsabilidade civil se refere a reparar o dano causado a uma pessoa por outra. A teoria da responsabilidade civil procura as condições em que uma pessoa é considerada responsável pelo dano sofrido por outra, existindo a necessidade da obrigação de indenizar quando o dano é existente. Essa indenização pode ser de ordem material ou imaterial (BÚSSOLO, 2012).

Essa responsabilidade tem um cerne de justiça em trazer para a vítima o direito a reparação ao dano sofrido, podendo esse dano ser patrimonial ou extrapatrimonial

Na Constituição da República de 1988, a responsabilidade civil tem como função concretizar as normas trazidas em seu texto, como a dignidade da pessoa humana (Art.1,III,CR/88) e o solidarismo constitucional (Art.3,III,CR/88), trazendo, nesse sentido, a vítima como principal personagem da responsabilidade civil.

Deve-se entender que, quando a responsabilidade jurídica está em pauta, observa-se o interesse da vítima visando o princípio da reparação integral, quando se dá a necessidade de indenizar todos os danos sofridos pela vítima.

Esse artigo trata de um crime onde a vítima é extremamente prejudicada, trazendo danos, irreparáveis e até mesmo irreversíveis, tendo a vítima uma chance enorme de desenvolver doenças e traumas.

Visto isso, o agente que pratica o *cyberbullying* viola direitos que produzem um resultado danoso, uma conduta que ofende a ordem jurídica configurando um ato ilícito.

A vítima do crime de *cyberbullying* tem sua imagem e integridade totalmente violada, com o direito de reparação por danos morais.

O dano moral, conforme Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2005, p. 62), “[é] aquele que lesiona a esfera a esfera personalíssima da pessoa (seus direitos de personalidade), violando, por exemplo, sua intimidade, sua vida privada, honra e imagem, bens jurídicos tutelados constitucionalmente”

Se levar em consideração o fato de que todo mal causado deve ser reparado e que essa obrigação de indenizar a vítima lesada com uma ação ou omissão produzida por um ato ilícito é realizada pela teoria da responsabilidade civil, pode-se analisar que as obrigações podem vir de uma responsabilidade extracontratual ou contratual (BÚSSOLO, 2012).

Configura-se dano moral quando a lesão à personalidade venha a interferir de alguma forma o psicológico do indivíduo, causando aflições, angústias e desequilibrando o seu bem-estar.

A responsabilidade civil tinha um caráter subjetivo, devendo a vítima provar que a conduta decorreu de um comportamento culposo por parte do agressor.

No entanto, esse entendimento caiu dando espaço para a responsabilidade civil por culpa presumida, ou seja, aquela que o agressor não seria responsabilizado, caso provasse que sua conduta se isenta de culpa.

RESPONSABILIDADE CIVIL – CYBERSTALKING E CYBERBULLYING – REDES SOCIAIS, EMAILS E APLICATIVOS DE MENSAGENS INSTANTÂNEAS – NULIDADE DA SENTENÇA – CERCEAMENTO DE DEFESA – Desnecessidade DA PRODUÇÃO DA PROVA ORAL – Não se vislumbra o alegado cerceamento de defesa, pois a oitiva da testemunha arrolada pelo autor não bastaria para comprovar os elementos constitutivos do seu direito – Ademais, as provas são produzidas para o convencimento do Julgador, que decide acerca de sua pertinência - Ação de OBRIGAÇÃO DE FAZER - autor que alega que teve suas contas de redes sociais, e-mails e aplicativos de mensagens hackeados, requerendo o cancelamento dos perfis/contas – Ausência de comprovação, pelo autor, da titularidade de tais canais - Mantida a r. sentença de improcedência - Recurso improvido, rejeitada a preliminar (SÃO PAULO, 2019, s.p.).

Pouco a pouco o Brasil, junto com a jurisprudência e a lei vigente, veio traçando pontos e firmando a tese de responsabilidade objetiva, sem discussões de culpa, e beneficiando a vítima.

Sendo assim, a responsabilidade civil objetiva se isenta de produções de provas, não discutindo o elemento culpa, sendo o art. 927, § único, do Código Civil o sistema subsidiário, segundo a qual deve o ofensor reparar, restituindo ou restaurando o ofendido independentemente de culpa, bastando à comprovação do dano e do nexo causal.

Foi homologada em abril de 2014, a lei do marco civil Lei 12.965/14, que regulamenta o uso da internet em território brasileiro, determinando que a responsabilidade civil do provedor de internet seja de ordem subsidiária, isto é, primeiro responde o autor da postagem e, caso este não seja identificado, nem seja o conteúdo ofensivo retirado do ar, passa então o provedor a ser responsabilizado (BRASIL, 2014).

Considerado um dos pontos mais polêmicos, os sites e blogs só serão responsabilizados por conteúdo de terceiros se a Justiça determinar que a suspensão de veiculação e eles não obedecerem, conforme dispõe os arts. 18 e 19, da Lei 12.965/14:

Art. 18. O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros.

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o caput deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material (BRASIL, 2014, s.d.).

Isso posto, conclui-se que o marco civil foi importante mecanismo para a segurança dos usuários da internet. Assim, trata-se de um artifício legal que coloca um consenso quanto responsabilidade dos provedores e assim, estes passaram a ter maior cuidado com as informações colocadas na rede.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em virtude a todos os fatos narrados, conclui-se que o *cyberbullying* é um tema de grande repercussão e que está presente na vida de muitas pessoas, e é um fato bastante atual, pois nos dias de hoje a tecnologia é algo fundamental.

Esse estudo foi capaz de mostrar vários tipos de *cyberbullying* e diversos agressores que praticam de forma desenfreada essa violência, o que os torna uma ameaça invisível, pois através das redes sociais eles se tornam anônimos, dificultando muitas vezes identifica-los. Cada dia mais, casos são identificados, contudo não se pode deixar de manifestar essa agressão para que sejam tomadas medidas cabíveis.

Pode-se ver que já possui leis para tratar de casos de *bullying* digital e físico, o que é um grande avanço e pode auxiliar no combate a essa violência, mas não de forma tão eficaz, pois muitos não conhecem seus direitos, e é preciso dar mais força para esse crime para combatê-lo de vez, e para que mais pessoas possam deixar de sofrer com o mundo virtual.

Destaca-se que através do *cyberbullying* as vítimas sofrem não só com os ataques, mas com o que esses ataques causam em suas vidas, pois através disso é observado que pode ter serias consequências um simples xingamento ou uma exposição virtual.

O *cyberbullying* é algo geral e não atinge apenas uma faixa etária ou grupo é inerente e pode alcançar qualquer pessoa dentro do mundo virtual, diferente do *bullying* que é físico, no virtual essa violência é ainda mais grave, causando consequências muitas vezes irreversíveis. Portanto se comprova através deste, que o *cyberbullying* é um tema relevante do ponto de vista não só jurídico, como também de outras áreas do saber sendo um ato ilícito que atinge o Direito como um todo.

Por fim o que se espera é que um dia esse problema tenha formas mais efetivas de se evitar e que cada vez mais as pessoas se conscientizem que a tecnologia é uma forma de inclusão aberta e democrática, para fins saudáveis, onde todos tenham de forma efetiva um mundo digital de qualidade e acessibilidade para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSEMBLEIA GERAL DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Nova York, 1948. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em 07 nov. 2021.

BRASIL. **Lei federal nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 07 nov. 2021.

BRASIL. **Lei federal nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Marco Civil da Internet. Brasília: Presidência da República, 2014. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 07 nov. 2021.

BRITO, L. P. L. **Netiqueta e Educação**: a importância da etiqueta nos espaços virtuais. Monografia. Campina Grande: UEPB, 2012.

BÚSSOLO, P. Capacidade Civil. **DireitoNet**, 19 nov. 2012. Disponível em <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7679/Capacidade-civil>. Acesso em 07 nov. 2021.

FIA. **Cyberbullying**: o que é, consequências e dados no Brasil. [s.l.], 29 set. 2021. Disponível em <https://fia.com.br/blog/cyberbullying/>. Acesso em 07 nov. 2021.

GAGLIANO, P. PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. v. 3. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JORGE, H. Solução para cyberbullying não é restrita à escola. **Conjur**, 8 jun 2011. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2011-jun-08/solucao-cyberbullying-nao-responsabilidade-escola-policia>. Acesso 07 nov. 2021.

JUS. **Tipos mais comuns de bullying virtual**. [s.l.], 29 mar. 2016. Disponível em <https://www.leisedireitos.com.br/tipos-mais-comuns-de-bullying-virtual/>. Acesso em 07 nov. 2021.

KARNAL, L. **Limite da liberdade de expressão é o crime e a ética**, por Leandro Karnal. Youtube, 5 fev. 2019. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=XDprxQjCYyc>. Acesso em 07 nov. 2021.

MALDONADO, M. T. **A face oculta**: uma história de bullying e cyberbullying. São Paulo: Saraiva, 2009.

MELO, J. A. **Cyberbullying**: a violência virtual. 2.ed. Recife: Edupe, 2011.

MORAES, R. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva: Contextualização histórico-evolutiva, características e aspectos distintivos, modalidades, aplicabilidade no direito privado, público e difuso. **Migalhas**, [s.l.], 2 ago. 2018. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/284802/a-responsabilidade-civil-subjetiva-e-objetiva--contextualizacao-historico-evolutiva--caracteristicas-e-aspectos-distintivos-->

modalidades--aplicabilidade-no-direito-privado--publico-e-difuso. Acesso em 07 nov. 2021.

MUNDO EDUCAÇÃO. **Cyberbullying**. [s.l.], [s.d.]. Disponível em <https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm>. Acesso em 07 nov. 2021.

NOVA ESCOLA. **21 perguntas e respostas sobre bullying**. [s.l.], 01 ago. 2009. Disponível em <https://novaescola.org.br/conteudo/336/bullying-escola>. Acesso em 07 nov. 2021.

POLITIZE. **Cyberbullying: o que é**. [s.l.], 25 mai. 2018. Disponível em <https://www.politize.com.br/cyberbullying-o-que-e>. Acesso em 07 nov. 2021.

PORFÍRIO, F. Cyberbullying. **Brasil Escola**, [s.l.], [s.d.]. Disponível em <https://brasilecola.uol.com.br/sociologia/cyberbullying.htm>. Acesso em 28 abr. 2021.

REIS, M. H. Junqueira. **Computer Crimes: a criminalidade na era dos computadores**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 62 p

RIBEIRO L. T. **O Direito aplicado ao Cyberbullying: honra e imagens nas redes sociais**. São Paulo: Intersaberes, 2013.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 31ª Câmara de Direito Privado. **Apelação Cível 1094247-20.2018.8.26.0100**. Relator José Augusto Genofre. Julgamento em 17 dez. 2019.

Disponível em <http://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=13198697&cdForo=0>. Acesso em 05 nov. 2021.

UNICEF. **Pesquisa do UNICEF: Mais de um terço dos jovens em 30 países relatam ser vítimas de bullying online**. Nova York, 04 set. 2019. Disponível em <https://www.unicef.org/brazil/comunicados-de-imprensa/mais-de-um-terco-dos-jovens-em-30-paises-relatam-ser-vitimas-bullying-online>. Acesso em 07 nov. 2021.

VILICIC, Felipe. A diferença prática do cyberbullying para o bullying. **Veja**, São Paulo, 6 mai. 2017. Disponível em <https://veja.abril.com.br/blog/a-origem-dos-bytes/a-diferenca-pratica-do-cyberbullying-para-o-bullying/>. Acesso em 07 nov. 2021.

A (IN)EFETIVIDADE DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL COMO FERRAMENTA PARA EXECUÇÃO LASTREADA EM TÍTULO JUDICIAL

CRISLAINNE SOARES DOS SANTOS LIRA:

Acadêmica de Direito do Faculdade Serra do Carmo, Unidade Tocantins - FASEC-TO.

RESUMO: O protesto extrajudicial lavrado em cartório tem sua finalidade demarcada dentro da orbe cartorária e serve como importante instrumento de constituição em mora do devedor, bem como na tentativa de satisfação de um crédito originado em um título ou documento de dívida. Nesse ínterim, estando o protesto extrajudicial presente em um cenário caracteristicamente extrajudicial, busca-se por meio do presente artigo analisar a sua eficácia ou ineficácia como instrumento de garantia e efetividade da execução lastreada em título judicial. Desse modo, procurando estruturar de forma coerente a discussão sobre tal temática, adota-se como método de elaboração o modelo dedutivo de análise, que procura fundamentar as análises que são construídas no decorrer desse texto, com base em fontes de fundamentação que tratam sobre o tema proposto construindo assim uma revisão bibliográfica que analisa minuciosamente os principais pontos sobre o objeto de estudo aqui analisado. Em seus resultados, o presente artigo mostra os aspectos que ora corroboram e ora refutam a eficácia ou ineficácia do protesto extrajudicial como fonte que assegura a efetividade de execução fundada em um título judicial, procurando no decorrer dessa abordagem teórica fazer uso de uma análise científica que explora de forma imparcial os fatores que ratificam ou que excluem tal possibilidade, procurando fazer com que dessa forma fique a encargo do leitor a compreensão sobre a sua eficácia ou não. Para finalizar o trabalho, apresenta-se em suas considerações finais, uma reflexão sobre a temática abordada expondo as percepções alcançadas com sua abordagem, reiterando os fatores teóricos contemplados em seu decorrer e encerrando a abordagem sobre o objeto de estudo contemplado no decorrer do presente artigo.

Palavras-chave: protesto extrajudicial; cartório de protesto; título judicial; (in)efetividade.

ABSTRACT: The purpose of extrajudicial protest drawn up in a notary's office is demarcated within the notary's office and serves as an important instrument for the debtor's arrears constitution, as well as in an attempt to satisfy a credit originated in a debt instrument or document. In the meantime, with the extrajudicial protest present in a characteristically extrajudicial scenario, this article seeks to analyze its effectiveness or ineffectiveness as an instrument of guarantee and effectiveness of the execution backed by a judicial title. In this way, seeking to coherently structure the discussion on this topic, the deductive model of analysis is adopted as a method of elaboration, which seeks to support the analyzes that are built throughout this text, based on reasoning sources dealing with the proposed theme thus building a bibliographical review that thoroughly analyzes the main points about the object of study analyzed here. In its results, this article

shows the aspects that sometimes corroborate and sometimes refute the effectiveness or inefficiency of extrajudicial protest as a source that ensures the effectiveness of enforcement based on a court title, seeking in the course of this theoretical approach to make use of a scientific analysis that it explores in an impartial way the factors that ratify or exclude such a possibility, trying to make it up to the reader to understand its effectiveness or not. To conclude the work, its final considerations present a reflection on the topic addressed, exposing the perceptions reached with its approach, reiterating the theoretical factors contemplated in its course and ending the approach on the object of study contemplated throughout this article.

Keywords: extrajudicial protest; protest registry; judicial title; (in)effectiveness.

INTRODUÇÃO

O presente estudo ambiciona por meio de uma discussão teórica que também se vale de uma análise de fontes documentais, abordar a temática acerca da efetividade ou não efetividade do protesto extrajudicial em cartório como uma ferramenta a ser utilizada para fins de execução lastreada em título judicial. Nesse sentido, reconhecendo que o protesto extrajudicial registrado em cartório possui características muito específicas, torna-se relevante a consideração sobre a sua usabilidade no âmbito judicial, como meio de viabilização da execução de dívidas lastreadas nessa esfera.

Tendo também como ponto de fundo o cenário teórico e doutrinário apresentado do Código de Processo Civil e em demais institutos legais que orientação à atuação notarial e que apontam percursos que ora inibem, ora parecem endossar tal possibilidade. Nesse sentido, é pertinente que seja trabalhada ainda que de forma sucinta no decorrer desse artigo, o modo de ação notarial, procurando correlacionar à ação cartorária com as orientações principiológicas que apregoam a postura dos agentes públicos e cartorários no cumprimento dos seus deveres pautados pela imparcialidade.

Ainda no decorrer do artigo, observa-se dados alcançados por meio de uma pesquisa documental pública que detalha a quantidade de protestos extrajudiciais ocorridos no estado do Tocantins. A ideia de mostrar tais dados se assegura na necessidade que se tem de correlacionar esse fluxo de protestos com a possibilidade de fazer destes um meio mais ativo no que se refere à execução de dívidas.

Nesse contexto, se procura dar ênfase às características do protesto extrajudicial em cartório, que apesar de pouco utilizado, sugerimos ser avaliado como uma ferramenta funcional, gratuita e célere. Dada então a realidade atual onde se presencia uma crise financeira que afeta todos os setores, é pertinente que se destaque o fato de que, o protesto extrajudicial poderá se apresentar como uma alternativa que agrega aos demais recursos adotados para recebimento de uma dívida.

Assim, compreendendo que o objetivo de qualquer processo judicial transitado e julgado é satisfazer o crédito oriundo de uma decisão, surge a importância de compreender e saber utilizar da forma correta a ferramenta de protesto para que não ocorram abusos para o lado do exequente. O protesto e a negativação do nome do devedor, atingirá onde para alguns é mais sensível, na disponibilidade de crédito no mercado, por sua restrição específica.

Dessa forma, o objetivo geral desse artigo consiste na explicitação acerca da importância de ferramentas pouco utilizadas nos meios processuais, no âmbito de cumprimento de sentença e na oportunidade, especificamente, se busca explanar sobre as formas de satisfação de cumprimentos de sentenças mais utilizados, Bacenjud, Renajud, Arrestro, Sequestro, seguidamente apresentarmos uma esperança quanto à ferramenta de protesto para satisfação da decisão judicial transitada e julgada, ainda apresentar dados verídicos e específicos, através de pesquisa no Instituto de Estudo de Protestos de Títulos do Brasil – Seção Tocantins (IEPTB/TO).

1. TABELIONATO DE PROTESTO

De acordo a Corregedoria Geral da Justiça de Pernambuco, 2019, p. 13:

Os serviços notariais e de registro, regulamentados pela Lei Federal nº 8.935/94, compreendem toda atividade pública extrajudicial destinada a garantir a publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos (art. 1º) distribuídos por especialidades, a saber:

- Tabelionato de Notas;
- Tabelionato e Ofícios de Registros de Contratos Marítimos;
- Tabelionato de Protesto;
- Registro de Imóveis;
- Registro Civil das Pessoas Jurídicas e de Títulos e Documentos;
- Registro Civil das Pessoas Naturais, de Interdições e Tutelas, e
- Registro de Distribuição.

De acordo com o entendimento de Castro (2016), é possível se observar nas disposições do art. 236 da CF/88, que os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público. Nesse caso, se compreende que é a função jurídica é confiada a entidades de prestação de serviços extrajudiciais.

Mediante essa forma de ação, fica compreendido que a ação dos cartórios no que se refere à realização de protestos é legítima, uma vez que para além da fundamentação legal apresentada no texto da CF, se tem ainda o respaldo legal dessa ação específica com a promulgação da lei Federal nº 8.935/94.

Nesse interim, se observa que a possibilidade de efetividade ou eficácia de utilização do protesto extrajudicial como fonte de execução que se encontra lastreada em título judicial é passível de ocorrer, especialmente se for dada validação ao poder cartorário de execução de medidas judiciais mesmo em seu ambiente extrajudicial.

Nesse sentido, se observa de acordo com o exposto em Abraão (2019), que ao se avaliar a possibilidade de recorrer ou não ao protesto realizado em cartório como forma de potencializar ou de viabilizar a execução judicial da dívida, encontra-se uma gama de opiniões que se mostram contrárias a tal modo de agir, tendo como premissa a interpretação equivocada da principiologia que se tem disposta em institutos como o Código de Defesa do Consumidor.

Dessa forma, a menção a quebras de protocolo no que se refere ao moroso processo de cobrança de uma dívida em atraso, passa a considerar o credor – ente que busca ter reparado a sua parte em um acordo de compra e venda – como a parte do acordo que quer encontrar maneiras de quebrar um rito que em boa parte dos casos resulta em prejuízo a este, em favor daquele que parece deliberadamente agir de má-fé.

Ora, não se busca com essa abordagem apontar entendimentos que adjetivam ou que buscam qualificar e separar em lados as duas partes de um acordo, contudo, é escopo central desse artigo, tecer uma discussão fundamentada sobre a necessidade de pensar maneiras de tornar mais célere e justa a busca por fazer com que um acordo legalmente estipulado seja cumprido por ambas as partes.

Souza (2019) ao tratar sobre as ações realizadas dentro do tabelionato de protesto, enfatiza que, fica resguardado ao cartório a ação de realização do protesto quando solicitado, não cabe a essa instituição o envolvimento nos casos que surgem. No entanto, a defesa da eficácia e seriedade de suas ações é perfeitamente passível de defesa por parte dos seus agentes, como forma de enfatizar a sua multiplicidade de uso, ratificando a sua relevância para a solução de contendas dentro da esfera civil e jurídica como um todo.

Ainda ressalto que os tabelionatos de protesto são instituições que rotineiramente concentra esforços por meio de recursos humanos (capacitação) tecnológicos (aperfeiçoamento de sistemas) físicos (infraestrutura, ambiente favorece o atendimento) dentre outros. Sendo talvez estes a justificativa para o resultado positivo alcançado na pesquisa do Instituto Datafolha acerca das instituições mais confiáveis do País. Os usuários de cartórios das cidades de Brasília, São Paulo, Rio de Janeiro, Curitiba e Belo Horizonte

(entre os meses de novembro e dezembro de 2015) avaliaram os cartórios como as instituições mais confiáveis do País, dentre todas as instituições públicas e privadas avaliadas, alcançando a média de 7,6 em uma escala de confiança de zero a dez.

1.1. Protesto extrajudicial por meio dos Cartórios

Já se discutiu no decorrer dessa construção teórica sobre a viabilidade e legalidade da realização do protesto extrajudicial por meio dos cartórios, sendo então observada a sua legalidade, cabe discutir aqui a essencialidade de suas ações dentro de um ordenamento jurídico onde se tem a vasta possibilidade de utilização de recursos como meio de protocolar ação de cobrança, uma vez que se sabe que o trâmite judicial é moroso e a despesa é gigantesca, tanto para o credor quanto para o Estado. Por isso tal qual será tratado adiante.

Contudo, é importante citar aqui, conforme exposto em Requião (2019), que a usabilidade do protesto extrajudicial tem em sua natureza, a busca constante por tentar sanar o não recebimento de um determinado título, documento ou dívida, mesmo com a crítica constante sobre seu uso por uma grande parte de agentes legais e demais operadores de direito.

Logo, de acordo com o que se exposto em Godoi (2016), o simples fato do fato ter sua origem demarcada em um ambiente extrajudicial não é suficiente para a sua desqualificação no que se refere à sua validade para fomentar a execução de um título de dívida no ambiente judicial. Outrossim, há que se considerar que a viabilidade de uso dessa ferramenta, não se diferencia das formas que tem sido adotadas as demais ferramentas de cobrança e execução, como será adiante mostrado.

Dessa forma, ao se analisar, por exemplo, os dados obtidos com a pesquisa de fontes públicas encontradas no Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil – Seção Tocantins (IEPTB-TO), é possível observar que, a confiabilidade para realização de protesto extrajudicial é considerável nessa esfera jurídica. Nesse contexto, obtém-se por meio da análise desses dados informações que explicitam o que segue exposto no gráfico 1 adiante exposto:



Gráfico 1: *Quantitativo referente à Palmas e Tocantins, no período 05/2021.*

Fonte: *Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil – Seção Tocantins (IEPTB-TO)*

A considerar que o IEPB-TO é responsável por cerca de 99% dos títulos que são apontados em todo o estado do Tocantins, conforme aponta o próprio setor de comunicação da unidade que prestou tal informação via e-mail, compreende-se que a viabilidade das informações que são citadas no gráfico 1, se referem a uma situação quase generalizada dentro de todo estado. Nesse contexto, cabe a discussão fundamentada sobre tais informações, ressaltando que os quantitativos de protestos que passam pelos cartórios do estado, ratificam a sua viabilidade quanto a sua natureza inicial.

Nesse sentido, é importante dizer que, com base também no grande fluxo de protestos aos quais se tem acesso, defende-se a pertinência de que os meios pelos quais objetiva o recebimento tem sido assertivos. A negativação do nome do devedor que restringe o acesso a créditos diversos (comerciais e bancários) é utilizada no intuito de fazer com que o inadimplente demonstre interesse em pagar a sua dívida.

Segundo se tem exposto em Virgílio (2010), é contraproducente a criação de uma ferramenta de cobrança como o protesto extrajudicial, que vem devidamente embasada por fundamentos legais, e fazer a utilização dessa de forma mirrada, tímida, sem que essa devidamente aproveitada fora de seu ambiente de origem, no intuito de dar celeridade a um processo de cobrança, fazendo com que seja pouco ou nada aproveitada no ambiente judicial a sua principal função.

Efetividade do Protesto em Palmas - TO

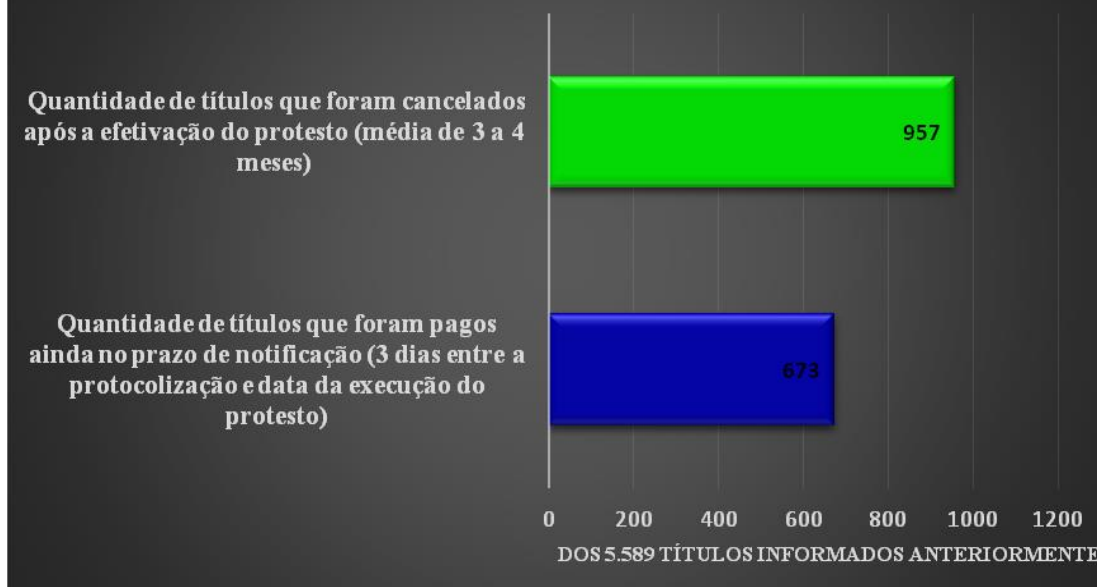


Gráfico 2: Quantitativo referente ao recebimento de títulos, período 05/2021.

Fonte: Instituto de Estudos de Protesto de Títulos do Brasil – Seção Tocantins (IEPTB-TO)

É possível identificar que dos 5.589 títulos recebidos pelo cartório em Palmas-TO, 12% (doze por cento) desse total são títulos que não foram protestados em virtude do pagamento por parte do devedor no prazo de notificação (em média 3 dias entre a protocolização e data de execução do protesto). A quitação do débito é positiva tanto para o credor quanto para o devedor, o credor por reaver o recebimento sem custos, e devedor por não ter sofrido restrição o que impossibilitaria a obtenção de crédito.

Ainda analisando o gráfico acima, dentre 5.589 títulos 17% (dezessete por cento) foram cancelados após a efetivação do protesto. O tempo médio desde a protocolização até a fase do cancelamento do protesto ocorreu em torno de três a quatro meses. Diferentemente do ponto citado anteriormente em que o devedor não sofreu restrição em função do pagamento em até três dias. No título em que se houve a negativação em nome do devedor é possível que só seja identificada pela tentativa mal sucedida de compra a prazo, relações bancárias, ou até mesmo consulta do nome. Ao se realizar o pagamento tanto da dívida quanto das custas cartorárias, é cancelado o protesto e o crédito é recuperado.

A soma dos percentuais acima permite inferir que um terço dos títulos encaminhados aos cartórios de protesto em Palmas-TO no mês de maio de 2021 obtiveram retorno para credores através do recebimento e para os devedores na recuperação de

crédito. Sendo importante frisar que tal feito se deu mesmo em meio ao cenário pandêmico do Covid-19 com crises: econômica (desemprego), política e sanitária.

2. FERRAMENTAS PREVISTAS DO DISPOSITIVO PROCESSUAL CIVIL

Souza (2019) explica que são muitas as ferramentas de cobrança e execução de dívidas que se encontram previstas em dispositivos legais na esfera processual civil. A saber, poderá o juiz tomar as medidas que considerar adequadas para efetivação da tutela provisória de acordo com previsto no art. 297, CPC, pode se listar adiante as seguintes:

- ✓ Penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira com previsão legal no art 297 e art. 854, CPC.

O Bacenjud trata-se de uma plataforma mantida pelo Banco central do Brasil com afã de facilitar a comunicação entre o poder judiciário e as instituições financeiras a nível de todo o Brasil. Teve início no ano de 2001, e vem sendo aprimorada a cada ano. É objeto de convênio celebrado entre o Conselho Nacional de Justiça e o Banco Central. A execução se dá a partir de procedimentos judiciais, e os juizes devidamente cadastrados no sistema Bacenjud, solicitam as informações necessárias ou enviam as penhoras online do devedor. Sendo que o bloqueio do dinheiro é o primeiro em ordem de preferência.

- ✓ Penhora de bens imóveis e móveis com previsão legal no art. 835, Incisos IV e V do CPC.

O Renajud é uma ferramenta que agiliza a efetivação das decisões judiciais. Trata-se de um sistema online de restrição judicial a veículos, criado em 2008 pelo Conselho Nacional de Justiça que integra o judiciário ao DETRAN, esta permite consultas e envio de informações em tempo real na base de dados do registro nacional do veículo, o RENAVAM, inclusive registro de penhora. Podem, os juizes, tanto incluir quanto excluir restrições no bem móvel do devedor.

- ✓ Arresto de bens com previsão legal no art. 830 do CPC.

O Arresto é uma ferramenta que dá a possibilidade do oficial de justiça, se não localizado o devedor, realizar uma “pré-penhora” de um bem. Tal entendimento dar-se-á observado que o bem móvel ou imóvel é de propriedade do devedor, há um prazo de três dias de arresto, se não cumprido o pagamento da dívida, esse se torna penhora definitiva.

- ✓ Seqüestro de bens imóveis e móveis com previsão legal nos arts. 125 e 132 do CPP.

O Sequestro trata-se da ferramenta que exige que todos os bens adquiridos com os proventos de uma infração sejam seqüestrados, devolvidos. Os bens que podem ser seqüestrados são os bens móveis e imóveis.

O que se observa em comum com todas as ferramentas apresentadas acima é a sua previsibilidade legal que as justificam como aptas a dar seriedade e viabilidade em um processo de cobrança. Nesse contexto, o protesto extrajudicial em nada se destoa das demais ferramentas citadas uma vez que se encontra previsto dentro do próprio CPC. A sua legalidade apregoada e os requisitos para a sua estruturação devidamente contemplados na esfera legal, o colocam como uma ferramenta apta de utilização dentro do ambiente jurídico, como fonte para execução de uma dívida lastreada nessa esfera.

3. O PROTESTO DE TÍTULO DE DECISÃO JUDICIAL COMO MEIO EXECUTÓRIO TÍPICO

Zanichelli e Vieira, 2021, p. 1 abordam o art. 1º da Lei Federal nº 9.492/97 "Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida".

A partir dessa lei a fim de alargar a sua abrangência em virtude da assertividade pelo alto grau de adimplemento dos títulos levados a protesto sem instauração processual, os legisladores ampliaram ao dar legalidade de inclusão ao protesto de decisão judicial transitada em julgado.

Desse modo versando acerca dessa possibilidade do protesto ser pertinente e ter perspectiva eficaz dentro da esfera jurídica precisamente na execução de uma ação lastreada nesse ambiente, que se aventa aqui a ideia de que a sua adoção, pode ser feita pelo advogado responsável por uma ação, através de certidão emitida pelo cartório judicial competente, na decisão sentenciada e julgada. Conforme provimento nº 09/2019/CGJUS/TO que dispõe sobre o protesto de sentença condenatória transitada em julgado, custas processuais, taxa judiciária, multas e honorários advocatícios:

Art. 1º. Nas decisões judiciais condenatórias de 1º grau, havendo trânsito em julgado, realizada a sua liquidação e transcorrido o prazo de quinze dias para pagamento espontâneo (art. 523, CPC), poderá o credor requerer a emissão de certidão judicial de existência de dívida, para registro em Cartório de Protesto

Com base no art. 517 do CPC e no Provimento acima a certidão é indispensável para a efetivação do protesto uma vez que o tabelião exigirá a sua apresentação. No decorrer dos incisos do art. 2 são elencados os dados obrigatórios que devem conter na certidão fornecida pela escritania judicial onde tramitou o processo tais como: data do trânsito em

julgado; nome, cpf, endereço e a qualificação tanto do credor quanto do devedor, número do processo judicial em execução e o valor líquido, certo e exigível do débito.

A saber, Souza (2019) reitera que sendo os meios executórios conceituados como os recursos que dão possibilidade de criatividade legal e preservação da idoneidade do processo por parte do magistrado, para delegar ao credor a satisfação que a ação de inadimplemento do devedor lhe vedou, é salutar, eficaz e possível, o apontamento do protesto de título como base de fundamentação dessa decisão.

Essa tipicidade aqui defendida se dá em decorrência da necessidade de se ter meios que fortifiquem a tese do credor quanto à necessidade de receber o que lhe é devido. Nessa conjuntura, tendo em vista toda a seriedade com que o protesto do título em questão foi estruturado, bem como os custos envolvidos em toda a sua consolidação, é incompreensível a não usabilidade dessa ferramenta para um fim para o qual ela foi devidamente estruturada.

Acredita-se aí que a sua utilização dentro da esfera jurídica, careça tão somente da necessidade de olhar com mais atenção para todo o contexto no qual o protesto é consolidado, observando o envolvimento do tabelionato não como uma força extrajudicial, mas sim como uma força agente de natureza legal, responsável por dar celeridade na busca por obter o ressarcimento daquilo que é devido.

Cavalcante (2017) explica em sua abordagem, que a resistência na utilização do protesto extrajudicial como fonte para execução de uma ação lastreada na esfera judicial, pode se dar em decorrência da sua origem extrajudicial, mesmo que tal origem venha fundamenta por um respaldo legal como é o caso da Lei nº 9.492/97. Desse modo, é necessário que se parta do entendimento de que com o cumprimento protocolar e que é requisito essencial para a validação do protesto de títulos na esfera cartorária bem como de todos os trâmites que envolvem esse tipo de ação, tem-se ainda a seriedade da ação ocorrida no ambiente do tabelionato, como fator que endossa a seriedade e lisura do protesto realizado.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensar a respeito da (in)efetividade sobre a utilização do protesto de título como ferramenta para execução lastreada em título judicial, implica na necessidade de refletir sobre todos os pontos contemplados no decorrer da construção desse artigo.

Dessa forma, retomando a previsibilidade legal dessa ferramenta tal quais as demais citadas, consideradas a sua natureza célere e bem articulada, voltada especificamente para a viabilização de finalização de uma dívida é importante citar, que dada a sua premissa estrutural, apresentamos que o protesto extrajudicial é possivelmente

passível de utilização, bastando para isso o interesse do operador do direito fazer valer a sua tipicidade.

Tal utilização, não implica em uma anomalia jurídica, nem tampouco na busca por utilizar um recurso que seja desconhecido tanto na esfera civil quanto na jurídica. Trata-se tão somente da viabilização de um recurso que serve ao mesmo propósito só que advindo de uma fonte extrajudicial, ou seja, o cartório.

Portanto observou-se por meio dos dados abordados no presente trabalho que 29% dos títulos surtiram os efeitos esperados pelos credores. No entanto cabe ao leitor definir o quão efetivo ou não é o protesto extrajudicial. Mas em sua análise não podemos deixar de pontuar o cenário que o país se encontrava no mês de maio de dois mil e vinte e um, justificando desde quantidade de protesto quanto à priorização do pagamento de dívidas mesmo em meio a outras necessidades.

Por fim, há que se ressaltar que a possibilidade de trabalhar essa temática, abre um caminho para a reflexão sistemática quanto à viabilização de ferramentas que destoam do que é habilmente utilizado dentro da esfera jurídica, mas que possui a mesma eficácia. Importante também lembrar que a utilização do protesto extrajudicial não inviabiliza a utilização de outras fontes, pelo contrário, ratifica as demais ferramentas citadas no decorrer desse artigo, e possibilita maiores chances de ressarcimento do que é devido.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Carlos Henrique. **Protesto: caracterização da mora, inadimplemento obrigacional**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO. IEPTBTO. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por comunicacao@ieptbto.com.br em 5 nov. 2021.

_____. IEPTBTO. [Mensagem pessoal]. Mensagem recebida por comunicacao@ieptbto.com.br em 22 nov. 2021.

BRASIL. **Constituição Federal**. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/topicos/10642734/artigo-236-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 22 abr. 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.935 de 18 de novembro de 1984**. Regulamenta o art. 236 da Constituição Federal, dispondo sobre serviços notariais e de registro. (Lei dos cartórios). In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 18 nov. 1984. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm>. Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.492 de 10 de setembro de 1997. Define competência, os serviços concernetes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida.** In: Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 10 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm>. Acesso em: 22 abr. 2021.

CASTRO, Eduardo Moreira Lima Rodrigues de. **Tributação & Fazenda Pública: meios alternativos de cobrança de tributos como instrumentos de justiça fiscal.** Curitiba: Juruá, 2016.

CAVALCANTE, Diogo Lopes. **O protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa: o reconhecimento da constitucionalidade por partes do STF.** Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, ano 15, n. 87, p. 55-77, maio/jun. 2017.

CAVALCANTE, Diogo Lopes. **O protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa: o reconhecimento da constitucionalidade por partes do STF.** Revista Fórum de Direito Tributário, Belo Horizonte, ano 15, n. 87, p. 55-77, maio/jun. 2017.

CORREGEDORIA GERAL DA JUSTIÇA DE PERNAMBUCO. **Conhecendo os serviços extrajudiciais.** Tabelionato de protestos revista e atualizada. Fascículo 1 | 2ª edição | novembro/2019. Disponível em: https://www.protestorecife.com.br/pdf/fasciculo_de_protesto_2018_2020.pdf. Acesso em: 21 nov. 2021.

GODOI, Marilei Fortuna. **“Possibilidade de Protesto Extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa: Adequação, Utilidade, Eficiência e Não Caracterização de Sanção Política”.** In:____. Execução Fiscal Aplicada: Análise pragmática do processo de execução fiscal/ Coordenador João Aurino de Melo Filho, Augusto Newton Churi. 5. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2016.

PROVIMENTO Nº 09/2019/CGJUS/TO. **Poder Judiciário Estado do Tocantins.** Disponível em: http://www.tjto.jus.br/images/NOTICIAS/2020/fevereiro/PROVIMENTO_N_09_2019_CGJUS_TO_protesto_extrajudicial.pdf

REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial.** Vol II. São Paulo: Editora Saraiva, 2019.

SOUZA, Eduardo Pacheco Ribeiro de. Lei dos Registros Públicos comentada. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2019. **Noções Fundamentais de Direito Registral e Notarial.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

VIRGÍLIO, Renata Espíndola. **Possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA) pela Fazenda Pública, por falta de pagamento do crédito exequendo.** Revista

Jus Navegandi, Teresina, ano 15, n. 2525, 31 de maio de 2010. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/14946> acesso em 19 out. 2021.

ZANICHELLI, Daniel Henrique; VIEIRA, Augusto César Guerra. **O protesto de decisão judicial transitada em julgado.**

Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/339569/o-protesto-de-decisao-judicial-transitada-em-julgado>. Publicado em: 28 de janeiro de 2021 Acesso em: 20 nov. 2021.

RESPONSABILIDADE DOS PAIS COM RELAÇÃO AOS FILHOS NO DIVÓRCIO LITIGIOSO

GABRIELLA SETSUKO CHIXARO TAKEDA:

Graduanda do Curso de Direito do Centro
Universitário FAMETRO.

RESUMO: O divórcio é uma das experiências mais estressantes que a uma grande gama das pessoas no Brasil tiveram em sua vida. Muitas vezes é acompanhada por fortes sentimentos de amargura, traição, raiva e desconfiança do companheiro. Quando possuem filhos, o quadro se torna mais complicado. Entre muitas reações, algumas vezes há uma tendência de cada parceiro querer o apoio ou o acordo da criança sobre questões críticas. Quanto mais dificuldade e intensidade do sentimento negativo entre os dois adultos, a situação piora. Com isso este artigo tem por objetivo geral analisar a responsabilidade dos pais com relação aos filhos no divórcio litigioso. Como objetivos específicos em evidenciar se a lei que protege a separação litigiosa, entre outros temas da seara familiar, está sendo utilizada e fazendo o resultado esperado quanto à celeridade nos processos jurisdicionais; correlacionar em estudo os conceitos de alimentação e necessidades do alimentado; e, entender o cumprimento da responsabilidade dos pais com seus filhos após o divórcio litigioso. O estudo foi realizado por revisão integrativa e corte prospectivo; O levantamento bibliográfico foi realizado em artigos científicos e livros na língua portuguesa/inglesa que tratam exclusivamente do tema. O estudo conclui que divórcios em que os pais não conseguem encontrar nenhuma maneira de mediar as questões de custódia e acesso, eles normalmente recorrem ao sistema legal. Na maioria dos casos, cada um busca o conselho de seu próprio advogado, dando início a um duelo jurídico.

PALAVRAS-CHAVE: Alto conflito. Mediação em Alto Conflito de Casais. Alimentos, Custódia dos filhos.

DECLARATION AWARDED IN FIGHTING ORGANIZED CRIME

ABSTRACT: Divorce is one of the most stressful experiences that many people in Brazil have had in their lives. It is often accompanied by strong feelings of bitterness, betrayal, anger and distrust of the partner. When they have children, the picture becomes more complicated. Among many reactions, there is sometimes a tendency for each partner to want the child's support or agreement on critical issues. The more difficult and intense the negative feeling between the two adults, the worse the situation. Thus, this article aims to analyze the responsibility of parents in relation to their children in litigious divorce. As specific objectives to demonstrate whether the law that protects litigious separation, among other issues of the family area, is being used and achieving the expected result in terms of speed in jurisdictional proceedings; correlate in study the concepts of food and needs of the person fed; and understand the fulfillment of parents' responsibility to their children after a litigious divorce. The study was carried out by an integrative review and

prospective cut; The bibliographic survey was carried out on scientific articles and books in Portuguese.

KEYWORDS: High conflict. Mediation in Self Conflict of Couples. Food, Child Custody

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. DEFININDO O CASAL DE ALTO CONFLITO. 2. O SISTEMA JURÍDICO PARA UM CASAL DE ALTO CONFLITO. 2.1 AVANÇOS NA MEDIAÇÃO DE DISPUTAS NA CUSTÓDIA DE CRIANÇAS. 2.2 AS VANTAGENS DE MEDIAR DISPUTAS DE CUSTÓDIA DE CRIANÇAS. 3 O DIVÓRCIO. 4 ALIMENTOS. 5 MODELO DE MEDIAÇÃO PARA CASAIS SEPARADOS POR DIVÓRCIO LITIGIOSO. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

Embora a resolução alternativa de disputas tenha se tornado amplamente aceita em anos, vários tipos de desacordos jurídicos continuam a ser considerados como impróprio para mediação. Disputas de custódia infantil entre "alto conflito" de casais são uma dessas categorias. Infelizmente, o processo de litigar disputas de custódia entre esses casais pode ser mais prejudicial para os filhos do que o divórcio real dos pais.

Ao encorajar os pais a adotarem posições polarizadas, o adversário do processo inicial enfraquece quaisquer vínculos remanescentes entre eles e prejudica sua capacidade de fornecer um ambiente estável e estimulante para seus filhos tanto no presente quanto o futuro.

Em vez de dispensar a mediação por causa das dificuldades em ajudar esses pais a concordarem, estudiosos podem ser sábios em reavaliar o potencial para mediar essas disputas. Embora os desafios sejam inerentes à facilitação da interação entre casais de alto conflito, é possível que certas técnicas de mediação possam ser usadas para ajudar até mesmo o mais litigioso dos pais a se envolver em problemas ativos sendo resolvidos para beneficiar seus filhos comuns.

Este artigo tentará apresentar essa ideia de várias maneiras. Começa pelo conceito de alto conflito que irá definir as características do casal de alto conflito e explorar os desafios que eles representam nos processos de resolução de disputas. Em seguida revisar brevemente a história da mediação de custódia antes de descrever benefícios que os litigantes e seus filhos podem alcançar por meio da mediação.

Com isso este artigo tem por objetivo geral analisar a responsabilidade dos pais com relação aos filhos no divórcio litigioso. Como objetivos específicos irá evidenciar se a lei que protege a separação litigiosa, entre outros temas da seara familiar, está sendo utilizada e fazendo o resultado esperado quanto à celeridade nos processos jurisdicionais; correlacionar em estudo os conceitos de alimentação e necessidades do alimentado; e,

entender o cumprimento da responsabilidade dos pais com seus filhos após o divórcio litigioso.

O estudo foi realizado por revisão integrativa e corte prospectivo; O levantamento bibliográfico foi realizado em artigos científicos e livros na língua portuguesa inglesa que tratam exclusivamente do tema.

1 DEFININDO O CASAL DE ALTO CONFLITO

“O Dr. Bruce Derman, um psicólogo clínico licenciado, descreve um “tipo de caso cal” quando lidou com um casal de casal de alto conflito no seguinte cenário: Disse o doutor segundo Jablonski (1998 p 133):

Um casal entra para sua primeira sessão de mediação. Assim que eles se sentarem, você pode sentir uma tensão na sala que você teria que estar entorpecido para não reconhecer. Mal se acomodando em suas respectivas cadeiras, o casal começa com: "Não nos saímos muito bem com profissionais, especialmente os últimos anos." Você possivelmente começa a pensar: Estou prestes a ter problema e começa a fazer algumas perguntas preliminares. A cada pergunta que você faz, é interrompido continuamente ou corrigem um ao outro antes de que qualquer resposta possa ser completada. Mais uma vez, você se pergunta: "Como no mundo vou chegar a mais difíceis das perguntas". Prosseguindo, você indaga sobre os principais problemas que eles estão abordando? O marido responde: "Eu acredito que precisamos chegar a um entendimento sobre o apoio conjugal" As palavras mal saem de sua boca e a esposa retruca, "Não adianta discutir isso com um homem tão mesquinho e tortuoso como você e que nunca irá cuidar de mim." Incapaz de impedir essas erupções e perceber que você está depois da primeira meia hora, você pode começar a sentir um aperto no peito e uma sensação avassaladora de impotência.

Embora métodos específicos de categorização desses casais tenham sido críticos a experiência prática e reconhecida na prova que existem casais conflituosos. Um casal de alto conflito é um termo usado para descrever duas partes cujo desacordo sobre finanças, custódia, criação dos filhos ou propriedade continua intratável, e quando, as partes, tentam resolver os conflitos usando táticas como agressão verbal, coerção física e litígios recorrentes a situação se agrava. (ZORDAN et al., 2009).

A lista de traços que um litigante de alto conflito traz para um psicoterapeuta é, na verdade, o pesadelo. Os estudiosos têm estatisticamente demonstrado que os pais

envolvidos em disputas de custódia de crianças, onde há conflito, têm características de personalidade bastante diferentes daquelas mostradas por uma variedade de outros grupos estatisticamente médios especificamente nos casais cujo consenso e a prática, inclusive na guarda dos filhos, que não tem culpa alguma de seus pais estarem em conflito. Assim a situação nos tribunais é de disputa intensa com cada casal demonstrado suas características, segundo Jablonski (1998, p 1343):

Os traços comportamentais manifestados por litigantes de alto conflito, traduzidos em termos não técnicos, incluem os seguintes: Eles são egocêntricos e narcisistas, nutrem atitudes raivosas e hipócritas e orientações excessivamente culpáveis, e têm uma incapacidade de tolerar negativas ou mesmo complexas emoções. Esses traços, junto com a necessidade de fazer com que os outros experimentem as emoções negativas que eles próprios sentem, levaram um dos sujeitos a dizer: "Não tenho úlceras; sinto-as!" Eles têm uma propensão a "ver" suas próprias emoções negativas como se essas emoções estivessem ocorrendo dentro de pessoas com as quais interagem, e não dentro de si mesmos. Eles são incapazes de reconhecer sua própria dependência. Suas percepções dos outros são prejudicadas pela "visão de túnel". Eles só veem o que querem ver. Isso compromete sua capacidade, ao interagir com outras pessoas, de ver uma "pessoa inteira". Eles têm autoestima perturbada e muitas vezes se casam com pessoas com ele (ou similar) conjunto de atributos. Como se todos esses traços não fossem ruins o suficiente, eles são ainda caracterizados por percepções e processos de raciocínio estatisticamente desviantes e negativos. Eles carecem de percepção de suas próprias contribuições negativas em pontos de impasse

Em uma relação de disputa, os parceiros assumem posições polarizadas sobre quase todos os problemas. O resultado é uma "luta constante" por meio de "raiva e intercâmbios justos". Qualquer tópico, por mais insignificante que seja, pode desencadear um argumento. As interações aumentam rapidamente porque todo desacordo é visto como uma afronta pessoal que requer defesa ou ataque (CANO et al., 2019).

Esses casais participam de "muito pouco diálogo real" quando deixados para conversar se comunicam por conta própria porque preferem "falar em monólogos" do que com o seu companheiro. CARTER e MCGOLDRICK, 2011).

O procedimento padrão são extremamente improváveis de alcançar resultados positivos com casais de alto conflito. Várias condições parecem ser bastante comuns entre esses pais e podem causar disputas de custódia dos filhos, enquanto a presença dessas

características não irá desencadear automaticamente comportamento agressivo, em pelo menos um membro de um casal de alto conflito provavelmente carece de psicologia básica (FÉRES-CARNEIRO, 2018); (GOLDENBERG, 2010).

Com isso, havendo um casal em que há grandes disputas, quando se tem filho a situação se torna mais delicada, visto que, apesar de qualquer conflito entre o casal, eles têm a responsabilidade de não transparecer para as suas crianças, pois, a cada trauma vivido na vida de um menor, acaba por se tornar algo problemático em seu futuro. Com os casais conflituosos, é necessária uma grande atenção para que na separação, cada um obtenha e exerça a sua responsabilidade para com seus filhos. Lidando com todas as diferenças e ocasiões que surgirem.

2 O SISTEMA JURÍDICO PARA UM CASAL DE ALTO CONFLITO

O sistema jurídico, com as pressões únicas que colocam sobre os litigantes, pode-se criar tensões e agravar aquelas que já existem. A natureza formal dos tribunais opõe as partes um contra o outro como dois escorpiões em uma garrafa, quando estão mais zangados e hostis uns com os outros (COELHO, 2020).

Dentro do próprio sistema judicial, procedimentos, atrasos ou erros podem causar injustiça e frustração ou facilitar a continuação do conflito. Da mesma forma, conversas com especialistas em saúde mental, trabalhando para apoiar seu caso pode fazer com que os clientes solidifiquem pontos de vista já negativos e polarizados, que os encoraja a adotar posições intransigentes contra os cônjuges (ZORDAN et al., 2009).

No contexto da guarda dos filhos, a situação pode ser ainda mais agravada em várias formas. Por um lado, cada pai pode sentir que é o melhor capaz de fornecer a seus filhos em questão o amor, os recursos e as habilidades que eles precisam. Os pais também têm deveres legais e éticos para proteger seus filhos do dano que poderia ser causado pelo outro progenitor (SILVA, 2011).

Por outro lado, um pai pode não ter os interesses de seus filhos em mente, ou pelo menos apenas de uma forma muito limitada, ao travar uma batalha pela custódia. Por exemplo, convicções em relação ao futuro das crianças podem resultar mais de uma ameaça para o próprio ego dos pais ou a necessidade de validação pessoal, em vez do ego da criança (VIEGAS, 2016). Sendo deixado de lado a referida responsabilidade com os seus filhos durante e após o divórcio entre os cônjuges.

Os conflitos também podem ser inflamados por pais que nutrem o desejo de "vencer" uma batalha pela custódia para compensar o sentimento de "perdedores" do divórcio, pois é comum que as partes considerem os acordos de custódia de filhos como uma última maneira de atacarem um ao outro no processo de divórcio. A custódia também

pode ser percebida como uma forma duradoura de manipular e contrariar o ex-cônjuge. Em qualquer caso, os observadores do tribunal descreveram as disputas de custódia de crianças entre casais de alto conflito como sendo "os mais amargos que eles já viram em tribunal". A literatura apoia a afirmação de que as disputas acontecem no seu pior: (1) quando os conflitos pós-divórcio duram mais de dois anos, (2) quando os filhos se envolvem nas contínuas disputas dos pais, e (3) quando os pais têm estratégias de enfrentamento ruins (FÉRES-CARNEIRO, 2018).

2.1 AVANÇOS NA MEDIAÇÃO DE DISPUTAS NA CUSTÓDIA DE CRIANÇAS

O movimento para incentivar a mediação em disputas de custódia de crianças tem origem nos anos de 1980. Reconhecendo que o litígio de custódia pode ter efeitos surpreendentes nas crianças em questão, os defensores começaram a pressionar pela aceitação geral da mediação nessas controvérsias. Agora, os acadêmicos, juízes e políticos que promoveram a mediação vivem em uma época em que mediações de custódia são comuns. No entanto, os especialistas estimam que nas últimas duas décadas, 1 milhão de crianças no Brasil foram acompanhadas no ciclo interminável de litígios de alto conflito de seus pais, entrando e saindo de uma porta giratória do tribunal (HEILBORN, 2015). Este litígio é algo que precisa ser visto e lembrado com calma, pois é necessário que os genitores que estão em disputas lembrem que acima de qualquer litígio existe a responsabilidade que eles devem ter com as crianças envolvidas. Os pais são os guardiões dessas crianças e são eles que devem zelar pela vida que seus filhos terão. São os pais que possuem a responsabilidade tanto civil e a responsabilidade na vida pessoal de cada menor. Diante disto, é evidente a responsabilidade que esses cônjuges em litígio deverão ter com os menores.

Tendências em tecnologia e na lei podem promover um aumento no número de altas disputas de conflito. Padrões legais que usam vagas e termos subjetivos introduzem considerável ambiguidade na disputa de custódia (ZORDAN et al., 2009).

Simultaneamente, o uso generalizado da Internet proporcionou as partes acesso livre sem precedentes ao material científico e pseudocientífico para usar em seus litígios. No admirável mundo novo da informação, os advogados podem ajudar seus clientes a encontrar uma quantidade impressionante de evidências para apoiar ou se opor a quase qualquer posição sobre qualquer coisa (VIEGAS, 2016).

A combinação de padrões maleáveis e materiais de litígio livre fornece aos advogados, incluindo litigantes com a munição necessária para travar uma batalha de custódia complexa e prolongada. Como resultado, prevê-se que um maior número de casos de custódia se tornará um grande conflito nos próximos anos. Com o potencial de mais crianças do que nunca serem jogadas na turma de experiência múltipla dessas disputas, os mediadores devem se tornar mais eficazes em tirar do litígio casais de alto

conflito. Para melhorar a vida das crianças em questão, técnicas para resolver ativamente altos conflitos disputas devem ser ativamente desenvolvidas e exploradas (SILVA, 2011).

2.2 AS VANTAGENS DE MEDIAR DISPUTAS DE CUSTÓDIA DE CRIANÇAS

Confrontado com as características assustadoras do casal de alto conflito, alguém deveria tentar mediar suas disputas de custódia? A resposta a esta pergunta é bastante simples: "não". No entanto, enquanto estão livres de ação judicial podem continuar a ser o melhor modelo em alguns casos, há muitas razões fortes pelas quais as opções de mediação criativa para os casais de alto conflito deve ser exploradas de forma mais completa (PEREIRA e PINTO, 2013).

No Brasil está vigorando o padrão de "melhor interesse da criança". No entanto, é duvidoso que o contencioso contraditório incessante possa realmente estar no melhor teste de crianças com dois pais não abusivos. Os estudiosos concordam que, onde os casais de alto conflito persistem em litigar a custódia, seus filhos sofrem consequências significativas. Estudos indicam que as crianças envolvidas em tais circunstâncias são susceptíveis de demonstrar aos pais, tal desapego e habilidades prejudicadas de se relacionar com os outros - em uma palavra, desenvolver retardo mental (PATERNIANI, 2017).

Os psicólogos relatam que as crianças são prejudicadas de várias maneiras pelos pais envolvidos em disputas prolongadas de custódia. O Dr. Carl F. Hoppe, observou que os filhos de "litigantes de alto conflito" provavelmente "sofriam níveis elevados de ansiedade na presença real ou psicológica desses pais, e possuíam um reduzido senso de autoestima, eram agressivos com os seus colegas e se apavoram com o comportamento agressivo de seus pais (NOGUEIRA, 2016). Diante deste problema, vê-se que os pais estão cada vez mais esquecendo da responsabilidade que eles possuem com os seus filhos e que a cada ato errado, é refletido nos menores.

Outros problemas que Hoppe observou nessas crianças, incluíam a persistência de distorções da autoimagem, passividade, funcionamento prejudicado, perspectiva distorcida, tendências sobre eventos de vida, dificuldades em iniciar ou completar tarefas, manter a intimidade e relacionar-se com os outros. Além disso, os pesquisadores que acompanharam famílias envolvidas em doenças crônicas de disputas por um período de um a quatro anos e meio concluíram que crianças que tiveram acesso frequente a ambos os pais, de alto conflito tiveram mais problemas comportamentais e emocionais do que outras crianças. Pesquisadores também notaram uma correlação entre a gravidade desses sintomas e o grau de conflito parental, sendo as crianças as mais lesadas. (LOPES, 2016).

3 O DIVÓRCIO

Tanto a separação quanto o divórcio pela via judicial seguem o rito estabelecido pelo que dispõe o art. 1.576, parágrafo único, e 1.582, "caput", c/c com o art. 1.120 do CPC *in verbis*.

Art. 1.576. A separação judicial põe termo aos deveres de coabitação e fidelidade recíproca e ao regime de bens.

Parágrafo Único. O procedimento judicial da separação caberá somente aos cônjuges, e, no caso de incapacidade, serão representados pelo curador, pelo ascendente ou pelo irmão.

Art. 1.582. O pedido de divórcio somente competirá aos cônjuges.

Art. 1.120. A separação consensual será requerida em petição assinada por ambos os cônjuges.

Isso é que está explicitamente citado na via judicial, no qual os cônjuges devem se manifestar perante o juiz, que determinará a separação, se esse for o caso. Assim, quando surge a necessidade da separação e, esta exige a regularização judicial, ela não é consensual. O primeiro passo é procurar um advogado da área de família (JORGE, 2013).

A separação judicial pode ser proposta a qualquer tempo, desde que haja a intenção de o casal (ou um dos cônjuges) em se separarem. Fontes (2008, p. 3) observa que "quando o casal decide se separar, a via consensual parece ser premissa básica pela decisão tomada, mas nem sempre isso fica evidente, pois, alguns interesses acabam por impedir que isso aconteça, sendo necessário à via judicial". Então, a separação, uma vez sentenciada pelo juiz, será averbada em cartório, com a sentença escrita atrás da certidão de casamento. (JABLONSKI, 1998).

Uma pessoa separada judicialmente não poderá se casar novamente enquanto não se divorciar. Caso o casal separado decida retornar à convivência, bastará um simples pedido judicial de restabelecimento da sociedade conjugal, sem a necessidade de novo casamento. Já o divórcio só pode ser proposto um ano após a separação judicial e uma pessoa divorciada pode casar a qualquer tempo, com qualquer outra pessoa. Se o casal desejar restabelecer a sociedade conjugal, só pode fazê-lo através de novo casamento. O divórcio direto é proposto após um ano da separação de fato. Ou seja, não precisa passar pela separação judicial, mas precisa provar que já não convivem sob o mesmo teto há pelo menos dois anos (COELHO, 2020).

Por via judicial alguns direitos dos envolvidos devem ser preservados como, segundo Diniz (2014, p 157):

a) O nome: aquele que aderiu ao nome do outro pode voltar a usar o nome de solteiro. Também pode mantê-lo, se assim quiser e a outra parte concordar – se o outro não concordar, o juiz é quem decidirá.

b) Pensão: O Casal define se um pagará pensão ao outro ou se renunciarão a isto. Se não chegarem a um acordo, o juiz sentenciará o valor a ser pago – isto se houver a necessidade/possibilidade de ser pago.

c) Os filhos: Define-se a guarda (incluindo a visita) e a pensão alimentícia dos filhos. A regra é o pagamento de 1/3 do salário do cônjuge que pagará a pensão, mas isto varia muito. A pensão é uma questão de bom senso (que, algumas vezes, não é visto da parte de quem fornecerá os alimentos). Deixando para trás a real responsabilidade de zelar e proteger os seus filhos. A pensão deverá ser suficiente para suprir as necessidades básicas do filho, tais como alimento, roupa, lazer e estudo. A guarda também deve ser definida neste ponto. Com quem ficarão os filhos e como ficará o direito de visitas? Algumas formas podem ser citadas, como: guarda com um e direito de visitas aos fins de semana, ou fins de semana alternados; guarda “compartilhada”, sendo uma semana, ou um mês de cada cônjuge, com direito de visita ao outro durante o respectivo período ou, ainda, durante o período escolar com um cônjuge e durante as férias com o outro.

d) Os bens: Tudo depende do regime de bens. Em brevíssima síntese, funciona assim: Comunhão total de bens: tudo pertence aos dois – incluindo os bens adquiridos antes do casamento - 50% para cada um na hora da separação; Comunhão parcial de bens: tudo pertence aos dois – excluindo os bens adquiridos antes do casamento - 50% para cada um na hora da separação; separação total de bens: Cada um é dono daquilo que comprou ou que está em seu nome. Ao separar, cada um fica com o que é seu, seja qual for o tempo em que foi adquirido o bem.

e) As dívidas: As dívidas seguirão o mesmo esquema acima, sendo que também deverá ser rateada conforme o regime de bens.

Sendo assim, no divórcio, deve ser pensado que a maior responsabilidade do casal quando se há filhos é zelar pela qualidade de vida, o alimento para que este viva e não passe a viver na miséria, zelar pela saúde e educação de cada menor e que esses pontos não sejam inferiores a qualquer outro tipo de conflito.

4 ALIMENTOS

Segundo Santos (2014, p. 1), “a noção de entidade familiar passa por um novo momento histórico com mudanças de paradigmas. Ele está fundado nos anseios e interesses dos diversos integrantes da entidade familiar”, ou seja, o direito de família incorpora os anseios e interesses dos diversos integrantes da entidade familiar

considerados tanto de forma global quando individualmente, passando a priorizar os interesses da criança, dos adolescentes e das relações afetivas. Neste sentido, a questão dos alimentos ganha enorme proporção jurídica, conceitua:

Alimentos são prestações que objetivam atender às necessidades vitais e sociais básicas (como por exemplo, gêneros alimentícios, vestuário, habitação, saúde e educação) presentes ou futuras, independente de sexo ou idade, de quem não pode provê-las integralmente por si, seja em decorrência de doença ou dedicação a atividade estudantis, ou de deficiência física ou mental, ou idade avançada, ou trabalho não alto-sustentável ou mesmo de miserabilidade em sentido restrito.

Como se observa no conceito do autor, os aspectos fundamentais para a prestação de alimentos, são a não possibilidade de autossustento e, condições de miserabilidade, além evidentemente das condições de dependência. Esses institutos estão previstos desde o Direito Romano (COELHO, 2020).

Gomes (2008, p. 455) conceitua: "alimentos são prestações para a satisfação das necessidades de quem não pode provê-las por si". O autor simplifica o conceito de alimentos de forma didática e objetiva, observando a questão da necessidade de prover alimentos a quem não pode provê-los.

O mesmo autor (2008, p. 456) também se refere ao jurista Borges Carneiro, em seu livro "Direito Civil em Portugal" de 1851 que entedia alimentos como "tudo aquilo que é necessário para o sustento, vestuário, casa (alimentos naturais) ou também a despesa de educação e instrução, e um tratamento correspondente aos bens e qualidade dos alimentantes (alimentos civis)". Diniz (2014) se refere às obrigações comuns denominando de alimentos naturais e as outras obrigações que denomina como alimentos civis. Para ele havia a necessidade desta distinção em função de que o sustento do cotidiano era uma consequência natural, enquanto as outras eram obrigações de direito.

Rodrigues (2002, p. 379) conceitua "alimentos, em direito, denomina-se a prestação fornecida a uma pessoa, em dinheiro ou espécie, para que possa atender às necessidades da vida". Já Diniz (2014, p. 496) ressalta que "na obrigação alimentar, um parente fornece a outro aquilo que lhe é necessário para a manutenção, assegurando-lhe meios de subsistência, se ele, em virtude da idade, doença, falta de trabalho ou qualquer incapacidade, estiver impossibilitando de produzir recursos materiais com o próprio esforço". Todos os autores citados se referem à prestação de alimentos, como o conjunto necessários de elementos para o sustento de uma pessoa, com base na relação de dependência fundada no direito (COELHO, 2020).

“Esses preceitos básicos determinam que a finalidade de prover alimentos está diretamente ligada à questão da exigência de alimentos por parte daquele que possui o direito de exigí-lo e aquele que possui o dever de prestá-lo, ou seja, o alimentado e o alimentante”. Os regulamentos jurídicos brasileiros tratam da questão da prestação de alimentos em vários dispositivos. Segundo Diniz (2014, p. 402) quando se trata de alimentos:

Derivado do *ius sanguinis*, temos os dispositivos da Constituição Federal, como o art. 227, § 6º; do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, art. 20; os arts. 229 e 396 e seguintes do Código Civil, o art. 240 da Lei Nº. 6.517. Para os alimentos derivados do casamento e de sua dissolução, temos os arts. 231, III, que determina o princípio da Isonomia trazida pelo art. 226, § 5º. da Constituição Federal; 234, que também se refere a ambos os cônjuges, embora o Código Civil só faça referência à desoneração de a obrigação alimentar por parte do marido no caso de abandono do lar conjugal pela mulher; o art. 19 da Lei nº. 6.515/77, no caso de separação, e art. 28 e 30, no caso de divórcio.

Diniz (2014, p. 402-3) também faz referências a outros preceitos contidos nos regulamentos jurídicos, inclusive sobre a questão da punição para quem não cumpre suas obrigações que assim, podem ser resumidos:

- 1) art. 1.121 do Código de Processo Civil – CPC – determina a pensão alimentícia no caso de acordo amigável na separação.
- 2) art. 221 do Código Civil – CC que se refere ao casamento putativo;
- 3) Na adoção, arts. 368 e seguintes do CC e art. 39 da lei nº. 8.069/90 (ECA);
- 4) União estável, art. 226, § 3º. da CF;
- 5) art. 5º. LXVII, da CF, que determina a prisão civil do devedor de pensão alimentícia;
- 6) art. 244 do Código Penal – CP que configura o abandono material;
- 7) art. 223, 224 do CC, art. 4º. da Lei 5.478/68 para alimentos provisórios;
- 8) art. 732 a 735 do CPC para o processo de execução alimentícia;

9) Lei nº. 5.478 de 25 de julho de 1968, que discorre sobre a ação de alimentos;

10) arts. 602 e seguintes do CPC sobre os alimentos prestados em decorrência de indenização.

A Lei nº. 5.478 de 25 de Julho de 1968, estabeleceu a toda a natureza jurídica da ação de alimentos como um rito especial, independente de prévia distribuição e de anterior concessão do benefício de gratuidade, garantido a pensão alimentícia a quem de direito, dentro dos preceitos legais, garantindo o direito a alimentos como modalidade do direito à vida que é protegido pelo Estado através de normas de ordem pública, daí a sua irrenunciabilidade atingir somente ao direito e nunca ao seu exercício. Diniz (2014, p. 501) também destaca:

Bastante controversa é a questão da natureza jurídica dos alimentos. Há os que consideram como um direito pessoal extrapatrimonial, como o fazem Ruggiero, Cicu e Giorgio Bo, em virtude de seu fundamento ético-social e do fato de que o alimentado não tem nenhum interesse econômico, visto que a verba recebida não aumenta seu patrimônio, nem serve de garantia a seus credores, apresentando-se, então, como uma das manifestações do direito à vida, que é personalíssimo, Outros como Orlando Gomes, aos quais nos filiamos, nele vislumbram um direito, com caráter especial, com conteúdo patrimonial e finalidade pessoal, conexa ao um interesse superior familiar.

Neste sentido, a afirmação da autora, leva a concluir que a natureza jurídica dos alimentos possui caráter patrimonial já que, como diz a autora se apresenta como “uma relação patrimonial de crédito-débito uma vez que consiste em pagamento periódico”. (DINIZ NETO e FÉRES-CARNEIRO, 2010).

A solicitação de alimentos tem caráter próprio, então o juiz, que na maioria das vezes, precisa de tempo para realizar análises técnicas em relação ao que está sendo solicitado, pode determinar a fixação de alimentos provisórios enquanto perdurar a ação, ou seja, até decisão final. Cruz, (2013, p. 68) observa que “fica claro que não há necessidade sequer do requerente manifestar o pedido de alimentos provisórios, em se considerando o sentido implícito na norma”. Para o autor em voga, o juiz somente não fixará alimentos provisórios se o alimentando declarar, expressamente, que não os necessita, conforme está expresso no Art. 4, da Lei 5.478/68, lei de alimentos, inclusive com relação regime de comunhão universal de bens descritos abaixo:

Art. 4º- Ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios a serem pagos pelo devedor, salvo se o credor expressamente declarar que deles não necessita.

Parágrafo único. Se se tratar de alimentos provisórios pedidos pelo cônjuge, casado pelo regime da comunhão universal de bens, o juiz determinará igualmente que seja entregue ao credor, mensalmente, parte da renda líquida dos bens comuns, administrados pelo devedor.

Nesse sentido os alimentos provisórios são aqueles concedidos, enquanto o juiz procede à análise da ação, buscando interceder imediatamente no processo de concessão da pensão independente de procedimento posterior (GOLDENBERG, 2010), para que assim, os menores não fiquem desassistidos.

Os alimentos provisórios são aqueles que dizem respeito a real necessidade do alimentado com base, em sentido genérico, na divisão em duas espécies: a *necessarium vitae* corresponde a alimentação, despesas médicas, vestuário e habitação e a *necessarium personae*, que corresponde às despesas destinadas ao aspecto intelectual e moral. Os primeiros são os alimentos naturais e os segundo civis. Sendo clara a responsabilidade que se existe em cada situação.

A Lei nº 6.515/77 não trata dos alimentos provisórios, estes são determinados pelos Códigos de Processo Civil e pela Lei nº 5.478/68, nos arts. 18 e 19. A sentença é proferida pelo juiz depois de esgotadas todos os procedimentos legais da ação de alimentos, a Lei nº. 5.478/68, determina em seu art. 11 que o Ministério Público e as partes aduzam as finais:

Art. 11 - Terminada a instrução poderão as partes e o Ministério Público aduzir alegações finais, em prazo não excedente de 10 (dez) minutos para cada um.

Parágrafo único. Em seguida, o juiz renovará a proposta de conciliação e, não sendo aceita, ditará sua sentença, que conterà sucinto relatório do ocorrido na audiência

Assim, após a audiência, o cumprimento da sentença é obrigatório, ficando sujeitos as penalidades caso não cumpram o determinado pelo juiz. A Lei de Alimentos, no que couber, também será aplicada nas ações ordinárias de separação, nulidade e anulação de casamentos, revisões de sentenças de alimentos e as execuções destas sentenças (HEILBORN, 2015).

Reafirmando que os alimentos podem ser revistos a qualquer tempo, quando houver modificação na situação financeira das partes, a Lei impõe que estes pedidos, para não tumultuar os processos principais, deverão ser processados em processo distinto, embora tramitem em apenso, amarrados ao processo principal (ZORDAN et al., 2009).

Quando oferecidos os elementos necessários no recurso na ação de alimentos, incidental ao processo de execução, o juiz pode recebê-lo ou rejeitá-los, sem prejuízo de alimentos provisórios, encontrando-se em termos a petição inicial, deferirá (VIEGAS, 2016).

A decisão que deferir a petição inicial é uma decisão interlocutória, podendo ser atacada por Agravo de Instrumento. Todavia se o juiz indeferir o pedido de recurso, cujo ato tem caráter de sentença ou se foram recebidos e julgados improcedentes, o recurso cabível é a apelação, recebida apenas no efeito devolutivo. E uma vez transitada em julgado a decisão judicial, em virtude do fim da controvérsia, quanto à falta ou redução da eficácia da decisão anterior, definirá o processo de execução imediata da sentença (SILVA, 2011).

Para executar esses créditos originários de decisão em Ação de Alimentos, não sendo possível o desconto em folha, muitas serão as demais formas de recebimento. Entre elas ficou estabelecido que o juiz poderá determinar que quaisquer outros eventuais créditos do Alimentante, no limite do valor dos alimentos, sejam pagos diretamente ao Alimentando, igualmente na Lei 5.478/68 em seu Art. 17, 18, 732, 733 e 735.

Art. 17 - Quando não for possível a efetivação executiva da sentença ou do acordo mediante desconto em folha, poderão ser as prestações cobradas de alugueres de prédios ou de quaisquer outros rendimentos do devedor, que serão recebidos diretamente pelo alimentado ou por depositário nomeado pelo juiz.

Art. 18 - Se, ainda assim, não for possível a satisfação do débito, poderá o credor requerer a execução da sentença, na forma dos art. 732, 733 e 735 do Código de Processo Civil.

Código de Processo Civil

Art. 732 - A execução de sentença, que condena ao pagamento de pensão alimentícia far-se-á conforme o disposto no Capítulo IV deste título.

Parágrafo único - Recaindo a penhora em dinheiro, o oferecimento de embargos não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Art. 733 - Na execução de sentença ou decisão, que fixa alimentos provisionais, o juiz mandará citar o devedor para, em três (3) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo.

Parágrafo 1º - Se o devedor não pagar, nem se escusar, o juiz decretar-lhe-á a prisão pelo prazo de 01 a 03 meses.

Parágrafo 2º - O cumprimento da pena não exime o devedor do pagamento das prestações vencidas e vincendas.

Parágrafo 3º - Paga a prestação alimentícia, o juiz suspenderá o cumprimento da ordem de prisão.

Art. 735 - Se o devedor não pagar os alimentos provisionais a que foi condenado, pode o credor promover a execução da sentença, observado o procedimento estabelecido no capítulo IV deste título.

A Lei citada estabelece todo o rito para o cumprimento da sentença. Caso isso não ocorra o citado será preso, mas a prisão civil por alimentos não tem caráter punitivo. Não constitui propriamente uma pena, mas meio de coerção, expediente destinado a forçar o devedor a cumprir a obrigação alimentar. Por essa razão, será imediatamente revogada se o débito for pago. (LOPES, 2016). Pois é visto pela jurisdição, a importância de tratar sobre os alimentos, visto que é meio necessário para a sobrevivência de menores.

5 MODELO DE MEDIAÇÃO PARA CASAIS SEPARADOS POR DIVÓRCIO LITIGIOSO

Os advogados e mediadores podem descobrir que as técnicas que eles normalmente usam em outros tipos de configurações de mediação são insuficientes para liderar uma mediação de custódia a uma conclusão bem-sucedida COELHO, 2020).

Na Mediação tradicional as técnicas podem se beneficiar da infusão com estratégias adaptadas para abordar as demandas particulares do casal de alto conflito. Os mediadores do direito da família reconhecem que uma alta porcentagem de casais que entram na mediação estão mal preparados para o processo. Ao contrário de clientes comerciais, clientes de direito da família podem ser completamente novos no conceito de mediação e requerem assistência especial para entender como o processo funciona (DINIZ NETO e FÉRES-CARNEIRO, 2010).

Os advogados e mediadores do direito da família devem ser capazes de discutir o processo e regras da mediação. Eles devem fornecer ao cliente um completo esboço do que esperar para que não fiquem surpresos com qualquer aspecto do processo (JORGE, 2013).

As partes devem entrar em mediação cientes do fato de que podem precisar abordar questões delicadas relacionadas à sua própria conduta e ao futuro de seus filhos, visto que são eles a maior preocupação quando se há um litígio entre os genitores. Eles também devem ser informados de que as decisões tomadas por meio de acordos de mediação podem ter efeitos juridicamente vinculativos. Os advogados e mediadores também devem encorajar seus clientes de alto conflito para se preparar emocionalmente para a mediação. Como parte desse processo, os clientes devem refletir sobre seus objetivos para o futuro das crianças, pensar sobre soluções criativas para resolver o impasse de custódia e se preparar para interagir com seu ex-cônjuge (NOGUEIRA, 2016).

Os conselheiros podem ser muito úteis na preparação de clientes para enfrentar a atmosfera carregada de emoções de uma mediação de custódia de alto conflito. Com escolhas de vida emocional penduradas na balança, os clientes ficarão bem servidos ao reservar um tempo para pensar sobre seus sentimentos, os detalhes do que desejam dizer, e a gama de alternativas de liquidação em potencial. Embora um cliente possa iniciar este processo com seu advogado e continuar com o mediador, envolvendo um conselheiro desde o início poderia fazer melhor e fazer sentido para o cliente e permitir que ele atinja resultados de mediação superiores. Os terapeutas podem trabalhar com as partes para estabelecer objetivos para a mediação, auxiliando-os na identificação de metas e preparando-os para conversar com a outra parte. (PATERNIANI, 2017).

Os terapeutas também podem ajudar os clientes a avaliar seus pares para desenvolver habilidades e criar estratégias para melhorá-las. Da mesma forma, o aconselhamento pode ser um lugar apropriado para os clientes trabalharem e resolverem os sentimentos latentes em relação ao ex-cônjuge. Os clientes de alto conflito pode ser particularmente resistentes à ideia de buscar ajuda psicológica porque eles tendem a perceber a outra parte como a causa de tudo o que está errado com o relacionamento e a situação (PEREIRA e PINTO, 2013).

Eles também podem precisar de ajuda extra para reconhecer que seus sentimentos não resolvidos afetam seus ações e habilidade parental tendo com isso resultados negativos no campo jurídico. Ao mesmo tempo, o casal de alto conflito de padrões destrutivos de comunicação tornam a terapia quase necessária (SILVA, 2011).

As partes procuram chegar a uma solução amigável de controvérsias com a assistência do conciliador, que atua como um terceiro neutro. A principal diferença entre os procedimentos de conciliação e mediação é que, em algum momento durante a conciliação, o conciliador será solicitado pelas partes a apresentar-lhes uma proposta de acordo não vinculativa. Um mediador, pelo contrário, irá na maioria dos casos e por uma questão de princípio, abster-se de fazer tal proposta (VIEGAS, 2016).

A conciliação é um processo voluntário, em que as partes envolvidas são livres para concordar e tentar resolver sua disputa por meio de conciliação. O processo é flexível, permitindo às partes definir o tempo, a estrutura e o conteúdo do procedimento de conciliação (ZORDAN et al., 2009).

Esses procedimentos raramente são públicos. Baseiam-se nos interesses, como o conciliador fará ao propor um acordo, não apenas levando em consideração as posições jurídicas das partes, mas também as suas; interesses comerciais, financeiros e/ou pessoais e parentais.

A assistência pode assumir a forma de aconselhamento profissional sobre divórcio ou participação em grupos de autoajuda. Tanto faz, aqueles que participaram de aconselhamento de divórcio afirmam que pode ser muito benéfico, fornecendo suporte emocional muito necessário em um momento difícil tempo e criando oportunidades para considerar a custódia e visitação armazenamento que será o melhor para sua família (GOMES, 2008).

Os juristas que trabalham com partes de alto conflito deve ser aconselhados a seguir várias precauções. Primeiro, eles devem estar particularmente vigilantes ao encorajar seus clientes para lhes dizer a verdade - sem exageros (DINIZ, 2014).

Embora seja importante para os clientes se expressarem e trabalharem através de suas questões, a mediação terá mais sucesso se os advogados forem capazes de se concentrar no exame de instâncias realistas de comportamento passado, ao invés de exagerado noções de como a outra parte se comportou no passado.

Em segundo lugar, advogados preparar clientes para o processo de mediação deve ser idealmente "difícil, decisivo, e muito bem-informado sobre os estratagemas e manobras de alta conflitos. (HEILBORN, 2015).

CONCLUSÃO

Depois de mais de 40 anos da Lei do Divórcio no Brasil; também após mudanças significativas proferidas no Código Civil Brasileiro de 2006 da produção de lis adjacentes, a instituição da custódia não é unânime entre os praticantes e especialmente do lado do campo do direito. Segundo os autores citados no decorrer deste artigo, a tutela processual aumenta, complica, prolonga o procedimento e ignora o papel e as qualidades que o real interesse da criança deveria se revestir. Devido em grande parte à relutância dos juízes, os casos de aplicação dos termos do ordenamento jurídico e preservar o real interesse da criança são muito raros. Alguns até se perguntam sobre a necessidade dessa instituição.

Casais que saem de uma relação conjugal de conflito por meio do divórcio, dificilmente terão consenso em alguma prerrogativa; dificilmente vão aceitar acordos sem

contestar depois; jamais se conformam com os termos da mediação e/ou conciliação proferida, sempre achando que perderam e muitas vezes, uma parte desse casal, deixa a responsabilidade que deve ter com os filhos para trás.

A contratualização da ruptura esbarra frequentemente na questão das relações econômicas e na custódia dos filhos. Não existe regime matrimonial ou subsídio compensatório entre companheiros ou entre companheiros em união de fato. Mesmo que os parceiros se comprometam com uma ajuda material, suas obrigações econômicas recíprocas só são válidas enquanto durar o pacto.

O casamento deixou de proteger terceiros que se beneficiam de uma solidariedade passiva dos parceiros em relação às dívidas contraídas para as necessidades do dia a dia. Os cônjuges que coabitam nada devem um ao outro, nem durante nem depois da coabitação: cada um deve arcar com as despesas que fez.

No entanto, a realidade econômica desses casais não condiz perfeitamente com a teoria. A vida diária compartilhada leva a uma combinação de recursos de fato em maior ou menor grau. A equalização dos estilos de vida ocorre aos poucos pelo simples fato de viver sob o mesmo teto e os recursos de cada um se confundem com os do outro.

O fato de romper uma coabitação corresponde ao exercício de uma liberdade e não é em si falho. No entanto, a jurisprudência aceitou que o rompimento após proibir sua parceira de trabalhar e prometer sustentá-la foi culpa, justificando a indenização por danos. Nesse caso, não é a situação econômica do cônjuge abandonado que se leva em consideração, mas a incoerência falsa de impor a ele uma dependência econômica total e depois se desfazer sem tomá-la em consideração. No caso dos filhos a situação é bem pior, já que o casal em rompimento dificilmente renuncia a seus filhos. Assim existe jurista que dizem que contratualismo desconstrói o Direito”, abolindo as diferenças e os limites A contratualização de sua separação pelos casais atesta a exatidão e a clarividência desta análise.

Os estatutos, fonte de divergências jurídicas, são nivelados: a dissolução do casamento é gradativamente tratada como as situações contratuais de coabitação e companheirismo. Já a instituição matrimonial, ameaçada de desaparecer ao final desse desenvolvimento, não desempenha mais o papel protetor que muitos esperam.

Há privatização das regras aplicáveis ao divórcio. Espera-se que cada cônjuge defina o que mais lhe convém - ou seja, seus interesses pessoais - para participar da elaboração do acordo que administra as consequências da dissolução do casamento e vise sempre o bem-estar de cada filho.

No entanto, na prática, concordar com a proposta do outro é equiparado a consentimento irrestrito. Consequentemente, aqueles que se separam não jogam o jogo de satisfazer seus próprios interesses em pé de igualdade. Essa observação é comum ao divórcio e ao término da coabitação. A situação é ainda agravada nestes últimos casos pela falta de recurso ao juiz. Portanto, a contratualização submete tanto mais os fracos na mais forte que as relações afetivas e familiares não são essencialmente igualitárias, ao contrário das relações contratuais tradicionais. Dominação, pressão, egoísmo e desprezo pelos outros geram violência doméstica, empobrecimento e mal-estar.

Humanamente e socialmente, a proteção da parte mais fraca deve exigir o reconhecimento desta desigualdade de fato entre os cônjuges, parceiros ou companheiros "contratantes", a fim de remediá-la no momento da separação, quando o ser frágil se torna equilibrado mais frágil, vulnerável.

É necessário, como o que tem sido feito no direito do trabalho ou do consumidor, imaginar regras depreciativas para restaurar um mínimo de equidade no casal que se separou. À semelhança do direito do trabalho ou do direito do consumidor, que evoluíram para ter em conta a desigualdade inerente às relações contratuais que enquadram, um direito civil comum de ruptura deve vir a limitar a onipotência da vontade individual ou o consentimento dos fracos a sua dominação. Porque só a lei permite "sujeitar o bom gosto dos mais fortes a algo mais forte do que eles, que se impõe a todos e impede que a sociedade dos homens se transforme em selva".

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. Brasília: Senado Federal, 2002.

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

BRASIL. Lei 6.515/77. Brasília: Senado Federal, 1977.

BRASIL. Lei N° 11.441 de 04 de janeiro de 2007. Brasília: Senado Federal, 2007.

BRASIL. Lei N° 5.869 de 11 de janeiro de 1973. Brasília: Senado Federal, 1973.

BRASIL. Lei N° 5.869/75 de 11 de janeiro de 1975. Brasília: Senado Federal, 1975.

BRASIL. Lei N° 6.515 de 26 de dezembro de 1977. Brasília: Senado Federal, 1977.

CANO, D. S.; GABARRA, L. M.; MORÉ, C. O.; CREPALDI, M. A. As transições familiares do divórcio ao recasamento no contexto brasileiro. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 22(2), 214-222, 2019.

CARTER, B., & MCGOLDRICK, M. As mudanças no ciclo de vida familiar: uma estrutura para a terapia familiar. Porto Alegre: Artmed. 2011.

COELHO, S. V. As transformações da família no contexto brasileiro: uma perspectiva das relações de gênero. *Psique*, 10(16),7-24, 2020.

CRUZ, A. Pensão Alimentícia. Artigo. 2003. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 10 de out de 2021.

DINIZ NETO, O.; FÉRES-CARNEIRO, T. Construção e dissolução da conjugalidade: padrões relacionais. *Paidéia (Ribeirão Preto)*, 20(46),269-278, 2010.

DINIZ, M. H. Curso de Direito Civil Brasileiro. 6º vol. São Paulo: Saraiva, 2014.

FÉRES-CARNEIRO, T. casamento contemporâneo: o difícil convívio da individualidade com a conjugalidade. *Psicologia: Reflexão e Crítica*, 11(2),379-394, 2018.

FONTES, R. da C. A noiva legislação civil brasileira. Artigo científico. Disponível em www.jusnavegandi.com.br. Acesso em 18 de out de 2021.

GOLDENBERG, M. (Org.). Os novos desejos: seis visões sobre as mudanças de comportamento de homens e mulheres na cultura brasileira contemporânea. Rio de Janeiro: Record, 2010.

GOMES, L. F. Direito de Família. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense. 2008.

HEILBORN, M. L. O que faz um casal, casal? Conjugalidade, igualitarismo e identidade sexual em camadas médias e urbanas. Em I. Ribeiro & A. C. Ribeiro (Org.), *Família em processos contemporâneos: inovações culturais na sociedade contemporânea* (pp. 91-124). São Paulo: Loyola, 2015.

JABLONSKI, B. Até que a vida nos separe: a crise do casamento contemporâneo. Rio de Janeiro: Agir. 1998.

JORGE, M. M. Separação conjugal em famílias de baixa renda (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Paulo, São Paulo, Brasil, 2013.

LOPES, N. A. Casamento, dissolução conjugal e suas funções adaptativas (Dissertação de Mestrado). Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Rio Grande do Norte, Brasil, 2016.

NOGUEIRA, C. S. S. Novas formas de lidar com o processo da separação conjugal na modernidade líquida (Dissertação de Mestrado). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Minas Gerais, Brasil, 2016.

PATERNIANI, A. L. S. A aventura amorosa do casal contemporâneo. Revista da Sociedade Brasileira de Sexualidade Humana, 8(1),46-60, 2017.

PEREIRA, M. G.; PINTO, H. O conflito no contexto da separação e divórcio: a perspectiva feminina. Psicologia: Teoria, Investigação e Prática, 2,187-203, 2013.

RODRIGUES, S. Direito Civil; Direito de Família. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, J. M. Código Civil Brasileiro interpretado. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2014.

SILVA, C. E. V. Sem "nós" dois, o que resta sou "eu": os caminhos da separação conjugal (Tese de Doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil, 2011.

VIEGAS, I. L. F. A desvinculação amorosa na relação conjugal (Dissertação de Mestrado). Universidade de São Marcos, São Paulo, Brasil, 2016.

ZORDAN, E. P., FALCKE, D., & WAGNER, A. Casar-se ou não se casar? Motivos e expectativas com relação ao casamento. Psicologia em Revista (Online), 15(2),56-76. 2009.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA IMPOSIÇÃO DA LEI CIVIL DO REGIME DA SEPARAÇÃO DE BENS PARA OS MAIORES DE SETENTA ANOS.

MARISANGELA SILVA FERREIRA:

Graduando(a) do Curso de Direito do
Centro Universitário FAMETRO

CRISTIANO DOS REIS FERNANDES

(orientador)

RESUMO: O presente estudo aborda tema relativo À inconstitucionalidade da imposição da lei civil do regime da separação de bens para os maiores de setenta anos. O legislador teve o escopo de proteger os septuagenários de casamentos pautados em interesse financeiro, no entanto, esta restrição é alvo de críticas por afrontar os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Tal dispositivo demonstra preconceito com as pessoas, que ao completarem setenta anos são consideradas incapazes de escolherem o regime de bens que melhor lhes aprouver. O objetivo é demonstrar inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de bens para os maiores de setenta anos que não especificamente precisasse de casamento para o desejado ter algum bem em seu nome se assim desejado pelo cônjuge. É importante destacar que, foi adotada uma metodologia de revisão de literatura sobre matérias atinentes à temática proposta, todavia explicando teoricamente pareça ser algo absurdo que tira o direito de decidir se quer se separar com total separação de bens ou não, a lei obriga a total separação de bens. Com a evolução do direito e sua interpretação constitucional, conclui-se que a referida restrição deve ser revogada, uma vez que além de estar desatualizada, se mostra totalmente inconstitucional.

Palavras-chave: Inconstitucionalidade. Direito de Família. Regime de Bens.

ABSTRACT: This study addresses the issue related to the unconstitutionality of the imposition of civil law on the regime of separation of property for those over seventy. The legislator had the scope to protect septuagenarians from marriages based on financial interest, however, this restriction is the target of criticism for violating the constitutional principles of freedom, equality and dignity of the human person. Such device demonstrates prejudice against people, who, upon completing seventy years of age, are considered incapable of choosing the system of goods that best suits them. The objective is to demonstrate the unconstitutionality of the mandatory property regime for those over seventy who did not specifically need marriage for the desired person to have some property in their name if so desired by their spouse. It is important to highlight that, a

literature review methodology was adopted on matters pertaining to the proposed theme, however, explaining theoretically it seems to be something absurd that takes away the right to decide whether you want to separate with total separation of assets or not, the law requires total separation of goods. With the evolution of the law and its constitutional interpretation, it is concluded that the aforementioned restriction should be revoked, since in addition to being outdated, it is totally unconstitutional.

Keywords: Unconstitutionality. Family right. Property Regime.

INTRODUÇÃO

O presente estudo versa sobre a obrigatoriedade do regime da separação de bens para os maiores de setenta anos. Esta determinação já encontrar-se prevista no Código Civil de 1916, que tinha um conteúdo basicamente patrimonialista.

No Código Civil atual, tal dispositivo está previsto no art. 1641, II, que foi modificado pela Lei n. 12.344/10, no qual preceitua ser obrigatório o regime de separação de bens para os maiores de setenta anos.

Através deste artigo, o Estado tem o escopo de resguardar o patrimônio e resguardar as pessoas idosas de casamentos motivados em interesse financeiro.

Este tema acerca-se um assunto de interesse geral, diante do envelhecimento populacional e da mudança no perfil das pessoas idosas. A população de idosos está crescendo cada vez mais, principalmente devido ao aumento da expectativa de vida. Com o avanço da medicina e dos tratamentos estéticos, as pessoas estão envelhecendo cada vez mais tarde e com melhor qualidade de vida.

Os idosos estão mais ativos e autônomas, sendo que muitos permanecem trabalhando depois a aposentadoria, às vezes até em diferentes atividades. Com uma vida mais sociável, estão aumentando também as afinidades afetivas na terceira idade, como casamento e união estável. Assim, os idosos de hoje são inteiramente diferentes dos idosos de outras épocas.

A norma que determina obrigatório o regime de separação absoluta de bens em razão da idade dos contraentes parece não considerar esta nova realidade dos idosos. Ela mantém um preconceito quanto a estas pessoas, que somente pelo fato de terem ultrapassado determinada idade, passam a ser consideradas incapazes para escolher o seu próprio regime de bens.

O Estado, que deveria proteger a instituição da família, ao invés de estimular o casamento, parece castigar estas pessoas, atuando muito mais como um interveniente do que como um protetor.

Entretanto, a Constituição Federal prescreve, entre outros, os princípios da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, que devem ser respeitados.

Diante disso, existe uma polêmica na doutrina e na jurisprudência a respeito da possível inconstitucionalidade do artigo 1.641, II, do Código Civil, uma vez que ele estaria ferindo tais princípios.

É importante destacar que a união entre duas pessoas, que de certa maneira aparece demonstrada a pretensão em constituir o âmbito familiar, enseja ao casamento, a compreensão, contribuição, a assistência mútua, indo muito além do caráter meramente econômico. Examinando a certidão de nascimento, o oficial do registro civil apura, também, se os noivos têm

Outro ponto destaca é que se tiver mais de 70 anos de idade. Basta que um deles tenha ultrapassado esse limite para que o casamento seja realizado obrigatoriamente no regime da separação de bens. Não obstante, desta também advém reflexos patrimoniais, que se estendem até a dissolução da sociedade conjugal. Ou seja, na constância dele, o casal terá que organizar suas despesas, administrando-as de forma mais conveniente, surgindo então o regime de bens.

1 BREVE CONCEITO REGIMES DE BENS ADOTADOS PELA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O Direito de Família estabelece o ramo de Direito Civil que estuda, entre outros, as afinidades das pessoas ligadas pelo matrimônio, sua legitimidade e os resultados que dele resultam, e estuda também as relações daqueles que vivem em uniões sem casamento. Aborda as relações de parentesco e os institutos de direito protetivo, como a tutela e a curatela. Ele é de todos os ramos do direito, o mais intimamente ligado à própria vida.

Segundo Gonçalves (2017, p. 1100) o destaca que o tratamento diverso dado pela legislação ordinária aos direitos do cônjuge e aos do companheiro tem provocado debate nos tribunais estaduais, proclamando alguns julgados a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil, por afrontar os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, uma vez que o art. 226, § 3º, da Carta Magna deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.

Diante desse contexto compreender que a união entre duas pessoas, que de forma aparece demonstrada a pretensão em constituir o âmbito familiar, tenta ao casamento, a compreensão, contribuição, o auxílio mútuo, indo muito além do caráter simplesmente econômico. Todavia, desta também acontece reflexos patrimoniais, que se estendem até a dissolução da sociedade conjugal. Ou seja, na constância dele, o casal terá que organizar suas despesas, administrando-as de forma mais conveniente, surgindo então o regime de bens.

A família tem por sujeito o ser humano dinâmico por natureza. O casamento é a conjugação do homem e da mulher, que se associam para toda a vida, a comunhão do direito divino e do direito humano formando assim uma família. Durante muitos séculos esse foi o único modelo vislumbrável pelas sociedades ditos civilizadas.

Segundo Dias (2021, p. 69) diz que:

A família é uma entidade histórica, interligada com os rumos e desvios da história, mutável na exata medida em que mudam as estruturas e a arquitetura da própria história através dos tempos. Sabe-se, enfim, que a família é por assim dizer, a história, e que a história da família se confunde com a história da humanidade. A conceituação de família oferece de plano, um paradoxo. O Código Civil não o define. Por outro lado, não existe identidade de conceitos para o Direito, para a Sociologia e para a Antropologia.

Afastada fica também a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do de cujus, se o regime de bens do casal era o da separação obrigatória. Tal regime é imposto por lei às pessoas que contraírem o matrimônio com inobservância das causas suspensivas, forem maiores de 70 anos ou dependerem de suprimento judicial para casar-se.

Baseado na colocação de Ferreira (2013, p.189) enfatiza que:

O matrimônio é justo ou legítimo se entre aqueles que contraem as núpcias existir Conubium, e se tanto varão for púbere, quanto a mulher núbil, e se um e outros consentem ou consentem seus pais, se sujeitos ao poder destes. as relações patrimoniais existentes no direito de família são secundárias, pois dependem da compreensão ética e moral da família, sendo que o casamento ainda é um centro gravitador do direito da família. O casamento, pelos seus efeitos, é

o mais importante instituto do Direito de Família, ainda que existam relações familiares fora deste instituto. É do casamento que irradiam as normas básicas do Direito de Família.

Com isso essa separação é total e permanente, atingindo inclusive os bens adquiridos na constância do casamento, que não se comunicam. Exatamente por não se admitir qualquer tipo de comunicação patrimonial por vontade dos cônjuges é que se afasta o direito de concorrência com os descendentes, a fim de evitar qualquer burla à imposição legal. É a única exceção ao princípio de que, inexistindo meação, haveria concorrência.

De acordo com (VASCONCELLOS, 2021, p. 358) "Presumida pela Lei Civil, o art. 1634 do Código Civil (CC), considera que a declaração de vontade no ato da celebração constitui presunção de que os nubentes quiseram contrair o matrimônio e que possuem exato conhecimento dos efeitos do contrato que vão celebrar, ou seja, do conteúdo do estado de casado."

Ainda de acordo com a importância pessoal e social do casamento, a lei pretende que os casamentos celebrados o sejam entre pessoas com capacidade para o fazerem.

Nesse contexto o contrato de casamento determina, efeitos jurídicos, pessoais ou patrimoniais, entre os cônjuges, que originam um novo "estado" civil: estado de casado. Estado que afeta profundamente aspectos fundamentais.

No livre-arbítrio do regime de bens, em princípio os esposos podem fixar em acordo antenupcial, quer escolhendo um dos regimes previstos no Código Civil quer estipulando o que a esse respeito lhes aprouver dentro dos limites da Lei (**art. 1698** CC) (VASCONCELLOS, 2021).

Não faria sentido, com efeito, permitir ao cônjuge eventualmente receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial, entretanto princípios constitucionais exercem uma colocação de otimização do Direito.

1.1 Princípios Constitucionais aplicáveis ao Direito de Família

Justo, portanto, aquinhoem-se os herdeiros em toda a sorte de bens, no bom e no ruim, no certo e no duvidoso. Todavia os princípios constitucionais exercem uma colocação de otimização do Direito na força que deve acobertar sobre toda organização jurídica, enchendo lacunas abandonadas por outras normas, sendo elas positivadas ou não,

também como instrumentos orientadores de todo o ordenamento jurídico se constitucionais ou daquele ramo.

Segundo Rodrigues (2014, p. 639) diz que o art. 1.639:

Art. 1.639. É lícito aos nubentes, antes de celebrado o casamento, estipular, quanto aos seus bens, o que lhes aprouver.

§ 1o O regime de bens entre os cônjuges começa a vigorar desde a data do casamento.

§ 2o É admissível alteração do regime de bens, mediante autorização judicial em pedido motivado de ambos os cônjuges, apurada a procedência das razões invocadas e ressalvados os direitos de terceiros.

É importante destacar que o regime de bens, também chamado de estatuto patrimonial da sociedade conjugal é o conjunto de princípios e normas referentes ao patrimônio dos cônjuges, que regulam os interesses econômicos oriundos do casamento.

Baseado na colocação de Ferreira (2012, p. 639) no art.:

Art.1640. Não havendo convenção, ou sendo ela ineficaz, vigorará, quanto aos bens entre os cônjuges, o regime da comunhão parcial. Parágrafo único: Poderão os nubentes, no processo de habilitação, optar por qualquer dos regimes que este código regula. "Quanto à forma, reduzir-se-á a termo a opção pela comunhão parcial, fazendo se pacto antenupcial por escritura pública, nas demais escolhas.

Art. 1642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I – praticar todos os atos de disposição e da administração necessárias ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecidas no inciso I do art. 1647;

II – administrar os bens próprios;

III– desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;

IV – demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com a infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1647;

V – reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo cônjuge ao concubino, desde provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de 5 (cinco) anos;

VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.

Sobrepondo ainda que é lícito aos cônjuges propor o regime de suas preferências, acordar, ou determinar cláusulas de sua livre escolha e redação, desde que não atentem contra os princípios da ordem pública, e, não contrariem a natureza e os fins do casamento.

Segundo (RANCONI, 2021) “Fraudes e engenhosas simulações ferem de morte o princípio da Igualdade dos regimes de bens da massa comunicável, deles dispendo em transferências fictícias, ou através de aparentes alienações de regular visibilidade, muitas vezes acobertadas pela outorga de esquecidas procurações, quando não sucedidas pelo uso de interposta pessoa.”

Outro ponto destacado é o regime obrigatório da separação de bens que tem sido aplicada a súmula 377 do STF, considerando que é possível, por convenção dos nubentes e em escritura pública, o afastamento da aplicação da Súmula 377 do STF, “por não ser o seu conteúdo de ordem pública, mas, sim, de matéria afeita à disponibilidade de direitos”

Segundo Gomes (2014, p. 36) enfatiza que:

No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”. Esse enunciado pode ser interpretado de duas formas: 1) no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, sendo presumido o esforço comum na aquisição do acervo; e 2) no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento, desde que comprovado o esforço comum para sua aquisição. No entanto, a adoção da compreensão de que o esforço comum deve ser presumido (por ser a regra) conduz à ineficácia do regime da separação obrigatória (ou legal) de bens,

pois, para afastar a presunção, deverá o interessado fazer prova negativa, comprovar que o ex-cônjuge ou ex-companheiro em nada contribuiu para a aquisição onerosa de determinado bem, conquanto tenha sido a coisa adquirida na constância da união. Torna, portanto, praticamente impossível a separação dos aquestos. Por sua vez, o entendimento de que a comunhão dos bens adquiridos pode ocorrer, desde que comprovado o esforço comum, parece mais consentânea com o sistema legal de regime de bens do casamento, recentemente adotado no Código Civil de 2002, pois prestigia a eficácia do regime de separação legal de bens. Caberá ao interessado comprovar que teve efetiva e relevante (ainda que não financeira) participação no esforço para aquisição onerosa de determinado bem a ser partilhado com a dissolução da união (prova positiva).

O Estado não pode deixar de desempenhar sua função social de amparo à família, sob pena de o próprio Estado obscurecer-se. De tal modo, a intervenção do Estado na família é de extrema importância, ainda que deva preservar o direito de autonomia. Essa intervenção deve ser protetora, nunca invasiva na vida privada.

2 Princípios constitucionais e o regime de separação de bens para os maiores de setenta anos

O Código Civil atribui o regime obrigatório de separação de bens para os maiores de setenta anos, cujo embasamento encontrado por alguns doutrinadores, convive apenas no caráter protetivo. Todavia, o objetivo dessa advertência é impedir o vulgo conhecido como golpe do baú.

Baseado na colocação de Oliveira (2021, p. 214) enfatiza que:

O antigo Código Civil, já aplicava a regra supracitada, diferenciando apenas na idade dos consortes, para a mulher era cinquenta anos, e para o homem sessenta anos. Já, no atual código, com base no princípio da igualdade, foram equiparadas as idades, passando a ser setenta anos para ambos os sexos.

A questão é saber, se, tal restrição imposta, padece de inconstitucionalidade. Vários doutrinadores alegam que sim, por tal norma conter afronta direta ao direito a liberdade e autonomia, bem como, ofensa ao princípio da dignidade humana.

A isonomia prevista na Carta Magna estende-se a todos os brasileiros, protegendo-os de discriminações de sexo, idade, cor, raça, dentre muitas outras. Direcionando-se para lei mais específica, reza o artigo 2º do Estatuto do Idoso que: “O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana.”

Vejamos o disposto no artigo 5º, inciso XLI da Constituição Federal: “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”

Avaliando os dois dispositivos acima, entende-se que o maior de setenta anos é uma pessoa como qualquer outra.

O transcorrer da vida proporciona pontos positivos para o sujeito, como a maturidade e conhecimento decorrentes de diversas circunstâncias vividas.

Entretanto, ao estabelecer tal regra, o legislador não se atentou a esse detalhe, levando somente em atendimento a possibilidade de vulnerabilidade derivada da idade mais avançada, tornando assim o idoso, alvo mais fácil para os famosos “golpes”.

A crescente longevidade apresenta desafios, principalmente na questão previdenciária, sendo que também traz transformações na sociedade e na família.

Segundo Gonçalves (2017, p. 740) coloca que:

Torna-se claro, nesta amplitude, que tal norma discutida em tela, fere também princípio da isonomia, o direito a liberdade, haja vista que os que estão abaixo da faixa etária estipulada, estão aptos para escolher o regime patrimonial que lhes convier, tendo ampla sua livre autonomia para escolha.

O direito à liberdade, assim como a autonomia, visa propiciar ao idoso a possibilidade de se guiar segundo seu livre-arbítrio. Ambos, estão assegurados pelo nosso Ordenamento Pátrio, e são consequências lógicas do princípio da dignidade humana.

O artigo 1.513 do Código Civil em vigor, consagra o princípio da liberdade quando diz que “É defeso a qualquer pessoa de direito público ou direito privado interferir na comunhão de vida instituída pela família.” Sendo assim, o princípio da liberdade está intimamente

ligado com o princípio da autonomia privada, que é o poder que a pessoa tem, de, desejando, auto regulamentar os seus próprios interesses.

Portanto, a autonomia privada não subsiste apenas em sede contratual, ou até mesmo obrigacional, mas também no âmbito familiar. Quando se faz escolha em relação a pessoa que se deve ficar, com quem namorar, com quem manter uma união estável, ou até mesmo se casar, estamos falando em autonomia privada.

A liberdade de escolher o regime de bens na hora de contrair núpcias, faz parte dos direitos fundamentais garantidos aos cidadãos e apregoados pela Carta Magna. E, neste liame, se tratando do direito à liberdade, esse tem abrangência genérica, não sendo específico somente de algumas classes ou determinados clãs.

Por se tratar de regime imposto por lei, não há necessidade de pacto antenupcial. Em alguns casos, tal imposição é feita por ter havido contravenção a dispositivo legal que regula as causas suspensivas da celebração do casamento.

Em outros, mostra-se evidente o intuito de proteger certas pessoas que, pela posição em que se encontram, poderiam ser vítimas de aventureiros interessados em seu patrimônio, como as menores de 16, as maiores de 70 anos e todas as que dependerem, para se casar, de suprimento judicial. (DIAS, 2021).

Essa separação é total e permanente, atingindo inclusive os bens adquiridos na constância do casamento, que não se comunicam. Exatamente por não se admitir qualquer tipo de comunicação patrimonial por vontade dos cônjuges é que se afasta o direito de concorrência com os descendentes, a fim de evitar qualquer burla à imposição legal. É a única exceção ao princípio de que, inexistindo meação, haveria concorrência

Afastada fica também a concorrência do cônjuge supérstite com os descendentes do de cujus, se o regime de bens do casal era o da separação obrigatória. Tal regime é imposto por lei às pessoas que contraírem o matrimônio com inobservância das causas suspensivas, forem maiores de 70 anos ou dependerem de suprimento judicial para casar-se (CC, art. 1.641) FIUSA, 2018).

De acordo com (OLIVEIRA, 2021) "Quando o cônjuge arrostado a enfrentar a ruptura conjugal contra a sua vontade ou por sua livre iniciativa, estando disposto a ferir a ética

conjugal e a romper a lealdade conferida pelo natural mandato de gestão dos bens conjugais”, frustrando as divisões idealizadas pela comunidade de bens, com efeito, que ele pratica esses atos dentro de um período anterior ao processo de separação, cuja distribuição judicial ele procura postergar ao máximo.”

Baseado na colocação de Azevedo (2010, p. 80) o período suspeito da falência respeita o fato de que:

Estado de colapso patrimonial tem necessariamente um período de incubação que se desenvolve mais ou menos anormalmente, procurando o devedor, através de várias atitudes, evitar o marasmo. Por isso a lei considera certos atos praticados pelo falido, num período que antecede a sentença declaratória, como ineficazes e revogáveis, visando, com isso, a evitar a desigualdade entre credores e beneficiá-los em conjunto. O princípio da liberdade diz respeito ao livre poder de escolha ou autonomia de constituição, realização e extinção de entidade familiar, sem imposições ou restrições externas de parentes, da sociedade ou do legislador, à livre aquisição e administração do patrimônio familiar; ao livre planejamento familiar; à livre definição dos modelos educacionais, dos valores culturais e religiosos; à livre formação dos filhos, desde que respeite suas dignidades como pessoas humanas; à liberdade de agir, assentada no respeito à integridade física, mental e moral.

Nessa mesma linha de pensamento o colapso patrimonial quando o cônjuge, às vésperas de uma crítica separação tem como prioridade apartar-se da partilha igualitária, tencionando fugir-se com os recursos econômicos que amealhou por sub-rogação de precedentes transações maliciosas.

O artigo 1.641, II, do Código Civil afronta os princípios constitucionais da liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana, lembrando que estes princípios são os principais norteadores do Direito de Família.

Com a evolução do Direito e sua interpretação constitucional, esta maneira de regular o patrimônio deve ser revogada, deixando os cônjuges livres para escolherem o regime de bens de seu casamento.

2.1 Da jurisprudência e seus respectivos entendimentos

Tem a jurisprudência aceitado a comunicação dos foram adquiridos na vigência do matrimônio a título oneroso, no regime da separação convencional de bens, quando sejam resultado do esforço comum dos cônjuges, comprovada a existência da sociedade de fato.

Assim, sob a inspiração do princípio que norteou a Súmula 380, a respeito do concubinato, e a Súmula 377, sobre o regime da separação obrigatória, que veda o enriquecimento ilícito, se provado que o cônjuge casado pelo regime da separação convencional concorreu diretamente, com capital ou trabalho, para a aquisição dos bens em nome do outro cônjuge, é cabível a atribuição de direitos àquele consorte (FIUSA, 2018)

Baseado na colocação de Dias (2021, p. 36) destaca que:

EMENTA: SEPARAÇÃO JUDICIAL LITIGIOSA. CULPA. Já se encontra sedimentado nesta Câmara o entendimento de que a caracterização da culpa na separação mostra-se descabida, porquanto o seu reconhecimento não implica em nenhuma sequela de ordem prática. **PARTILHA. SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS. SÚMULA 377 DO STF.** A partilha igualitária dos bens adquiridos na constância do casamento celebrado pelo regime da separação obrigatória de bens se impõe, a fim de evitar a ocorrência de enriquecimento ilícito de um consorte em detrimento de outro. Busca-se, outrossim, a justa e eqüânime partilha do patrimônio adquirido mediante o esforço comum, e que muitas vezes são registrados apenas no nome de um dos cônjuges. Aplicação da Súmula 377 do STF. Afastada a preliminar do recorrido, apelo provido em parte.

Diante do conteúdo de tal disposição, com assistência na Súmula 377 do STF, entende-se que, embora o regime pertinente seja o da separação obrigatória, o mesmo torna-se equívoco diante da orientação de tal súmula.

Quando da separação, no momento da partilha, houve a devida meação dos bens adquiridos na constância do casamento, dando assim, a divisão equânime e justa a cada um dos cônjuges.

Segundo Gonçalves (2017, p. 275) coloca que com a edição de tal súmula, percebe-se que houve necessidade de ratificação do entendimento esculpido no artigo 1641, inciso II do Código Civil. Se o legislador previu que não se comunicariam os bens na constância do casamento, esqueceu-se, portanto, daqueles bens que fossem adquiridos por ambos os cônjuges no decorrer dele.

E como então, ficaria a divisão desses bens? Ficariam os nubentes limitados determinações do legislador, sem ao menos saber se haveria a adequada meaçaõ dos bens, se porventura houvesse dissoluçaõ da sociedade conjugal.

Partindo do pressuposto que a intençaõ do legislador era proteger o patrimônio do idoso de eventuais "golpes", percebe-se que ele se esqueceu que há outros meios para dilapidaçaõ do patrimônio protegido. Poderia o maior de setenta anos, nesse caso, doar seus bens.

Através das várias jurisprudências acerca da temática, observa-se que não é de plena eficácia a restriçaõ inculcada pelo legislador, ao editar o artigo em questãõ.

Segundo a colocaçaõ da decisãõ pronunciada pelo Desembargador, Vieira Brito: (2010, p. 75)

ALTERAÇÃO DO REGIME DE BENS. NUBENTE MAIOR DE 60 ANOS. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. NÃO RECEPÇÃO DO ART. 258, § ÚNICO, II, DO CC DE 1916 PELA CR/88. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 1.641, II, DO CC. CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INTELIGÊNCIA DO ART. 97 DA CR/88. 1. É necessário que a Corte Superior se pronuncie sobre a não recepção do art. 258, parágrafo único, inciso II, do Código Civil de 1916 pela CR/88, bem como sobre a inconstitucionalidade do art. 1.641, II, do CC, de forma que somente após este precedente o órgão fracionário possa declará-la, diante da cláusula de reserva de plenário prevista no art. 97 da Constituição da República. 2. Suscitar relevância da questão. (MINAS GERAIS, TJ. Ap. Nº 1.0491.04.911594-3/001. Rel.Vieira de Brito, 2010.)

Diante desta abordagem de ofício e por unanimidade, foi submetida à triagem da Corte Superior para apreciações efetiva da inconstitucionalidade presente no dispositivo legal discutido.

Ainda que a alegação do apelante seja de que a decisão recaia sobre a data de promulgação do Código Civil de 2002, quando o mesmo contava com 73 anos, o Relator de forma inequívoca, argüiu a inconstitucionalidade do dispositivo, com base em vários artigos esparsos na Constituição Federal, e no Estatuto do Idoso.

CONCLUSÃO

O Código Civil dispõe no seu artigo 1.641,II que o regime de bens para os maiores de setenta anos é o da separação obrigatória. Este sistema tem o objetivo de resguardar o septuagenário de casamentos regulados em interesse financeiro, o chamado “golpe do baú.”

No transcorrer deste Artigo, foi corroborado que tal restrição se mostra atentatória aos princípios constitucionais de liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana.

Esta regra parece proteger muito mais o herdeiro do que a pessoa a quem a norma deveria proteger.

Ela despreza a autonomia do indivíduo de dispor de seu patrimônio. Ela parte do princípio que a pessoa ao chegar aos setenta anos não tem capacidade para escolher o regime de bens do seu casamento.

Este assunto também provoca reflexão em relação aos limites da intervenção do Estado na vida privada dos cidadãos.

O referido dispositivo não considera a nova realidade social das pessoas que pertencem à chamada terceira idade. Estas pessoas hoje são mais ativas e possuem uma vida social mais intensa. Consequentemente, são cada vez mais comuns os relacionamentos amorosos nesta fase da vida, inclusive os casamentos.

Assim, estando o idoso em plena atividade intelectual e com total lucidez, nada mais justo do que do que conferir a ele o direito de escolher o regime de bens que melhor lhe aprouver.

Obviamente, se a pessoa não possuir capacidade de discernimento para os atos da vida civil, então que se proceda ao instituto da interdição, devendo provar que não possui tal capacidade, e não simplesmente presumir a incapacidade por conta da idade avançada.

Não há como não reconhecer a inconstitucionalidade do artigo 1.641,II do Código Civil, pois ele também não reflete a realidade dos idosos.

Diante de tantas discussões na doutrina e na jurisprudência, e da necessidade do Direito de acompanhar as mudanças na sociedade, é importante que o referido dispositivo seja revogado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMORIM, Sebastião. **Inventários e partilhas, Direito das Sucessões, teoria e prática**. 15ª Ed. – São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2010. p.375.

AZEVEDO, Álvaro Villaça, **Comentários ao Código Civil**. - Coord. Antônio Junqueira de Azevedo, vol.25. São Paulo: Editora Jurídica Brasileira, 2010, p.272.

BARROS, Ana Lucia Porto de. **O novo código civil comentado**. – São Paulo: Freitas Bastos Editora, 2018.

BARROSO, Paulo Roberto. **Comentários Constituição da república federativa do Brasil**. Rio de Janeiro: DP&A, 2010.

DIAS, Maria Berenice. **Regime de bens e algumas absurdas incomunicabilidades**. SaraivaJur, 19 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.saraivajur.com.br/index.cfm?link=doutrinaArtigo>>. Acesso em: 31 Out. 2021.

FERREIRA, Aparecido Hernani. **O novo Código Civil discutido por juristas brasileiros**. Campinas: Bookseller, 2013.

FIUZA, Ricardo. **Código civil comentado**. 7.ed. rev e atualizada São Paulo: Saraiva, 2018.

GOMES, Orlando. **Sucessões**. 12.ed.rev.atual.e aum. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil, 3** : esquematizado: responsabilidade civil , direito de família, direito das sucessões. – 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

MARTINS, Flávio Alves. **O casamento e outras formas de constituição da família**. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. **Direito das sucessões**: direito de herança, sucessão legítima e testamentária. São Paulo, 10 abr. 2003. Disponível em: <http://www.tcm.sp.gov.br/legislacao/euclides_oliveira3.htm> Acesso em: 31 Out. 2021.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**: direito de família. 28.ed. rev. atual. São Paulo: Editora Saraiva, 2014.v.6.

RONCONI, Diego Richard. **Algumas aplicações da mudança do regime de bens do casamento**. Jus Navigandi, Teresina, a. 8, n. 392, 3 ago. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5518>> Acesso em: 31 Out. 2021.

VASCONCELLOS, Nayara Rangel. **A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens**. Disponível em:

<[HTTP://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusão/](http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusão/)> Acesso em: 31 Out. 2021.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: direito das sucessões. 5.ed. v.7. São Paulo: Atlas, 2010.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA OBRIGATORIEDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO TOTAL DE BENS PARA MAIORES DE 70 ANOS

MIKAELLY VIANA RODRIGUES:
Bacharelanda em Direito pelo Centro
Universitário Faculdade
Metropolitana de Manaus- FAMETRO

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo abordar sobre a possível inconstitucionalidade do artigo 1641, inciso II previsto no Código Civil de 2002 que impõe o regime da separação obrigatória de bens às pessoas que contraem matrimônio em idade superior a setenta anos. Tem ainda o condão de analisar determinadas violações ao princípio da dignidade da pessoa humana, autodeterminação e o princípio da afetividade que norteia o casamento nos dias atuais, bem como, trazer à baila uma breve discussão a respeito da incapacidade expressa no Livro de família e inexistente na Teoria Geral do Direito Civil.

PALAVRAS-CHAVE: Inconstitucionalidade. Regime de separação obrigatória. Dignidade. Incapacidade.

ABSTRACT: This article aims to address the possible unconstitutionality of article 1641, item II provided for in the Civil Code of 2002 which imposes the regime of mandatory separation of property to people who marry over the age of seventy. It also has the power to analyze certain violations of the principle of human dignity, self-determination and the principle of affectivity that guides marriage today, as well as bringing up a brief discussion about the inability expressed in the Family Book and non-existent in the General Theory of Civil Law.

KEYWORDS: Unconstitutionality. Mandatory separation regime. Dignity. Inability.

SUMÁRIO: 1.Introdução; 2.O princípio da dignidade da pessoa humana; 3. Princípio da autonomia da vontade; 4. Da capacidade civil do idoso; 5. Diferença entre os regimes de bens; 6.A inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens; 7. Conclusão; 8. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Partindo do pressuposto de que a Constituição Federal é dotada de soberania em relação as demais normas do ordenamento jurídico brasileiro, servindo de parâmetro no controle de constitucionalidade, levando se em conta que toda norma que vá de encontro com a Carta Magna deverá ser declarada inconstitucional, tendo como base princípios da igualdade da pessoa humana, liberdade, autonomia e autodeterminação, o presente artigo propõe uma visão mais ampla a respeito da inconstitucionalidade prevista no

art.1641, III do Código Civil, no qual o legislador ao impor uma idade limite para a escolha do regime patrimonial de bens daqueles que, por pretensão própria, desejassem contrair matrimônio, feriu de morte princípios constitucionais.

Através da análise histórica e doutrinária será permitida uma concepção mais vasta acerca de tal regra, evidenciando deste modo, que a causa de obrigatoriedade do regime de separação de bens é objeto de divergências por parte da doutrina, entre as quais se destacam a ofensa aos princípios constitucionais; a restrição a capacidade civil de pessoa absolutamente capazes e a discriminação por idade.

2 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O inciso II do art.1641 do Código civil impõe que pessoas maiores de setenta anos são obrigadas a casar sob o regime de separação total de bens, separação, portanto, legal, já que a legislação que impõe esse regime. Essas pessoas não têm escolha, são obrigadas a não comunicar o seu patrimônio, não havendo partilha em eventual divórcio. Somente haverá partilha se for comprovado pela parte interessada que houve esforço comum.

Trata o disposto no inciso II do artigo 1.641 do Código Civil, alterado pela Lei nº 12.344 de 09 de dezembro de 2010, da limitação à vontade da pessoa maior de 70 anos, expressando o seguinte: art. "1.641, caput: É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: II - da pessoa maior de 70 (setenta) anos", dispositivo que impõe à pessoa maior de 70 anos o regime da separação de bens. Diante de tal norma, passa-se a analisar o entendimento atual sobre o dispositivo, sendo certo que alguns doutrinadores reputam-na inconstitucional, enquanto uma minoria prefere entender válida a proteção ao patrimônio do idoso.

No primeiro sentido, posicionam-se Cristiano Chaves e Nelson Rosendal (2010, p. 244, 245):

Nítida violação aos princípios constitucionais. Efetivamente, trata-se de dispositivo legal inconstitucional, às escâncaras, ferindo frontalmente o fundamental princípio da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III) por reduzir a sua autonomia como pessoa e constrangê-lo pessoal e socialmente, impondo uma restrição que a norma constitucional não previu.

De encontro a esse entendimento, destaca Maria Berenice Dias (2021, p.428) que impor o regime da separação total, inclusive com referência ao patrimônio adquirido após o casamento, dá ensejo à ocorrência de perversas injustiças.

Essa vedação contida no referido artigo, tem como justificativa a proteção do idoso que atinge determinada faixa etária de ser enganado ou iludido por alguém que

está apenas interessado em enriquecer de forma inescrupulosa, se valendo da carência e vulnerabilidade alheia.

Todavia, tal imposição viola o que consta no artigo 1º, inciso III da Carta Magna, qual seja a liberdade individual e o princípio da dignidade da pessoa humana, pois conjectura um preconceito às pessoas idosas, introduzindo na sociedade a ideia de que, ao alcançarem tal idade, tornam-se vulneráveis e, portanto, incapazes de decidir o próprio regime de bens que vigorará no casamento, violando dessa forma o artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal.

Imperioso destacar que o ordenamento jurídico brasileiro tem por base a Constituição, portanto nenhuma norma infraconstitucional pode trazer regramentos contrários ao que está disposto no seu texto, sob pena de ser declarada nula. Nesse sentido, parte da doutrina considera inconstitucional tal dispositivo, pois afronta a princípios constitucionais.

A *priori*, este artigo representa uma afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, cânone maior da Constituição Federal de 1988, disposto no artigo 1º, inciso III, da lei maior, que abaixo se reproduz, ao considerar que o indivíduo, ao atingir os setenta anos de idade, tem sua capacidade de discernimento reduzida para prática de atos, como o de contrair matrimônio pelo regime que melhor lhe aprouver, merecendo a proteção do Estado.

A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constituiu-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento no art.1, inciso III, da CF: a dignidade da pessoa humana.

Em consonância com esse entendimento o ilustríssimo Tavares (2012, p. 589) aduz que:

A dignidade do Homem não abarcaria tão somente a questão de o Homem não poder ser um instrumento, mas também, em decorrência desse fato, de o Homem ser capaz de escolher seu próprio caminho, efetuar suas próprias decisões, sem que haja interferência direta de terceiros em seu pensar e decidir, como as conhecidas imposições de cunho político-eleitoral (voto de cabresto), ou as de conotação econômica (baseada na hipossuficiência do consumidor e das massas em geral), e sem que haja, até mesmo, interferências internas, decorrentes dos, infelizmente usuais, vícios.

Lôbo Paulo (2010, p. 323) profere as seguintes análises a respeito da norma:

Entendemos que essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Conseqüentemente é inconstitucional esse ônus.

Em consonância, Madaleno (2018, p.171), a imposição é um ato discriminatório:

muito embora o Código Civil inclusive afirme em seu primeiro artigo que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil, acabou repetindo ato de total discriminação a ferir de morte o princípio da dignidade humana, consagrado pela vigente codificação, quando busca impor o regime obrigatório da separação de bens (CC, art. 1.641, inc. II) para os casamentos de pessoas com mais de setenta anos (Lei n. 12.344/2010).

Corroborando o entendimento supracitado, insta conceituar que o princípio da dignidade da pessoa humana consiste em um valor constante que deve acompanhar a consciência e o sentimento de bem-estar de todos, cabendo ao Estado garantir aos seus administrados direitos que lhe sejam necessários para viver com dignidade, tais como: direito à honra, a vida, à liberdade, à saúde, à moradia, à igualdade, à segurança, à propriedade, entre outros.

3 PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE

Nesse diapasão, a restrição da liberdade das partes interessadas de escolher o regime de bens que lhes satisfazer, limita sua vontade, criando de tal forma uma incapacidade em relação à idade, afastando a opção de uma pessoa acima de 70 anos de escolher o regime que lhe é mais favorável, liberdade esta que, até os 69 anos, lhe era concedida, inserindo um tratamento discriminatório para pessoas acima desta faixa etária.

Tal imposição do regime de separação obrigatória limita a autodeterminação do indivíduo que atingiu setenta anos, restringindo o direito de se autogovernar, de traçar suas próprias normas de conduta, sem que se seja submetido a imposições de ordem estranha, sendo tratados de forma discriminatória, sendo totalmente contrário ao que prevê o art. 5º da Carta Magna: 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.

Confirmando a compreensão, salienta Maria Berenice Dias (2021, p.428):

A limitação à autonomia da vontade por implemento de determinada idade, além de odiosa, é para lá de inconstitucional. A restrição à escolha do regime de bens vem sendo reconhecida como clara afronta ao cânone constitucional de respeito à dignidade, além de desrespeitar os princípios da igualdade e da liberdade. Ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se fossem causas naturais de incapacidade civil.

Do mesmo modo Lôbo (2010, p. 323) aduz que a imposição reduz a autonomia da pessoa e restringe a liberdade:

[...]essa hipótese é atentatória do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, por reduzir sua autonomia como pessoa e constrangê-lo a tutela reducionista, além de estabelecer restrição à liberdade de contrair matrimônio, que a Constituição não faz. Consequentemente é inconstitucional esse ônus.

Com efeito, restringir a vontade de indivíduos maiores de sessenta anos de idade de optar pela forma de constituição de família através do casamento, impondo-lhes o regime da separação obrigatória de bens, sob a alegação de que o ordenamento jurídico, mais precisamente o artigo 1.641, inc. II, reflete o caráter protetivo da norma para com a pessoa, é mascarar que a intenção do legislador continuou a expressar a preocupação para com o patrimônio, fugindo à concepção personalista trazida pelo Código Civil de 2002 e, mais do que nunca, ferindo, como dito alhures, o princípio da dignidade da pessoa humana, liberdade, igualdade, bem como da autonomia da vontade, o qual fora brilhantemente examinado, corroborando a tese de inconstitucionalidade do regime de separação obrigatória de bens para o maior de 70 anos.

4 DA CAPACIDADE CIVIL DO IDOSO

A vulnerabilidade e a fragilidade do idoso, por si só, não servem de argumento para tornar uma pessoa de setenta anos incapaz para os atos da vida civil. Portanto, não existe justificativa para limitar a capacidade de fato do idoso exclusivamente fundamentado no critério da idade, bem como, não se pode afirmar que apenas nessa faixa etária que existem relacionamentos baseados em interesses patrimoniais, pelo contrário, existe interesse em qualquer idade. A problemática surge na ideia de que como um senhor de setenta anos tem liberdade para ocupar cargos de grande influência, mas é considerado incapaz e com pouco discernimento para escolher o próprio regime que lhe aprover?

Em consonância Rolf, Madaleno (2018, p.171) aduz:

Embora seja pretexto dessa restrição proteger o patrimônio das pessoas com mais idade, para evitar casamentos por mero interesse econômico, não parece esteja o legislador realmente a defender a dignidade humana do septuagenário, precocemente envelhecido numa época em que a expectativa de vida supera, e em muito, os 70 anos. Nem há como presumir a incapacidade do septuagenário apenas porque na sua idade seria, por presunção legal, alvo fácil de um casamento argenteiro, especialmente porque núpcias de interesse surgem em qualquer idade, apenas não sendo compreensível que uma pessoa possa, por exemplo, atuar como Ministro do Supremo Tribunal Federal, na mais alta Corte do País, com capacidade para julgar o Presidente da República, mas não possa exercer a seu próprio juízo a escolha do regime de bens de seu casamento.

O Código Civil não estabelece como absolutamente ou relativamente incapaz a pessoa maior de 70 anos. Conforme preceitua o art. 3º e 4º no CC, na parte destinada à Teoria Geral, elenca a incapacidade absoluta e a incapacidade relativa. Da seguinte forma:

art. 3ª – São absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 (dezesseis) anos. (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

I - (Revogado) ; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

II - (Revogado) ; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

III - (Revogado) . (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

Conforme exposto, a incapacidade relativa elencada no art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I – os maiores de 16 (dezesseis) e menores de 18 (dezoito) anos;

II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido;

III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental, tenham o discernimento reduzido;

IV – os pródigos.

Dessa forma, observa-se que os maiores de 70 anos se encontram incluídos na regra geral que é a capacidade. Analogicamente, se a pessoa com deficiência psíquica, por exemplo, em regra, é capaz para todos os atos da vida civil, porque não o seria o Idoso? Dessa forma, quanto ao idoso, assim como com relação às demais pessoas, a capacidade é presumida e a incapacidade deve ser provada nos casos em que a pessoa idosa não goza mais da faculdade de entender e de querer. Nesse caso, o critério para a relativização da capacidade da pessoa idosa não é a idade, mas sim a deficiência, que deverá seguir as formalidades fixadas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência.

No mesmo sentido são os ensinamentos de Lôbo:

A idade avançada não é por si deficiência ou enfermidade mental. A pessoa pode viver muito tempo como idosa, sem qualquer comprometimento de sua higidez mental. Todos os órgãos da pessoa, inclusive o cérebro, sofrem mutações com o passar dos anos, reduzindo-se as habilidades antes desenvolvidas. Mas essa circunstância natural não é suficiente para suprimir ou reduzir a capacidade de exercício da pessoa, se permanece nela a faculdade de discernir. (LÔBO, 2012, p. 124).

Pode-se, então, afirmar que o idoso não está elencado no rol de incapacidade relativa e absoluta prevista no Código Civil de 2002, porém o mesmo Código estabelece em seu artigo 1.641, inciso II, que o idoso maior de 70 anos de idade, ao contrair casamento, é obrigado a casar sob a égide do regime de separação obrigatória de bens, sendo totalmente contraditório, corroborando a tese da inconstitucionalidade do referido dispositivo. Para QUITELLA, 2016:

Desdobra-se em capacidade de direito, a qual decorre da personalidade jurídica e se adquire com esta, e consiste no grau de aptidão da pessoa para adquirir direitos; e na capacidade de fato, a qual consiste na aptidão da pessoa para praticar, pessoalmente, os atos da vida civil. Justamente por se referir à prática dos atos da vida civil, o conceito de capacidade de fato é o mais operacional. Sobre a capacidade de fato, a regra é no sentido de que toda pessoa que a lei não considere incapaz é capaz.

A restrição também colide com alguns artigos do Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), que condena qualquer tipo de tratamento discriminatório dirigido ao idoso em razão da idade. Conforme o art. 2º do referido estatuto:

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.

Assim, a limitação da escolha do regime de bens em razão da idade se constitui muito mais uma sanção do que uma preocupação. Além do mais, restou evidente que o Estatuto do Idoso assegura que o direito ao respeito à pessoa idosa compreende a inviolabilidade de sua autonomia e dignidade. De acordo com Schopenhauer (2012, p. 20):

[...] o velho não é um inválido do tempo, e a velhice não é simplesmente o ocaso da vida, que se tem de protelar o máximo possível, nem a fase do "marasmo" senil e da perda dos sentidos, que conflui na morte. A velhice torna-se, antes, o coroamento da existência, o fim positivo, para o qual o indivíduo se prepara e todo o decorrer da vida se orienta. Se for mesmo verdade que já começamos a envelhecer desde o nascimento [...] a qualquer momento da vida é nossa tarefa envelhecer bem.

Nesse sentido, absurda se mostra tal limitação em função da idade, pois não há uma razão plausível a justificar a imposição deste regime ao maior de sessenta anos de idade. Ao contrário, essas pessoas demonstram ter maior maturidade, experiência de vida pessoal, familiar e profissional, do que um jovem de dezoito anos de idade, ou de dezesseis anos emancipado, a quem é dada a liberdade de escolha do regime de bens, estando tanto um como o outro sujeito aos riscos patrimoniais da ilusão e da farsa.

Desse modo, o simples fato de ter completado setenta anos não justifica a incapacidade. No entendimento de Dias (2013, p.257): para todas as outras previsões legais que impõem a mesma sanção, ao menos existem justificativas de ordem patrimonial. Consegue-se identificar a tentativa de proteger o interesse de alguém. Mas, com relação aos idosos, há presunção *júris et de jure* de total incapacidade mental. De forma aleatória e sem buscar sequer algum subsídio probatório, o legislador limita a capacidade de alguém exclusivamente para um único fim: subtrair a liberdade de escolher o regime de bens quando do casamento.

5 DIFERENÇA ENTRE OS REGIME DE BENS

O regime de bens trata-se de uma norma que regula as relações patrimoniais entre um relacionamento afetivo, levando-se em conta não só os bens adquiridos na constância da relação como também aqueles trazidos antes do seu início.

Diniz (2008, p. 155) ensina que o regime de bens é:

o conjunto de normas aplicáveis às relações e interesses econômicos resultantes do casamento. É constituído, portanto, por normas que regem as relações patrimoniais entre marido e mulher, durante o matrimônio. Consiste nas disposições normativas aplicáveis à sociedade conjugal no que concerne aos seus interesses pecuniários. Logo, trata-se do estatuto patrimonial que começa a vigorar desde a data do casamento.

Nesse sentido, insta conceituar, a princípio, o regime de comunhão parcial de bens que se caracteriza pela comunicação dos bens de ambos os cônjuges adquiridos na constância do casamento ou da união estável. De modo que, em regra, os bens e valores que cada cônjuge possuía quando do início da relação, bem como tudo o que receberam por sucessão ou doação não se comunicam. No mais, a comunhão parcial é o regime legal adotado no Código Civil vigente. Em que pese os cônjuges não tendo elaborado pacto antenupcial, prevalece o regime da comunhão parcial, igualmente nos casos em que é nulo o pacto antenupcial.

No regime da comunhão universal de bens, que antigamente era o regime considerado legal pelo Código Civil de 1916, até a entrada em vigor da Lei do divórcio, prevalece a máxima “tudo é nosso”, ou seja, tem-se a criação de uma única massa patrimonial, na qual todo o patrimônio anterior ao casamento é agora do casal e os bens futuros, gratuitos ou onerosos irão se comunicar.

Em se tratando de regime de participação final nos aquestos, diferente dos demais, trata-se de uma espécie híbrida, pois traz características tanto do regime de separação convencional, quanto do regime de comunhão parcial de bens, ou seja, nesse regime os bens adquiridos antes do casamento não se comunicam. Na constância do matrimônio, assim como ocorre no regime de separação total de bens, cada cônjuge mantém seu próprio patrimônio, com administração exclusiva de seus bens, inclusive os imóveis, desde que previamente estipulado no pacto antenupcial. No entanto, na eventualidade da dissolução conjugal, serão apurados os aquestos sobre os bens adquiridos de forma onerosa pelo casal.

Paulo Lôbo (2014, p. 325) assim conceitua o regime de participação final nos aquestos:

é um regime sem qualquer tradição na experiência brasileira, dotado de certa complexidade, por agregar elementos da comunhão parcial, separação absoluta e apuração contábil de passivo e ativo. De modo geral, os bens adquiridos antes ou após o

casamento constituem patrimônios particulares dos cônjuges, da mesma forma que as dívidas que cada um contrai, mas, na dissolução da sociedade conjugal, os bens são considerados segundo o modelo da comunhão parcial.

O último regime é o da separação de bens, que pode ser convencional ou obrigatório, o qual será detalhado no próximo tópico. Em síntese, no regime de separação convencional de bens, não é possível a comunicação dos bens anteriores ao casamento, nem comunicação dos bens adquiridos durante o matrimônio, nesse caso existem duas massas patrimoniais diferentes.

Nesse sentido, ensina Gonçalves (2012, p. 342):

Quando se convencionam o aludido regime, o casamento não repercute na esfera patrimonial dos cônjuges, pois a incomunicabilidade envolve todos os bens presentes e futuros, frutos e rendimentos, conferindo autonomia a cada um na gestão do próprio patrimônio. Cada consorte conserva a posse e a propriedade dos bens que trouxe para o casamento, bem como os que forem a eles sub-rogados, e dos que cada um adquirir a qualquer título na constância do matrimônio, atendidas as condições do pacto antenupcial.

Em suma, o regime de separação convencional de bens é aquele em que cada cônjuge conserva, com exclusividade, a posse, o domínio e a administração dos seus bens presentes e futuros.

6 A INCONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS

Em que pese a variedade de regimes de casamento previstos no Código Civil, tais como: comunhão parcial, universal, participação final nos aquestos, separação convencional, a separação obrigatória de bens é uma imposição legal para toda união, seja casamento ou união estável, bastando apenas que um dos noivos tenha idade igual ou superior a 70 (setenta) anos, de modo que o patrimônio dos cônjuges ou companheiros não se possam se comunicar.

Segundo Dias (DIAS, 2011, p. 89), trata-se de tentativa de restringir o desejo dos nubentes mediante sanção, configurando verdadeira ameaça.

A forma encontrada pelo legislador para evidenciar sua insatisfação frente à teimosia de quem desobedece ao conselho legal e insiste em realizar o sonho de casar é impor sanções patrimoniais. Os

cônjuges casados sob o regime de separação obrigatória não podem contratar sociedade entre si ou com terceiros. Parece que a intenção do legislador é evitar qualquer possibilidade de entrelaçamento de patrimônios.

A intenção originária desta obrigação, não obstante os debates e discordâncias promovidos pelos estudiosos do tema, era no sentido da aplicação compulsória de um regime de separação de bens baseado na justificativa de que seria necessário proteger o patrimônio de pessoas com mais idade, partindo do contestável pressuposto de que são vulneráveis e estão sujeitos a serem enganados por pessoas “interesseiras”.

Em contraponto a esse argumento, Farias e Rosenvald (2017, p. 335) afirmam ser desarrazoado e discriminatório o dispositivo 1647, II, do Código Civil, que reduz a autonomia do idoso como sujeito, “em nítida violação aos princípios constitucionais”, além de estabelecer uma restrição que a própria Constituição não fez.

Extrai-se da leitura do artigo 1.641, inciso II, que deste indivíduo é reprimida a liberdade de escolha, independentemente de sua capacidade de discernimento. O contraponto da questão se desdobra pelo fundamento de que na mesma lei que limita sua autonomia de escolha com a imposição do regime de separação obrigatória de bens, permite que esta mesma pessoa possa vender, testar, alienar, ou seja, dispor de todo seu patrimônio pouco importando a idade e se de fato é plenamente capaz de discernir sobre suas decisões. Logo, de imediato se percebe que o legislador intervém de maneira direta na vida privada, tendo o poder de ditar em quais situações que uma pessoa maior de setenta anos tem a capacidade de exercer a sua autonomia da vontade.

Para TARTUCE, 2014, p. 138, o inciso II visa, supostamente, à tutela do idoso, potencial vítima de um golpe do baú, em geral, praticado por pessoa mais jovem, com más intenções. De qualquer forma, até para sustentar a tese de inconstitucionalidade a seguir demonstrada, a este autor parece que a norma tende a proteger não o idoso, mas os seus interesses patrimoniais de seus herdeiros, que, muitas vezes, à espreita, esperam a morte do familiar e o recebimento do acervo patrimonial. De imediato, insta notar que o casamento para o idoso, **NÃO TRARÁ PREJUÍZOS AFETIVOS, MAS VANTAGENS, AINDA MAIS SE CONTRAÍDO COM PESSOA MAIS JOVEM**. Vale ainda se lembrar do antigo provérbio a respeito da herança: filho bom não precisa, o filho ruim não merece”.

Por outro lado, é espantoso e incompreensível, no estágio de desenvolvimento da sociedade, o Código Civil de 2002 reproduzir dispositivo anacrônico e injusto que o Código Civil de 1916 previa em um período em que ainda havia a preponderância do patrimônio em dissonância ao valor do indivíduo como pessoa humana, mantendo a proibição da opção de escolha do regime de bens ao contraente maior de setenta anos de idade, conforme se constata pela leitura do artigo 1.641, inc. II, numa época em que se

prioriza pela repersonalização das relações familiares, com a supervalorização da pessoa, compreendendo que ela está acima do patrimônio por não ter um preço, mas sim uma dignidade. Para Madaleno (2013, p. 67):

causa o Estado Democrático de Direito dano irreparável à cidadania do idoso ao constrangê-lo com a restrição de seus direitos; ao monitorar e desconsiderar a sua vontade na suposição de sua proteção, e acreditar estar defendendo o seu patrimônio, sem perceber que fere de morte o mais precioso atributo humano depois da vida, representado pelo respeito constitucional à dignidade da pessoa humana, sem limite em razão da idade.

Urge destacar que, manifestações jurisprudenciais reconheceram a violação aos princípios constitucionais, a exemplo o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais em decisão proferida em março de 2014, Relator Desembargador José Antonino Baía Borges.

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - DIREITO CIVIL - CASAMENTO - CÔNJUGE MAIOR DE SESSENTA ANOS - REGIME DE SEPARAÇÃO OBRIGATÓRIA DE BENS - ART. 258, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 3.071/16 - INCONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA IGUALDADE E DA DIGNIDADE HUMANA. - É inconstitucional a imposição do regime de separação obrigatória de bens no casamento do maior de sessenta anos, por violação aos princípios da igualdade e dignidade humana. (MINAS GERAIS, Tribunal de Justiça, Arg. Inconstitucionalidade nº 1.072.09649733-5/002- Relator: Des. José Antonino Baía Borges, 2014).

No mais, a norma que impede os maiores de setenta anos de escolherem o seu regime de bens cria, ainda, que indiretamente, uma sensação de incapacidade de exercício de direito. Para Lôbo (2014, p.295):

além de sua inconsistência moral e inconstitucional, a norma que impede aos maiores de 70 anos liberdade de escolha do regime de bens cria, indiretamente uma incapacidade de exercício de direito, sem o devido processo legal, que permita o Poder Judiciário averiguar se é caso ou não de interdição do nubente idoso. A idade avançada por si só, não gera incapacidade civil. A norma é preconceituosa, na medida em que veda o direito ao amor, ao afeto matrimonial e à expressão plena dos sentimentos da pessoa idosa.

Alfim, imperioso destacar que a vedação presente no dispositivo fere também um dos princípios basilares do direito de família, que é o princípio da afetividade, que passou a ser reconhecido no sistema jurídico brasileiro. De modo que, com sua inserção no ordenamento passou-se a dar mais importância ao afeto e a relação individual na família, havendo desprendimento de laços biológicos, idade, sexo ou de qualquer preconceito. Sendo assim, todo o impedimento, discriminação, se torna inaceitável e contraditório, quando o que mais deveria importar é o sentimento daqueles que resolveram constituir uma família.

Para Madaleno (2018, p.146)

O afeto é a mola propulsora dos laços familiares e das relações interpessoais movidas pelo sentimento e pelo amor, para ao fim e ao cabo dar sentido e dignidade à existência humana.

Diante de todos os argumentos e de tudo o que fora exposto neste estudo, não há como não reconhecer a inconstitucionalidade do regime da separação obrigatória de bens imposta para os nubentes maiores de setenta anos.

7 CONCLUSÃO

As questões e fundamentos abordados têm como principal justificativa a primazia da preservação da autonomia de escolha do maior de 70 anos que sobre si recai uma imposição descabida do legislador que afronta princípios garantidores que salvaguardam a dignidade de qualquer ser humano.

É clarividente que a intenção do legislador quanto ao dispositivo que impõe o regime de separação obrigatória de bens ao indivíduo que atingiu determinada idade, baseia-se, sobretudo na ideia de uma proteção ao idoso em face de qualquer relacionamento constituído sob a égide de interesse em auferir vantagens econômicas.

Todavia, é de se questionar até em que momento essa proteção exacerbada sobrevém a autonomia do idoso sem o prejudicar, ou melhor, sem reprimi-lo de exercer seus direitos fundamentais, tendo em vista que fora deixada de lado a questão afetiva do idoso, impossibilitando-o de viver livremente suas escolhas de vida, reduzindo-o a incapacidade, não podendo escolher o seu próprio regime de bens.

Neste diapasão, vê-se que a obrigatoriedade deste regime de casamento, viola diretamente os princípios constitucionais, limitando a autonomia do indivíduo e principalmente ferindo o princípio da dignidade da pessoa humana que dispõe que não deve haver nenhum tipo de distinção entre as pessoas.

Outrora, verifica-se ainda que a sociedade moderna, bem como o legislador levando-se em conta inúmeros avanços sociais ainda se mostram demasiadamente arcaicos, preconceituosos e conservadores em alguns pontos, um deles, a imposição do regime da separação obrigatória de bens aos nubentes maiores de 70 anos.

Sendo assim, em valorização a principiologia constitucional, o posicionamento é pela inconstitucionalidade da norma que institui o regime legal da separação de bens, tendo-se em vista que tal dispositivo fere a autodeterminação da pessoa, que objetiva privilegiar dispositivos legais que visam ao interesse pessoal, quais sejam o afeto e a vontade às normas que resguardam questões meramente patrimoniais.

Urge destacar que o vigente Código Civil, na iminência de abandonar os ideais patrimonialistas que permearam o revogado diploma de 1916, mostrou-se incapacitado quanto à evolução do direito, caminhando na contramão dos princípios constitucionais, notadamente do princípio da autonomia da vontade e da autodeterminação da pessoa, ao instituir o regime da separação obrigatória de bens aos nubentes com idade superior a 60 anos, majorando posteriormente para 70, o que se revela, frise-se, inconstitucional, por privilegiar a tutela de direito patrimonial, em sua natureza essencialmente disponível em detrimento da tutela da dignidade da pessoa humana, na qual se inserem a autonomia da vontade, o direito à autodeterminação e a afetividade, além de se constituir uma discriminação injustificável, qual seja, a incapacidade do idoso simplesmente em razão da idade, marginalizando-o em relação a um patrimônio que ele mesmo foi capaz para construir, gerir e preservar até essa idade.

Por derradeiro, a idade avançada, por si só, não pressupõe a incapacidade do indivíduo de exercer todos os atos de sua vida civil. Nesse sentido, os idosos têm assegurado o direito constitucional de envelhecer com dignidade. No mais, as pessoas idosas detêm algo que nenhum jovem possui: a experiência de vida!

8 REFERÊNCIAS

DIAS, Maria Berenice: **Manual de Direito das famílias**. 14. ed. rev. –Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. São Paulo: Saraiva, 2008. 5v.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. **Direito civil: famílias**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**. 10.ed.2019

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 8. ed. 2018.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Direito das famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil: Parte Geral e LINDB**. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

TAVARES, André Ramos. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DUARTE, Livia, **A inconstitucionalidade na vedação da escolha do regime de bens para maiores de 70 anos**. Disponível em: <https://liviaduarte.jusbrasil.com.br/artigos/611058803/a-inconstitucionalidade-na-vedacao-de-escolha-de-regime-de-bens-para-maiores-de-70-anos>. Acesso em 18 de maio de 2021.

LOZZA, Cláudia, **A inconstitucionalidade da obrigatoriedade do regime de separação obrigatória de bens para os maiores de setenta anos**. Disponível em: https://repositorio.ufsm.br/bitstream/handle/1/11571/Lozza_CI%C3%A1udia.pdf?sequence=1 Acesso em 03 de setembro de 2021.

FIGUEIREDO, Ramon, **A (in) constitucionalidade da imposição do regime da separação de bens às pessoas com idade superior a setenta anos**. Disponível em: https://ibdfam.org.br/img/artigos/15_02_2012%20regime%20de%20bens%20inconstitucionalidade.pdf. Acesso em 03 de setembro de 2021.

GASPARINI, Tainara, **A inconstitucionalidade na vedação à escolha de regime de bens para maiores de 70 anos**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/52886/a-inconstitucionalidade-da-vedacao-a-escolha-de-regime-de-bens-para-maiores-de-70-anos>. Acessado em 15 de setembro de 2021.

Brasil, **Estatuto do Idoso**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/10.741.htm. Acesso em 20 de outubro de 2021.

BRASIL, **Código Civil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acessado em 22 de outubro de 2021.

BRASIL, **Tribunal de Justiça de Minas Gerais**. Arg. Inconstitucionalidade nº 1.072.09649733-5/002. Órgão Especial. Relator: Des. José Antonino Baía Borges. Julgado

em 12/03/2014. Disponível em: <<https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119528602/arg-inconstitucionalidade-arg-10702096497335002-mg/inteiro-teor-119528708>> Acesso em: 30 de outubro de 2021.

SCHIEFLER, Advocacia, **Regime de bens: o que é, quais os tipos e como funcionam.** Disponível em: <<https://schiefleradvocacia.jusbrasil.com.br/artigos/885221482/regime-de-bens-o-que-e-quais-os-tipos-e-como-funcionam>>. Acessado em 25 de outubro de 2021.

O CRIME DE ESTUPRO E SUA CULTURA

NATHALIA GLÓRIA DA SILVA:
Bacharelada em Direito pela
Universidade Católica -TO

IGOR BARBOSA

(orientador)

RESUMO: O presente artigo apresenta um panorama histórico da cultura do crime de estupro, sendo causa de discussão constante e fundamental para a sociedade e o âmbito jurídico brasileiro. Trata-se de uma pesquisa qualitativa, a fim de revisar dados bibliográficos, ancorados em artigos e autores que desenvolveram pesquisas sobre esse assunto, como Herman (1984), Brownmiller (1975), Capez (2011), Beauvoir (1970), Prado (2010), entre outros. Destarte, o estudo avalia os impactos que a cultura do estupro trouxe ao mundo e especificamente no Brasil, contextualizando cada época e suas evoluções, trazendo as histórias vivenciadas desde o Código de Hamurabi até a criação da lei que obteve um grande impulso dos movimentos feminista. Portanto, esta pesquisa científica versa os pontos históricos analisando o lado positivo e negativo do tema e traz uma reflexão sobre como deveria ser tratado o crime de estupro, pois ainda é algo não visto com a seriedade necessária e existe muito a se conquistar e trabalhar acerca do tema abordado.

Palavra-chave: Cultura do estupro e sua história, movimentos feministas, lei 12.015/09.

INTRODUÇÃO

Neste artigo iremos abordar o assunto sobre a cultura do estupro, abrangendo sua trajetória até os dias de hoje. Desse modo, faremos uma análise da forma como as mulheres eram tratadas e como se desenvolveu a história do crime de estupro.

Na próxima seção, discutiremos o início da tomada de conhecimento da cultura do estupro no Brasil, ou seja, a contar da época do Código de Hamurabi, organizando o percurso vivenciado até a contemporaneidade. Esse caminho não foi fácil para a classe feminina, pois, naquele período, as mulheres não tinham vozes ativas.

Na segunda parte deste trabalho, trataremos acerca da evolução e realização de conquistas em prol das mulheres brasileiras, tendo como ponto positivo a criação da Lei 12.015/09, resultando em grandes mudanças na área criminalista do âmbito jurídico. Assim, houve grandes avanços, que de certa forma, por meio da lei, a ocorrência do crime de estupro começou a ter mais visibilidade dentro da sociedade, ao passo que o respeito pela integridade sexual das mulheres passou a ser cada vez mais enfatizado e exigido.

E por fim, no último tópico, discorreremos mais uma etapa a respeito da criação de uma nova lei, que trouxe um marco para a sociedade, a Lei Maria da Penha (11.340/2006), voltada para a violência doméstica e familiar. Esse regimento gerou uma nova versão da pena para aqueles que usam o modo violento e infrator para se dirigir a mulher.

A CULTURA DO ESTUPRO NO MUNDO

É formada a ideia que a cultura do estupro foi iniciada em 1970, desenvolvida pelos norte-americanos ao denunciar que o tratamento social e jurídico em relação às mulheres era consequência das maneiras como escolhiam se portar socialmente, em outras palavras, mulheres sofriam violações sexuais e a culpa desse tipo de acontecimento era delas mesmas.

Nesse contexto, a existência da cultura do estupro em ambiente norte-americano era instituída pelo apoio ao crime. Fundamentava-se a normalização da definição de sexualidade masculina naturalmente agressiva e as mulheres como objeto sexual passivo, das quais era exigido na relação sexual, comportamento polido, delicado e de completa aceitação do que lhe era imposto, o que provocava desconforto e sofrimento nas mulheres daquele tempo.

Além disso, a cultura do estupro está associada a guerras, quando os homens eram incentivados a estuprar mulheres para “elevar a moral da tropa”, vinculando a masculinidade à violência e associando o comportamento feminino à passividade e submissão aos homens. Sendo assim, o desejo sexual era satisfatório somente para os homens, as mulheres em nenhum momento tinham o livre arbítrio de escolher com quem ou até mesmo como seria a vida sexual ativa, uma vez que os relatos eram de uso da força e sem direito de escolha.

Naquela época, era comum a sociedade justificar ser normal o comportamento agressivo do homem no ato sexual, à proporção que os padrões sociais eram constituídos e nutridos sob o mesmo ponto de vista. Para Herman (1984, p. 46), “nossa cultura pode ser caracterizada como uma cultura do estupro porque a imagem de uma relação heterossexual está baseada no modelo da sexualidade do estupro”.

Conforme Brownmiller:

A descoberta do homem de que sua genitália poderia servir como uma arma para gerar medo deve ser classificada como uma das descobertas mais importantes dos tempos pré-históricos, juntamente com o uso do fogo e o primeiro machado de pedra bruta. Dos tempos pré-históricos até o presente, creio eu, o estupro tem

desempenhado uma função crítica. Isto é nada mais nada menos do que um processo consciente de intimidação pelo qual todos os homens mantêm todas as mulheres em um estado de medo (1975, p. 15, tradução nossa).

Brownmiller (1975) conclui que a violência pelo estupro estaria relacionada ao aspecto biológico, ao afirmar que o homem teria uma arma "pênis" contra as mulheres, fazendo do ato sexual uma prática tortuosa e fomentando a visão de sexualidade violenta.

No direito germânico, independia se a mulher fosse virgem, pois o estupro só era consumado quando a mesma era deflorada, isto é, quando houvesse emprego de violência. No entanto, a Lei de Moisés e o Código de Hamurabi protegiam as mulheres que fossem donzelas e ainda não "conheciam um homem", excluindo as mulheres casadas e prostitutas.

Na Lei de Moisés, se o homem encontrasse uma donzela na condição de noiva e com ela mantivesse relação sexual dentro dos portões da cidade, os dois eram apedrejados, todavia se o homem encontrasse a donzela, fora dos portões da cidade e com ela praticasse o mesmo ato, usando a violência física, somente o homem era apedrejado.

Se alguém violasse a mulher que ainda não tivesse tido contato sexual com um homem e ainda morava na casa paterna, o mesmo teria como sentença a morte e a mulher permanecia viva, previsto no artigo 30 do Código de Hamurabi. No direito hebraico, a proteção não era voltada à vítima, e sim ao patriarca da família, pois as mulheres eram consideradas objetos que pertenciam aos homens.

Idade das Trevas, assim era conhecida a Idade Média. Nessa fase, o pensamento científico era punido, reinava então a autoridade das Igrejas que tinham o poder legislativo. Segundo Capez (2011, p.19), "O direito canônico atingiu às repressões nunca antes cogitadas, punindo até o mero pensamento e o desejo", nesse contexto, a mulher era vista como amaldiçoada e julgada como inferior.

Na Inglaterra a punição era com a morte, depois passou a ser com o furo nos olhos, exemplo retratado na lenda inglesa de Lady Godiva (século XI), e o "corte dos testículos"(FRAGOSO, p.3). Podemos perceber que o crime era inaceitável quando cometido contra mulheres virgens, mas não se falava a respeito das mulheres que se encaixavam em condições de vida sexual adversas e os homens de modo algum eram colocados como sujeito passivo no crime de estupro.

A punição por crime de estupro teve grandes modificações no decorrer da história, antes era punido com morte, castração e mutilação, mas vimos que não era para a

primordial defesa da mulher, e sim do seu patriarca, tornando-a seu objeto e sua propriedade.

Isso acontece desde o período escravocrata, em que as mulheres eram tratadas como “coisas”, propriedades dos donos das fazendas, sendo sistematicamente estupradas, além de sofrer outras diversas violências não podendo ser ajudadas ou prestar queixas pelos atos perversos aos quais era submetidas. Esse comportamento violento dos senhores, donos das fazendas, homens brancos, em nenhum momento foi questionado, conforme construiu a imagem hipersexualizada das mulheres negras para justificar o estupro, dado que o sexismo e o racismo amparam a cultura do estupro no Brasil. São de fato, por essas razões históricas, que as mulheres negras compõem os maiores índices de violência doméstica e sexual em nosso país.

No desdobramento da evolução histórica, a classe feminina sempre foi taxada como inferior e submissa, exposta à explícita discriminação e desigualdade. Na realidade, em qualquer época os homens expressaram a satisfação de se fazerem acreditar serem os reis da criação, “Legisladores, sacerdotes, filósofos, escritores e sábios empenharam-se em demonstrar que a condição subordinada da mulher era desejada no céu e proveitosa à Terra” (BEAUVOIR, 1970, p. 16).

Desde o início da sociedade, o homem sempre utilizou sua força física para se sobressair, seja no campo familiar ou na sociedade, deixando as mulheres sob o controle masculino. Nos espaços públicos relativos ao comércio, as empresas, a política e as ciências foram dominados quase que exclusivamente por eles até o século XX, culminando na gênese da desigualdade de gênero.

Apesar de tantos acontecimentos infelizes e aceitos com facilidade pela sociedade ao longo do tempo, no século XXI a realidade mudou significativamente e as mulheres começaram a ganhar vozes. Por intermédio dos movimentos feministas, as lutas por direitos iguais foram ganhando proporção e muitas mulheres ocupam cargos de grande responsabilidade, assim como os homens.

A CULTURA DO ESTUPRO NO BRASIL.

No Brasil teve origem um movimento feminista no final de 1970 a 1980 colocando em evidência a violência física ou sexual, tanto no âmbito doméstico quanto público, visto que era habitual as mulheres de classe média e alta sofressem assassinatos. Em 1980 foi criada a Delegacia Especial de Atendimento ou Defesa às Mulheres, nas esferas municipais e estaduais (CENTRO FEMINISTA DE ESTUDOS E ASSESSORIA, 1993; DEBERT; GREGORI, 2002), um grande progresso em relação às denúncias sobre as violências cometidas com as mulheres daquela época.

Outrossim, no Código Penal Imperial (1830), o crime de estupro lesionava a honra e o respeito pelas mulheres virgens. Na época, se houvesse o delito contra as mulheres "puras", mas que conseqüentemente o casamento fosse consumado, não havia punibilidade. Já em casos em que as mulheres fossem prostitutas, o tratamento era totalmente diferente. Para mulheres virgens ou "mulheres honestas" a pena era de três a doze anos. No que se refere às mulheres prostitutas, a pena aplicada era mais branda, de um mês a dois anos. Podemos notar o método problemático usado na aplicação da pena, dando prioridade a um determinado grupo da sociedade e julgando de forma preconceituosa o outro grupo.

Segundo Luiz Regis Prado (2010, p.597):

O legislador definiu o crime de estupro propriamente dito no artigo 222, cominando-lhe pena de prisão de três a doze anos, mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista era de apenas um mês a dois anos de prisão.

Apesar da ruptura com as ordenações e, conseqüentemente, com a religião, mais uma vez fica evidente que o legislador continuava a fazer distinção com relação às vítimas, de modo a prever penas diferentes para o agressor, a considerar a conduta e as escolhas pessoais da vida das vítimas. A propósito, assim descrevia o Título XVIII, do Livro V, do Código Filipino:

Do que dorme per força com qualquer mulher, ou trava della, ou a leva per sua vontade. Todo homem, de qualquer stado e condição que seja, que forçosamente dormir com qualquer mulher postoque ganhe dinheiro per seu corpo, ou seja scrava, morra por ello. (...) 1. E postoque o forçador depois do malefício feito case com a mulher forçada, e aindaque o casamento seja feito per vontade della, não será relevado da dita pena, mas morrerá, assi como se com ella não houvesse casado. (Apud PIERANGELLI, 1980, p. 29, ortografia original)

Na Primeira República (1889), o crime de estupro tomou outra proporção, não era somente considerado como crime de segurança pública, mas também contra a honestidade das famílias e ultraje público ao pudor. Nessa época, permanecia as divisões de mulheres "honestas" das "desonestas", porém a gravidade do crime recaía mais pela honestidade da vítima do que por sua virgindade. Posto isso, à mulher honesta ou virgem que lhe incorresse atos sexuais sem o seu consentimento, punia-se com pagamento de um

dote aos familiares. Esse dote não era uma forma de se redimir pelo ato cometido com a mulher, e sim compensar a honra da família ou do marido.

Os artigos se dispunham da seguinte forma, *in verbis*.

Da violencia carnal. (...) Art. 268. Estuprar mulher virgem ou não, mas honesta: Pena – de prisão cellular por um a seis annos. § 1.º Se a estuprada fôr mulher publica ou prostituta: Pena – de prisão cellular por seis meses a dois annos. § 2.º Se o crime fôr praticado com o concurso de duas ou mais pessoas, a pena será augmentada da quarta parte. Art. 269. Chama-se estupro o acto pelo qual o homem abusa, com violencia, de uma mulher, seja virgem ou não. Por violencia entende-se não só o emprego da força physica, como o de meios que privarem a mulher de suas faculdades psychicas, e assim da possibilidade de resistir e defender-se, como sejam o hypnotismo, o chloroformio, o ether, e, em geral, os anesthesicos e narcoticos. (*Apud* PIERANGELLI, 1980, p. 299, ortografia original)

Na reforma da lei, em 1940, pouco alterou as condições sobre o crime sexual para as mulheres. O estupro passou a ser tratado no título “Dos crimes contra os costumes”, no capítulo “Crimes contra a liberdade sexual”, caracterizado ainda como um crime contra os costumes e não contra a pessoa. Foi mantido a conjunção carnal mediante violência e grave ameaça, atentado ao pudor e tipificado ato sexual contra a mulher honesta mediante fraude.

O movimento feminista nos anos 2000, contra a violência doméstica em detrimento das mulheres, conquistou a promulgação da Lei Maria da Penha, em 2006. Em 2005, o estupro passou a ter uma definição “neutra” e ampla, não restrito somente à junção carnal, mas também compreendendo um ato libidinoso praticado com a vítima, retirando a vitimização masculina, à medida que o crime de sedução (defloramento) foi abolido nesse mesmo ano.

Em 2009 houve alterações no capítulo da lei, modificado para “Dos crimes contra a dignidade sexual e a liberdade sexual”, a expressão “mulheres honestas” que era bastante usada, presente nos crimes de posse sexual mediante fraude e atentado ao pudor mediante fraude, foi retirada e acrescentou o crime de estupro de vulnerável.

A ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL PROMOVIDA PELA LEI Nº 12.015/2009, A NOVA CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE ESTUPRO E SUA CONEXÃO COM O SISTEMA BRASILEIRO DE PROTEÇÃO À MULHER VÍTIMA DE VIOLÊNCIA

Com a reforma da nova Lei 12.015/09, houve bastantes mudanças no Código Penal (CP) brasileiro, das partes que desrespeitavam a integridade sexual. Desde então, no capítulo VI do CP não configura como “crime contra os costumes”, foi descrito como “crime contra a dignidade sexual” e espécie de gênero “dignidade da pessoa humana”.

Ocorreram diversas divergências entre os estudiosos. Guilherme de Souza Nucci defendia a nova nomenclatura, entendendo que a anterior era inadequada. Cesar Roberto Bitencourt (2011) registra que a antiga era imprópria, posto que não correspondia aos bens jurídicos que se pretendia tutelar, ao passo que Julio Fabbrini Mirabete (2011) frisa que o legislador de 2009 eliminou anacronismos existentes até então, oriundos de preconceitos e moralismos arraigados na sociedade na época da elaboração e vigência do Código Penal. Já Rogério Greco (2011) arremata, enfim, que com a remodelação legislativa, percebeu que o foco de proteção não era a forma como as pessoas deveriam se comportar sexualmente perante a sociedade do século XXI, mas sim a tutela da sua dignidade sexual.

Alberto Silva Franco (1997, p. 1.018-1.019) demonstra sua contrariedade à (atual) expressão “crime contra a dignidade sexual”. Assevera o seguinte:

Em matéria de sexualidade enquanto componente inafastável do ser humano, não se cuida de sexo digno ou indigno, mas tão-somente de sexo realizado com liberdade ou sexo posto em prática mediante violência ou coação, ou seja, com um nível maior ou menor de ofensa à autodeterminação sexual do parceiro. Destarte, toda lesão à liberdade sexual da pessoa humana encontra seu núcleo na falta de consensualidade. Fora daí não há conduta sexual que deva ser objeto de consideração na área penal.

No direito positivo brasileiro a dignidade ocupa posição de destaque. A Constituição de 1988 aponta a dignidade do ser humano como fundamento do próprio Estado Democrático de Direito (art. 1º, III) que proclama “destinado a assegurar o exercício dos direitos sócio e individuais, à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos.” Logo, o constituinte pátrio considera a dignidade humana como “valor dos valores” em torno do qual gravitam todos os demais, que devem operar em função do mesmo.

Por um lado, a alteração do *nomen iuris*, do Título VI, do Código Penal brasileiro vem ao encontro do referido fundamento estatal, de outro identifica de forma ampla a tutela jurídica-penal pretendida, ou seja, o desenvolvimento da personalidade sob o aspecto sexual, respeitando a autodisciplina e a autodeterminação humanas. Muito embora determinadas violações sexuais tipificadas em seus dispositivos representem, ainda, uma afronta aos costumes, na medida em que se consubstanciam em hábitos socialmente inaceitáveis, a alteração é positiva, pois com a opção terminológica de

conteúdo semântico abrangente (crimes contra a dignidade sexual) é possível se extrair do mesmo o significado de outros bens jurídicos, como por exemplo, a liberdade sexual, a intimidade sexual e o desenvolvimento sexual do indivíduo.

Inserido no Título VI e classificado como “crime contra a dignidade sexual” o delito de estupro permaneceu tipificado no artigo 213, no Capítulo I, sob a mesma nomenclatura anterior, isto é, considerado um “crime contra a liberdade sexual”.

A lei nº 12.015/09 revogou o artigo 214 do Código Penal, que tipificava a conduta do atentado violento ao pudor, o qual embora fosse considerado do mesmo gênero que o crime de estupro, diferenciava-se na espécie, na medida em que implicava na prática ativa ou omissiva de qualquer ato libidinoso diverso da conjunção carnal, em virtude de esta última já ter sido descrita anteriormente no artigo 213.

Outra alteração promovida pela nova lei penal consistiu na supressão do artigo 224 do Código Penal, cuja redação presumia a violência da conduta do agente, consubstanciada em um dos elementos necessários para sua subsunção ao tipo do estupro, diante de certas circunstâncias em que se encontrava o sujeito passivo da prática libidinoso, em particular, quando a vítima não era maior de quatorze anos.

Embora a pena privativa de liberdade da modalidade básica do delito tenha sido mantida a mesma, ou seja, de 6 (seis) a 10 (dez) anos de reclusão, houve fusão das duas condutas até então prevista em dispositivos penais distintos, estupro e atentado violento ao pudor em uma única, contida no artigo 213, com a nomenclatura de estupro, ao mesmo tempo em que o sujeito ativo passou a ser comum também para o caso de conjunção carnal forçada.

Quanto a idade da vítima do crime contra a liberdade sexual em testilha, o parágrafo 1º do artigo 213, in fine, previu uma modalidade circunstancial qualificado com a pena privativa de liberdade de 8 (oito) a 12 (doze) anos, se ela for maior de quatorze anos e menor de dezoito anos, ao passo que, com a referida alteração legislativa, criou um tipo penal autônomo, contido no artigo 217-A, com que a pena privativa de liberdade de 8 (oito) a 15 (quinze) anos, na hipótese de a vítima não ser maior de quatorze anos na data da prática do ato libidinoso.

Entrando em um novo assunto, também tivemos um grande crescimento, quando criada a Lei 11.340/2006, cujo objetivo é “criar um mecanismo para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher”, a legislação está adequada à Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém de Pará, OEA, 1994), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (CEDAW, ONU, de 1979) e a Constituição Federal (Brasil, 1988). Pode-se dizer, que a nova legislação tem como paradigma o reconhecimento da

violência contra as mulheres como uma violação dos Direitos Humanos (artigo 6º da Lei 11.340/2006). Com sua aprovação, o Brasil passou a ser o 18º país na América Latina e Caribe a ter uma legislação específica para o enfrentamento da violência doméstica e familiar.

A lei restringe a proteção aos casos de violência que ocorrem em ambiente doméstico (independente de vínculo familiar), nas relações familiares ou em relações íntimas de afeto (artigo 5º). Essa restrição tem pelo menos duas justificativas: serem estes os contextos e situações em que as mulheres mais sofrem violência; como contraposição a uma política criminal que coloca a proteção à família em primeiro lugar, deixando em segundo plano a proteção dos direitos individuais, permitindo desta maneira que muitos agressores de mulheres nunca sejam responsabilizados por seus atos.

Se por um lado a legislação restringe a proteção a determinado contexto e/ou relações, por outro lado estende esta mesma proteção a qualquer mulher que tenha sido vítima de violência doméstica e familiar, independente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião (artigo 2º). No artigo 5º, parágrafo único, estabelece que as relações abarcadas por esta lei independem de orientação sexual, estendendo a proteção da mulher vítima de violência em casos de união homoafetiva.

A aprovação dessa lei representou um marco no extenso processo histórico de reconhecimento da violência contra as mulheres como um problema social no Brasil, resultado de um processo que ganhou força a partir dos anos 70, com intensa participação dos movimentos de mulheres e feministas lutando pela conquista da cidadania para todos, entretanto com respeito pelas diferenças de gênero (Barsted, 2007; Pasinato, 2008, 2009). O texto legislativo reflete as ideias feministas e as lutas pela conquista dos direitos para as mulheres, também reflete a preocupação por uma abordagem integral ao enfrentamento à violência contra as mulheres, com as medidas nas três dimensões de enfrentamento: o combate, a proteção e a prevenção.

Com esses avanços, as mulheres vêm ganhando cada vez mais espaço. Ainda tem muito a se conquistar, mas a cada ato, lei criada voltada ao respeito à dignidade humana, à liberdade de escolha do(a) seu parceiro(a) sexual, mesmo que ainda aconteça crimes relacionados ao estupro, já se tem uma lei que a protege e busca organizar as atitudes sociais.

Nessa perspectiva, as mulheres estão ganhando voz e lugares de poder na sociedade. É diante dos marcos históricos que não se deve calar e parar, é preciso prosseguir e fazer com que a sociedade melhore o ponto de vista progressivamente. À vista disso, que todas as leis criadas venham modificar e impor meios mais severos para que decaia a quantidade de casos ainda existentes.

Por fim, mesmo com tanta história vivenciada e evoluída, a sociedade ainda tem muito o que aprender e progredir. Precisa ser mais trabalhada e considerada a história do crime de estupro, percorrendo geração em geração, para que a cada novo ser humano que vir a complementar a sociedade, seja mais respeitoso e aprecie a história das mulheres, constituídas por lutas no perpassar do tempo, em prol de

Um mundo mais justo. Um mundo de homens mais felizes e mulheres mais felizes, mais autênticos consigo mesmos. E é assim que devemos começar: precisamos criar nossas filhas de uma maneira diferente. Também precisamos criar nossos filhos de uma maneira diferente. (ADICHIE, 2015, p. 28)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa científica foi realizada com o objetivo de avaliar os impactos da cultura do estupro na sociedade e a violência doméstica. Que através de cada dados bibliográficos pesquisado, restou que mesmo com a evolução da história é algo necessário a se falar. Deixando bem claro que mesmo com lei vigentes e avanços nos movimentos feministas ainda é existente o crime de estupro e a violência doméstica/familiar diante da sociedade.

Desta feita, o acesso a informação ainda é pouco procurado e retratado para as pessoas, a história ainda é pouco retratada aos adolescentes, pois é através do contato com os relatos que pode ser iniciado uma mudança nos comportamentos dos jovens, para que na fase adulta a sua perspectiva de vida sobre as mulheres sejam mais respeitosa.

Por todas essas razões que esse conteúdo ainda deve ser falado e através de cada evolução e conquista a história nunca deve ser deixada de lado. Os princípios são fundamentais para que diante de tudo o que foi escrito se torne algo que jamais possa acontecer. Que este crime de estupro e de violência doméstica/familiar venha trazer penas mais severas futuramente, para que os ensinamentos sejam algo que barre e mostre que tal crueldade não é fundamental e não trará nenhum crescimento satisfatório para aquele que o comete.

REFERÊNCIAS

BROWNMILLER, Suzan. *Againststourwill: men, womenand rape*. NewYork: Fawcett Columbine, 1975.

Carmen, Lia, Jordana e Alexandra: Campos, Machado, Nunes e Silva, Nome. *Cultura do estupro ou cultura antiestupro?*. Revista Direito GV, 2017. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/FCxmMqMmws3rnnLTJFP9xzR/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 20setembro e 2021

CAPEZ, Fernando, PRADO, Stela. Código Penal Comentado. São Paulo. Saraiva, 2012

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: Parte Especial, Vol. III. São Paulo. Saraiva, 2007.

DireitoHebraico:http://revistaunar.com.br/juridica/documentos/vol9_n2_2014/o_crime_est_upto.pdf . Acesso em 30 de setembro de 2021.

Oliveira, Guizela de Jesus. Estupro antes e depois da lei 12015/09. Curitiba 2009.

Código de Hamurabi. artigo 130.

Disponível em: <http://plenariojuri.blogspot.com/2009/02/codigo-de-hamurabi>. **Código de Hamurabi.** Acesso no dia 18 de Agosto de 2021.

PASINATO, Wânia; SANTOS, Cecília M. dos. Mapeamento das Delegacias da Mulher no Brasil. PAGU-UNICAMP/CEPLAES/IDRC, 2008b.

Violência, gênero e acesso a justiça. Contribuições da Delegacia Especial de Crimes Contra a Mulher e da Rede de Enfrentamento a Violência de Minas Gerais. Belo Horizonte, Minas Gerais. Documento Final. Brasil. 2009a. 171 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. Crimes contra a dignidade sexual: comentários à Lei 12.015, de 7 de agosto de 2009. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: parte especial, v. 4. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte especial. v. 3. 8. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

O delito de estupro após o advento da lei 12.015/09: questões controvertidas em face das garantias constitucionais: [file:///C:/Users/Nathalia/Downloads/DelitoJose%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Nathalia/Downloads/DelitoJose%20(2).pdf), Acesso em 20/09/2021

A VINCULAÇÃO DA RECEITA DE IMPOSTOS: ANÁLISE JURISPRUDENCIAL

MARIA EDUARDA DIAS DA COSTA:
Bacharelanda em Direito pela
Universidade Federal do Amazonas -
UFAM

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo trazer esclarecimentos quanto a vedação instituída pela Constituição Federal em relação à vinculação dos impostos, atestando que essa proibição é cláusula pétrea no sistema financeiro do Brasil. Para alcançar tal objetivo, foram utilizadas abordagens, metodológica, como a conceituação doutrinária das tributações realizadas pelo Estado, qualitativa, com o aprofundamento do tema e a analítica, com o estudo da aplicabilidade legal da não vinculação dos impostos, somados com a extensa contribuição das jurisprudências dos Tribunais.

Palavras-chave: Tributário. Impostos. Vinculação. Vedação. Aplicabilidade. Jurisprudência. Constituição Federal. Código Tributário Nacional.

ABSTRACT: This article aims to bring enlightenment about the prohibition determined by the Federal Constitution regarding the binding of the taxes, attesting that this prohibition is immutable clause in the financial system of Brazil. To reach this goal, were used different approaches: methodologic, for example the doctrine concept about the taxes of the Estate; qualitative, with the further development of the theme; and analytics, with the study of the legal applicability of the “not-binding” of the taxes, adding with the extensive contribution of the Court Jurisprudence.

Keywords: Tax. Taxes. Binding. Prohibition. Applicability. Jurisprudence. Federal Constitution. National Tax Code.

Sumário: 1. Introdução – 2. Conceito de Impostos – 3. Distinções dos Impostos com outras espécies tributárias – 4. Aplicabilidade da vinculação de Impostos – 5. Considerações finais – 6. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A atividade financeira do Estado baseia-se em ações que objetivam o bem comum, isto é, preservar a supremacia do interesse público sobre o privado. Com o intuito de alcançar esse objetivo é essencial o angariamento de verbas para suprir os interesses da população, o que dá origem as receitas públicas.

As receitas públicas podem ser originárias e derivadas, estas últimas são as que o Estado mais opera para aquisição de receita. No que tange as derivadas, o Estado, trajado dos princípios do Direito Público, edita uma norma, constringendo o particular à prática

de atos ou determina que certos fatos dão origem a atribuição de valores aos cofres públicos, independentemente de sua vontade. Como exemplificação temos o Imposto de Renda (IR), que impõe ao contribuinte que auferiu rendimento, durante determinado período, o pagamento do fisco, independe da manifestação de vontade.

Os tributos compreendem a modalidade de receita derivada, são definidos como uma prestação pecuniária, não constituindo-se como sanção à ato ilícito, instituída em lei e cobrada pelo Estado. Desse modo, as características dos tributos são: prestação pecuniária (em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir), compulsória (obrigatória), não constitui como sanção de ato ilícito (diferentemente da multa), expressa legalmente (princípio da legalidade) e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada (imparcialidade do fisco).

Ademais, os tributos constituem-se como um gênero tributário, cabendo a classificação em espécies e de subespécies, cada qual com suas diferenças e conceituações. Há controvérsias quanto a classificações das espécies, existe a teoria bipartida (taxas e impostos), tripartida (impostos, taxas e contribuições de melhoria), quadripartida (impostos, taxas, contribuições e empréstimos compulsórios) e pentapartida (impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições especiais e empréstimos compulsórios).

O Supremo Tribunal Federal adota a teoria da pentapartição, ainda assim, é importante certificar que até os adeptos da teoria da tripartição dos compreendem que as espécies restantes, contribuições especiais e empréstimos compulsórios, são tributos, possuindo natureza jurídica mista de taxas ou impostos, consoante a lei que determina seu fato gerador.

O fato gerador é a situação fática, estabelecida previamente na lei de forma genérica e abstrata, que, ao suceder na realidade, marca o nascimento da obrigação tributária, ainda que principal ou acessória. A natureza jurídica específica de um tributo é definida pelo fato gerador, essa definição é mediante a indagação se o Estado tem de operar, para realizar a cobrança, determinada atividade específica relativa ao sujeito passivo, em suma, seria a vinculação do Estado.

Essa classificação quanto a vinculação é cerceada de dúvidas dependendo da teoria adotada quanto as espécies de tributos, em vista que, a vinculação somente, não seria suficiente para compreender totalmente a natureza jurídica dos diversos tributos. Uma forma mais prática de individualizar os tributos, seria o balanceamento entre a avaliação da base de cálculo e do fato gerador, constituindo-se como o melhor artifício para a explanação da questão.

O objeto de estudo do presente artigo serão os impostos, visando esclarecer, através de uma análise constitucional e com o auxílio de leis infraconstitucionais, como o

Código Tributário Nacional, quanto a vedação da vinculação de suas receitas. Tal vedação será revelada como cláusula pétrea, a partir de análises jurisprudenciais. Para tanto, é necessário a pesquisa das normas específicas frente à casos reais, com o intuito de ilustrar de forma exemplificativa a objeção da Constituição Federal da vinculação da receita dos impostos.

2. CONCEITO DE IMPOSTOS

O sistema financeiro brasileiro é disciplinado com o intuito de saciar as ânsias da sociedade e satisfazer o bem-comum, para isso, o Estado executa ações com a finalidade de arrecadar montante e assim suprir as necessidades da população. A arrecadação é predominantemente realizada mediante receitas públicas derivadas, que são aquelas advindas da tributação, depende do patrimônio do particular.

Os tributos podem ser definidos tanto pela doutrina quanto de forma legal, para Luciano Amaro (2006) é nítido “Tributo é a prestação pecuniária não sancionatória de ato ilícito instituída em lei e devida ao Estado ou a entidades não estatais de fins de interesse público”⁶.

Na visão de Rubens Gomes de Souza (1975), o tributo pode ser definido como:

“a receita derivada que o Estado arrecada mediante o emprego da sua soberania, nos termos fixados em lei, sem contraprestação diretamente equivalente, e cujo produto se destina ao custeio das finalidades que lhe são próprias”.⁷

O Código Tributário Nacional (CTN) estabelece em seu corpo textual, definição legal para os tributos, têm-se:

Art. 3.º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.⁸

Complementando com a definição do CTN, temos a conceituação pelo art. 9º da Lei n. 4.320/64, que estabelece as normas gerais do direito financeiro, segue abaixo:

6 AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006. Direito tributário brasileiro. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

7 SOUSA, Rubens Gomes de. **Compêndio de legislação tributária**, p. 39 e 161

8 BRASIL, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

Art. 9º Tributo é a receita derivada instituída pelas entidades de direito público, compreendendo os impostos, as taxas e contribuições nos termos da constituição e das leis vigentes em matéria financeira, destinado-se o seu produto ao custeio de atividades gerais ou específicas exercidas por essas entidades.⁹

A partir deste embasamento doutrinário e legal, extrai-se algumas características dos tributos, entre eles: a prestação pecuniária, pagamento em dinheiro corrente; compulsoriedade, contribuinte não pode eximir-se do pagamento; não deriva de fato ilícito, excluem-se as sanções do conceito; por fim, a característica da cobrança por ação vinculada, nesse contexto, a norma veda qualquer juízo de valor pelos agentes responsáveis no recolhimento do tributo, não existindo autonomia para deliberação diante de um caso concreto.

Desse modo, uma receita tributária é indicada, a partir da comparação entre o caso concreto com a definição de tributo do Código Tributário Nacional. Na hipótese da receita pública, em prova, seja congruente ao conceito legal, temos a presença de um tributo, caso haja incongruência frente à definição legal, não se trata de um tributo.

Os impostos são uma das espécies tributárias, por conseguinte, há cumulatividade de requisitos para sua fixação, referente tanto as características dos tributos, quanto as particularidades da própria espécie. Essa espécie tributária é definida no artigo 16 do Código Tributário Nacional que leciona, “imposto é o tributo cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.”¹⁰

Dessa forma, na hipótese da incidência dos impostos, não há vinculação com ações do Estado, isto é, não existe uma contraprestação ou retribuição quando se trata dessa modalidade tributária. O autor Ricardo Alexandre esclarece, a seguir:

“Os impostos são, por definição, tributos não vinculados que incidem sobre manifestações de riqueza do sujeito passivo (devedor). Justamente por isso, o imposto se sustenta sobre a ideia da solidariedade social.”¹¹

9 BRASIL, Lei nº 4. 320, de 17 de março de 1964. **Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro**. Brasília, DF. Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm

10BRASIL, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

11 Alexandre, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**– 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016. p 49.

Os contribuintes que possuem determinadas “riquezas” recebem o encargo de contribuir para o Estado, concedendo recursos necessários que este carece para o êxito do bem comum. Desse modo, o cidadão que obtêm renda, comercializa mercadorias e são proprietários de imóveis em área urbana, devem pagar impostos, respectivamente, para a União (IR), para os Estados (ICMS) e para os Municípios (IPTU). Os entes federativos convertem os recursos das receitas dos impostos, em benefícios para a sociedade, de modo que os manifestantes de riqueza obrigatoriamente se solidarizem com a comunidade.

A Constituição Federal atribui a todos os entes federativos a competência para a instituição de impostos. Cabendo, portanto, a União, Estados e Municípios a liberdade de tributar o cidadão por determinados fatos geradores. O artigo 145, inciso I da CF leciona quanto a isso, “A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: I – impostos”¹²

A competência atribuída aos entes é definida de maneira exaustiva e privativa, não cabendo, o conflito ou a deliberação de imposto fora de sua competência. Analisando a norma constitucional, infere-se que a União pode criar, sete impostos previstos no artigo 153(II, IE, IR, IPI, IOF, ITR e IGF); os Estados (e o DF), podem constituir os três previstos no art. 155 (ITCMD, ICMS e IPVA); os Municípios (e o DF), podem instituir os três previstos no art. 156 (IPTU, ITBI e ISS).¹³ A taxatividade da competência tributária é demonstrada nos artigos seguintes:¹⁴

Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:

I - importação de produtos estrangeiros;

II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;

III - renda e proventos de qualquer natureza;

IV - produtos industrializados;

V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

12 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

13 ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**– 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016

14 BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

VI - propriedade territorial rural;

VII - grandes fortunas, nos termos de lei complementar

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

I - Transmissão causa mortis e doação, de quaisquer bens ou direitos

II - Operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior

III - propriedade de veículos automotores.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

Ademais, a União é competente para criar novos impostos, por lei complementar, conquanto, não sejam cumulativos e não tenham o mesmo fato gerador e a base de cálculo dos impostos caracterizados na Constituição Federal, disposição constante no artigo 154, inciso I. Trata-se da competência tributária residual, que subsiste também para a instituição de novas receitas designadas a salvaguardar a manutenção ou aumento da seguridade social (art. 195, § 4.º). Em qualquer das competências residuais a lei para sua instituição é a complementar, proibindo manifestamente a criação através de medidas provisórias.

Outra forma de tributação de impostos, além da residual, é a extraordinária. A União têm a competência para criar, em caso de iminência ou de guerra externa, impostos extraordinários, contidos ou não, na competência tributária original. Em face dessa competência, a União poderá delimitar como fato gerador dos Impostos Extraordinários de Guerra (IEG), qualquer base de cálculo, até mesmo as privativas constitucionalmente dos entes federativos. Nesse diapasão, conclui-se, quanto aos impostos, que a União é o ente federativo que possui competência tributária privativa absoluta, pois, caso haja guerra

ou ainda a iminência dela, coexiste a autorização de tributar nas mesmas bases econômicas conferidas a Estado, Município e Distrito Federal.

Nesse ínterim, Ricardo Alexandre coaduna esta tributação extraordinária com o fenômeno da bitributação. Segue o pensamento do autor:

“Não seria um caso de invasão de competência estadual, pois a União estaria usando competência própria, expressamente atribuída pela Constituição Federal. Tem-se, aqui, o único caso de bitributação (cobrança do mesmo tributo, sobre o mesmo fato gerador, por dois entes tributantes diversos) constitucionalmente autorizada.”¹⁵

A norma constitucional não tem competência para a criação de tributos, apenas atribui o poder de instituição para os entes federativos. Como princípio tributário temos o da legalidade, desse modo, não se institui um tributo sem que haja lei anterior que o defina. Logo, ainda que a CF ceda a União a atribuição de criação do imposto sobre grandes fortunas, disposto no artigo 153, inciso VII, a inércia do legislador permite que o tributo de grandes fortunas não seja regulamentado no ordenamento jurídico brasileiro.

Em relação aos impostos, a Constituição exige que o fato gerador, a base de cálculo e os contribuintes sejam definidos por lei complementar de natureza nacional, disposto no artigo 146, inciso III, alínea a. No caso desta espécie tributária, é menor a extensão da liberdade legislativa que compete aos entes federativos, visto que depende de lei complementar nacional. Esses requisitos visam garantir que a incidência tributária dos impostos seja uniforme e homogênea pelo território nacional, assegurando a concretização dos princípios tributários como o da anterioridade e o da isonomia.

Não obstante, o Supremo Tribunal Federal permite o exercício da competência legislativa plena, cabendo assim, quando a União deixar de instituir normas gerais, os Estados podem desempenhar a competência plena, assegurado tal exercício pelo artigo 24, § 3.º, da CF.

Quanto a capacidade contributiva, a Constituição dispõe que os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte. 16

¹⁵ Alexandre, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**– 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 50.

¹⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Na verdade, o legislador deveria substituir o termo capacidade econômica por capacidade contributiva. Em vista que, o contribuinte que manifesta riqueza expressa capacidade econômica, no entanto, inúmeras vezes, este patrimônio não pode ser atingido pelo sistema tributário nacional. O professor Ricardo Alexander colabora com essa concepção ao afirmar:

“[...] o milionário turista americano que passa férias no Brasil possui capacidade econômica, mas não pode ter seus rendimentos tributados no país, não possuindo, por conseguinte, capacidade contributiva.”¹⁷

Os entes políticos que elaborarem os projetos de leis que criam os impostos, são obrigados a conferir caráter pessoal ao tributo, desse modo, sendo possível, a pessoalidade é compulsória. Esta predisposição é associada ao princípio da isonomia, estimulando tratamento diferente para quem é diferente, na proporção das diferenças coexistentes. Uma forma de fomentar a justiça social, promovendo a redistribuição de renda por intermédio da fiscalidade. Em suma, o fisco deve ser pago na proporção do patrimônio do contribuinte.

A característica diferenciadora dos impostos e mais relevante é quanto a vinculação (destinação) da receita, isto é, não há inclusão de um destino para fundo de alguma atividade estatal. Na realidade essa acepção é veemente proibida pela Constituição Federal. Ricardo Lobo Torres denomina tal vedação como “princípio da não afetação”.¹⁸

Para a compreensão é necessário trazer ao presente estudo, as palavras de Leandro Paulsen, quanto a não vinculação de receitas, têm-se:

De outro lado, os impostos são tributos cujo produto não pode ser previamente afetado a determinado órgão, fundo ou despesa, nos termos do art. 167, IV, da CF, salvo as exceções expressas na própria Constituição [...]¹⁹

Ademais, o autor Ricardo Alexandre contribui ao alegar a inexistência da dupla vinculação dos impostos, tanto na hipótese da sua incidência como em relação as receitas.

17 ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**– 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016, p. 51

18 TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. 16ª ed. São Paulo: Renovar, 2009, p. 119/121.

19 PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. Leandro Paulsen. 6. ed. rev. atual. e ampl. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p.41

Aliás, como regra, a vinculação de sua receita a órgão, fundo ou despesa é proibida diretamente pela Constituição Federal (art. 167, IV). Portanto, além de serem tributos não vinculados, os impostos são tributos de arrecadação não vinculada.²⁰

É importante atestar que originalmente e conforme a expressão do artigo 4º do Código Tributário Nacional (CTN), a natureza jurídica dos tributos é definida a partir do fato gerador da obrigação referente, sendo dispensável para qualificá-la a finalidade legal do produto da sua arrecadação. Desse modo, a destinação da receita dos tributos não era de suma importância para o direito tributário.

Acontece que, com a criação de outras espécies tributárias, em exemplo, as contribuições especiais, a vinculação da receita dos tributos transmutou-se em elemento fundamental para a definição do próprio tributo, tornando-se, dessa forma, o elemento crucial de diferenciação entre as contribuições e os impostos.

Assim sendo, a informação quanto a destinação do recurso de um tributo é matéria que afeta diretamente o Direito Financeiro, especialmente porque é basilar desta disciplina, examinar a destinação dos recursos públicos e a sua correta utilização.

Então, os impostos não são vinculados quanto a atividade do Estado, isto é, sua tributação deriva da consecução do bem e comum e não de um serviço estatal e uma contraprestação. Ademais, há uma proibição expressa quanto à destinação específica da receita destes tributos. O autor Ricardo Alexandre alega que “sua receita presta-se ao financiamento das atividades gerais do Estado, remunerando os serviços universais (uti universi) que, por não gozarem de referibilidade (especificidade e divisibilidade), não podem ser custeados por intermédio de taxas.²¹

A vedação da vinculação de receitas de tributos é regida pelo artigo 167, inciso IV da Constituição Federal, *in albis*:

Art. 167. São vedados:

IV- a vinculação de receita de impostos a órgão, fundo ou despesa, ressalvadas a repartição do produto da arrecadação dos impostos a que se referem os arts. 158 e 159, a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde, para manutenção e desenvolvimento do ensino e para realização de atividades da administração tributária, como determinado, respectivamente, pelos

²⁰ Ibidem, p.49

²¹ Ibidem, p.49

arts. 198, § 2º, 212 e 37, XXII, e a prestação de garantias às operações de crédito por antecipação de receita, previstas no art. 165, § 8º, bem como o disposto no § 4º deste artigo;

A interpretação literal da norma Constituição informa que a regra é: não é admitida a vinculação de receitas para órgão, fundo ou despesa. No entanto, há exceções, como a distribuição do produto da arrecadação dos impostos na qual o Município configura-se como receptor (art. 158 CF) e a União como distribuidor (art. 159 CF); a destinação de recursos para as ações e serviços públicos de saúde; a manutenção e o fomento à educação (art. 212 CF); em atividades da administração como o repasse em ações e serviços públicos de saúde (art. 198 CF); para a realização de atividades essenciais ao funcionamento do Estado, exercidas por servidores de carreiras específicas (art. 37, inciso XXII, CF); autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita (art. 165 CF).

Recentemente, houve a edição da Emenda Constitucional 94/16, que adicionou outra exceção à vinculação da receita de impostos.²² Verifica-se quando o Estado, Distrito Federal ou Município, insuficientes de recursos para o pagamento de precatórios, e não tendo montante para quitá-los nos prazos previstos na Constituição, podem realizar certo adiantamento da receita de impostos, nos termos do artigo 100, §19 da CF:

Art. 100. [...]

§19 Caso o montante total de débitos decorrentes de condenações judiciais em precatórios e obrigações de pequeno valor, em período de 12 (doze) meses, ultrapasse a média do comprometimento percentual da receita corrente líquida nos 5 (cinco) anos imediatamente anteriores, a parcela que exceder esse percentual poderá ser financiada, [...] não se aplicando a esse financiamento a vedação de vinculação de receita prevista no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal.

O artigo 167 é exaustivo ao elencar as exceções da vinculação da receita, não existindo outras opções possíveis para uma finalidade vinculada. Como é uma vedação instituída pela Constituição Federal, outras possibilidades que autorizem a vinculação estão no próprio corpo Constitucional ou podem ser inseridas através de Emendas.

3. DISTINÇÕES DOS IMPOSTOS COM OUTRAS ESPÉCIES TRIBUTÁRIAS

²² LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. Harrison Leite - 9. ed. rev., atual, e ampli. – Salvador. JusPODIVM, 2020, p.64

A princípio, é concernente para a percepção completa dos impostos, a diferenciação com as outras espécies tributárias. Atualmente, adota-se a teoria pentapartida ou quinquipartite dos tributos, ratificada pelo Supremo Tribunal Federal, engloba como tributos: os impostos, as taxas, as contribuições de melhoria, os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais.

Apesar do artigo 4º do CTN afirmar que o fato gerador é a única propriedade para configurar as espécies tributárias, sendo dispensável outros aspectos da lei, a identificação da natureza jurídica dos tributos segue alguns critérios, dentre eles, a vinculação da atividade estatal, destinação do produto da receita e a restituição do valor arrecadado.

As taxas são tributos instituídos pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios, por razão do desempenho do poder de polícia ou a utilização de serviços públicos e divisíveis, proporcionado ao contribuinte ou à sua disposição. A cobrança da taxa é realizada ainda que não utilizado o serviço, isto é, a simples disposição e a potencialidade do uso obrigam o contribuinte. Ressalta-se que o ente político que tem capacidade ativa é aquele que predispões do serviço ou que pratica o poder de polícia. Como se observa no artigo 77 do CTN, abaixo:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.²³

As taxas por serem vinculadas ao Estado, devem estabelecer base de cálculo e fato gerador diferente ao de impostos constitucionais. Em suma, as taxas são retributivas ou contraprestacionais, visto que, a cobrança é sujeita a um serviço público específico e divisível.

As contribuições de melhoria, similar as taxas, são tributos vinculados ao Estado. Assegurado no artigo 81 do CTN, a vinculação de sua incidência refere-se ao custo de obras públicas de que decorra valorização imobiliária, tendo como limite total a despesa

²³ BRASIL, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>

realizada e como limite individual o acréscimo de valor que da obra resultar para cada imóvel beneficiado.²⁴

A valorização imobiliária é essencial para a cobrança deste tributo, não cabendo a cobrança sem incremento imobiliário. A melhoria destacada pela CF, é referente a adição de valor ao imóvel, em sua qualidade imobiliária, desse modo, a base de cálculo das contribuições de melhoria é precisamente o valor acrescido, isto é, a subtração dos montantes inicial e final da propriedade lograda.

Os empréstimos compulsórios e as contribuições especiais, são similares aos impostos pela não vinculação a atividades do Estado, no entanto, diferem quanto à possibilidade de restituição do arrecadado e a destinação específica da receita, respectivamente. O primeiro é uma espécie tributária pouco usual no sistema nacional, disposto no artigo 148 da CF, os empréstimos compulsórios são empréstimos forçados, porém passíveis de restituição. A compulsoriedade nasce de uma determinação legal, como se observa a seguir:

Art. 148. A União, mediante lei complementar, poderá instituir empréstimos compulsórios:

I - para atender a despesas extraordinárias, decorrentes de calamidade pública, de guerra externa ou sua iminência;

II - no caso de investimento público de caráter urgente e de relevante interesse nacional, observado o disposto no art. 150, III, "b".²⁵

Assim, compete a União instituir empréstimos compulsórios decorrentes de necessidade urgente ou despesas extraordinárias, cabendo a lei obrigatoriamente definir o prazo do empréstimo e as condições de seu resgate.²⁶

As contribuições especiais são tributos com receita vinculada à atividade específica, estão contempladas no artigo 149 e 149-A da CF, que autorizam a instituição de contribuições sociais (contribuições sociais gerais, seguridade social e outros), contribuições de intervenção de domínio econômico, contribuições corporativas e contribuições para custeio da iluminação pública. Essas contribuições possuem fato gerador pessoal, base de cálculo própria e destinação de receita específica, com suas

²⁴ Ibidem, artigo 81.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

²⁶ BRASIL, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>

determinadas peculiaridades. Em suma, as contribuições especiais não são vinculadas a serviços estatais, porém, suas receitas são vinculadas.

Para esclarecer as dissonâncias das espécies tributárias, segue um quadro explicativo:

Tabela com critérios identificadores	Vinculação à atividade do Estado	Destinação específica da receita	Restituição do valor arrecadado
Imposto	não	não	não
Taxa	sim	sim	não
Contribuições de melhoria	sim	não	não
Empréstimos compulsórios	não	sim*	sim
Contribuições especiais	não	sim	não

4. APLICABILIDADE DA VINCULAÇÃO DE IMPOSTOS

A vinculação de receitas de impostos é expressamente proibida pela Constituição Federal, sendo afastada somente em casos definidos na própria norma constitucional. Novas modalidades de destinação específica podem ser constituídas somente por Emendas. Desse modo, para a assimilação do artigo 167, inciso IV da CF como cláusula pétrea, é precípuo, a análise de circunstâncias reais e das jurisprudências dos Tribunais.

O Estado de São Paulo em 1989, editou a Lei n. 6.556, de 30.11.1989, que definia as alíquotas sobre o ICMS, nela houve a majoração da alíquota do ICMS em 1% e vinculou o aumento citado para assistir ao aumento de capital da Caixa Econômica do Estado, à título de financiamento de programa habitacional.

Na medida cautelar da ADI 3929-6 DF foi declarada a inconstitucionalidade dos artigos 6º e 7º da referida lei, por conta da vinculação à despesa da Caixa Econômica Federal, como observa-se a seguir:

1. Em 18.09.1997, o Plenário desta Suprema Corte iniciou a apreciação, em sede de controle difuso, da constitucionalidade da Lei 6.556, de 30.11.1989. [...] Naquela oportunidade, este Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, que a referida legislação paulista violava o comando constitucional que proíbe, expressamente, a vinculação da receita obtida na cobrança de impostos (CF, art. 167, IV).²⁷

O Estado do Paraná em 2001, instituiu a Lei n. 13.133, de 16 de abril de 2001, criou o Programa Estadual de incentivo à cultura vinculado à Secretaria de Estado da Cultura, nela era determinado a vinculação de parte da receita do ICMS para o fundo de incentivo cultural. O Supremo Tribunal Federal na ADI 2529 PR, declarou a inconstitucionalidade da lei citada, segue abaixo ementa da Corte:

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Lei no 13.133/2001, do Estado do Paraná, que instituiu o Programa de Incentivo à Cultura, vinculando parte da receita do ICMS ao Fundo Estadual de Cultura. 3. Violação ao art. 167, IV, da Constituição Federal. 4. Precedentes. 5. Ação direta julgada procedente.

(STF - ADI: 2529 PR, Relator: GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 14/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-096 DIVULG 05-09-2007 PUBLIC 06-09-2007 DJ 06-09-2007 PP-00036 EMENT VOL-02288-01 PP-00194 RT v. 97, n. 867, 2008, p. 97-100)²⁸

O Distrito Federal em 1997, promulgou a Lei Complementar nº 26, de 08 de agosto de 1997, criava o Programa de Incentivo às Atividades Esportivas. De acordo com o artigo 1º da lei, havia a concessão de incentivo fiscal para pessoas jurídicas, que tributavam IPVA, a fim de que realizassem doações ou investimentos a atividades esportivas. O STF em decisão da ADI 1750 declarou a inconstitucionalidade da Lei Complementar, segue a jurisprudência do tribunal:

²⁷ STF, **Medida Cautelar em ADI**: ADI 3929-6 1997. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ 25/07/07. STF. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3929.pdf>. Acesso em: 03/07/2021

²⁸ STF, **ADI 2529-5 PR**: Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ 05/09/2007. STF. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485452>. Acesso em: 03/07/2021

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI COMPLEMENTAR DISTRITAL N. 26/97. CRIAÇÃO DO PROGRAMA DE INCENTIVO ÀS ATIVIDADES ESPORTIVAS MEDIANTE CONCESSÃO DE INCENTIVO FISCAL ÀS PESSOAS JURÍDICAS. CONTRIBUINTES DO IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 167, INCISO IV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. 1. É inconstitucional a lei complementar distrital que cria programa de incentivo às atividades esportivas mediante concessão de benefício fiscal às pessoas jurídicas, contribuintes do IPVA, que patrocinem, façam doações e investimentos em favor de atletas ou pessoas jurídicas. 2. O ato normativo atacado a faculta vinculação de receita de impostos, vedada pelo artigo 167, inciso IV, da CB/88. Irrelevante se a destinação ocorre antes ou depois da entrada da receita nos cofres públicos. 3. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente para declarar a inconstitucionalidade da vinculação do imposto sobre propriedade de veículos automotores --- IPVA, contida na LC 26/97 do Distrito Federal.

(STF - ADI: 1750 DF, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 20/09/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 13-10-2006 PP-00043 EMENT VOL-02251-01 PP-00032 LEXSTF v. 28, n. 336, 2006, p. 26-34 RDDT n. 136, 2007, p. 161-164 RDDT n. 135, 2006, p. 235-236)29

O Estado de Santa Catarina definia, no artigo 120, parágrafo 3º, inciso V da Constituição Estadual do Estado, a destinação de 10% da receita para programas de desenvolvimento da agricultura, pecuária e abastecimento. Por conseguinte, houve a decretação de inconstitucionalidade do artigo supracitado pelo STF, segue a decisão em comento:

EMENTA- Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Inciso V, do § 3º, do art. 120, da Constituição do Estado de Santa Catarina, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 14. Alegação de afronta aos arts. 2º, 61, § 1º, II, alínea b; 165, § 2º; 166, § 3º, I e § 4º; e 167, IV, da Constituição Federal. 3. Competência exclusiva do Poder Executivo iniciar o processo legislativo das matérias pertinentes ao Plano Plurianual, às Diretrizes Orçamentárias e aos Orçamentos Anuais. Precedentes: ADIN 103 e ADIN 550. 4.

29 STF, **ADI 1750 DF**: Relator Eros Roberto Grau. DJ 13/10/2006. STF. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759518/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1750-df/inteiro-teor-100475684>. Acesso em: 03/07/2021

Relevantes os fundamentos da inicial e conveniente a suspensão da vigência da norma impugnada. 5. Medida liminar deferida, para suspender, até decisão final da ação direta, a vigência do inciso V do § 3º do art. 120, da Constituição do Estado de Santa Catarina, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 14, de 10.11.1997.

(STF - ADI: 1759 SC, Relator: Min. NÉRI DA SILVEIRA, Data de Julgamento: 12/03/1998, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 06-04-2001 PP-00066 EMENT VOL-02026-03 PP-00497)30

O Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei 12.223, de 03 de janeiro de 2005, criava o Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais do Estado do Rio Grande do Sul. Na referida lei, o estado concedeu um crédito fiscal aos contribuintes, caso parte do valor devido a título de ICMS fosse direcionado ao fundo de combate às desigualdades sociais. Resta comprovada à incompatibilidade com a norma constitucional, o STF manifesta a inconstitucionalidade na ADI 3576-2, abaixo:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL 12.223, DE 03.01.05. FUNDO PARTILHADO DE COMBATE ÀS DESIGUALDADES SOCIAIS E REGIONAIS DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. CONCESSÃO DE CRÉDITO FISCAL PRESUMIDO DE ICMS CORRESPONDENTE AO MONTANTE DESTINADO AO FUNDO PELAS EMPRESAS CONTRIBUINTES DO REFERIDO TRIBUTO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 155, § 2º, XII, G, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. CAUSA DE PEDIR ABERTA. ART. 167, IV, DA CARTA MAGNA. VINCULAÇÃO DE RECEITA PROVENIENTE DA ARRECAÇÃO DE IMPOSTO A FUNDO ESPECÍFICO. VEDAÇÃO EXPRESSA [...]3. As normas em estudo, ao possibilitarem o direcionamento, pelos contribuintes, do valor devido a título de ICMS para o chamado Fundo Partilhado de Combate às Desigualdades Sociais e Regionais do Estado do Rio Grande do Sul, compensando-se, em contrapartida, o valor despendido sob a forma de crédito fiscal presumido, criaram, na verdade, um mecanismo de redirecionamento da receita de ICMS para a satisfação de finalidades específicas e predeterminadas, procedimento incompatível, salvo as exceções expressamente elencadas no art. 167, IV, da Carta Magna, com a natureza dessa espécie tributária. Precedentes: ADI 1.750-MC, rel. Min. Nelson

30 STF, **ADI 1759 SC**: Relator Neri da Silveira. DJ 06/04/2001. STF. 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347255>. Acesso em: 03/07/2021

Jobim, ADI 2.823-MC, rel. Min. Ilmar Galvão e ADI 2.848-MC, rel. Min. Ilmar Galvão. 4. Ação direta cujo pedido se julga procedente.

(STF - ADI: 3576 RS, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 22/11/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 02-02-2007 PP-00071 EMENT VOL-02262-02 PP-00376 RTJ VOL-00200-01 PP-00091 RDDT n. 139, 2007, p. 179-184)31

O Estado de Santa Catarina editou a Lei Complementar nº101, de 29 de dezembro de 1993, fixa a política de reajuste de vencimento para o pessoal do Poder Judiciário do Estado, nela foi implementado um reajuste automático de salários, vinculado à arrecadação do ICMS. No presente caso, a declaração de inconstitucionalidade foi decidida em recurso extraordinário incidental. Dispõe o voto do relator:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI COMPLEMENTAR N. 101/93, DO ESTADO DE SANTA CATARINA. REAJUSTE AUTOMÁTICO DE VENCIMENTOS VINCULADO À ARRECADAÇÃO DO ICMS E A ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA. INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar n. 101/93 do Estado de Santa Catarina. Reajuste automático de vencimentos dos servidores do Estado-membro, vinculado ao incremento da arrecadação do ICMS e a índice de correção monetária. Ofensa ao disposto nos artigos 37, XIII; 96, II, b, e 167, IV, da Constituição do Brasil. Recurso extraordinário conhecido e provido para cassar a segurança, declarando-se, incidentalmente, a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 101/93 do Estado de Santa Catarina.

(STF - RE: 218874 SC, Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 07/11/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-018 DIVULG 31-01-2008 PUBLIC 01-02-2008 EMENT VOL-02305-04 PP-00740)32

Resta claro, a posição da jurisprudência majoritária quanto a destinação de receitas de impostos. Diante dos inúmeros casos reais e as procedências das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, evidencia-se que a vedação constitucional referente a arrecadação dos impostos é cláusula pétrea no sistema financeiro nacional, no entanto,

31 STF, **ADI 3576 SC**: Relator Ellen Gracie. DJ 02/02/2007. STF. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402368>. Acesso em: 03/07/2021

32 STF, **RE: 218874 SC**, Relator: Eros Roberto Grau. DJ 31/01/2008. STF. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754988/recurso-extraordinario-re-218874-sc>. Acesso em: 03/07/2021

exceções são admitidas, as quais estão dispostas no artigo 167, inciso IV da CF ou no decorrer do corpo constitucional.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das exposições realizadas neste trabalho, é possível reconhecer os impostos como espécie tributária com características próprias, como a desvinculação com atividades estatais, não se configurando como retributivo ou necessita da exigência de uma contraprestação, diferentemente das taxas e contribuições de melhoria.

Ademais, os impostos são tributos sem uma receita finalística, isto é, a arrecadação não pode ser vinculada a qualquer fundo, órgão ou despesa. Tal vedação é constante do artigo 167 da CF e exprime um atributo diferenciador dos impostos, afastando sua incidência como espécie de empréstimos compulsórios ou de contribuições especiais.

Por fim, com a aplicabilidade legal desse artigo é possível asseverar que a vedação constitucional é cláusula pétrea para a tributação brasileira. A proibição da Constituição Federal pode ser afastada, nas seguintes circunstâncias: as exceções previstas no final do artigo 167, inciso IV; outras normas constantes no texto constitucional e alterações mediante Emendas Constitucionais.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**– 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva: 2006. Direito tributário brasileiro. 17. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 25.

BRASIL, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Código Tributário Nacional**. Diário Oficial República Federativa do Brasil, Brasília, 27 out. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 01/07/2021

BRASIL, Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. **Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro**. Brasília, DF. Presidente da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm. Acesso em: 01/07/2021

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 01/07/2021

DIREITO. Escola Brasileira de (EBRADI). **Como distinguir as espécies tributárias?** Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/463836284/como-distinguir-as-especies-tributarias>. Acesso em: 02/07/2021

JÚNIOR, José Carlos R. **Você sabe a diferença entre tributos, impostos, taxas e outros conceitos?** Disponível em: <https://conube.com.br/blog/tributos-impostos-e-taxas/>. Acesso em: 02/07/2021

LEITE, Harrison. **Manual de Direito Financeiro**. Harrison Leite - 9. ed. rev., atual, e ampli. – Salvador. JusPODIVM, 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. Leandro Paulsen. 6. ed. rev. atual. e ampli. – Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

RAMOS FILHO, Carlos Alberto de Moraes. **Direito financeiro esquematizado**. Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho – 3. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. (Coleção esquematizado® / coordenador Pedro Lenza

STF, **Medida Cautelar em ADI**: ADI 3929-6 1997. Relator Ministro Marco Aurélio. DJ 25/07/07. STF. 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/adi3929.pdf>. Acesso em: 03/07/2021.

STF, **ADI 2529-5 PR**: Relator Ministro Gilmar Mendes. DJ 05/09/2007. STF. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=485452>. Acesso em: 03/07/2021

STF, **ADI 1750 DF**: Relator Eros Roberto Grau. DJ 13/10/2006. STF. 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/759518/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-1750-df/inteiro-teor-100475684>. Acesso em: 03/07/2021

STF, **ADI 1759 SC**: Relator Neri da Silveira. DJ 06/04/2001. STF. 2001. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347255>. Acesso em: 03/07/2021

STF, **ADI 3576 SC**: Relator Ellen Gracie. DJ 02/02/2007. STF. 2007. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=402368>. Acesso em: 03/07/2021

STF, **RE: 218874 SC**, Relator: Eros Roberto Grau. DJ 31/01/2008. STF. 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754988/recurso-extraordinario-re-218874-sc>. Acesso em: 03/07/2021

A PRISÃO PREVENTIVA À LUZ DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

ADRIENE KAROLAYNE DE OLIVEIRA LIMA:

Graduanda no curso de Direito do Centro
Universitário Santo Agostinho- UNIFSA.

GABRIELA ALVES GAMA³³

(coautora)

GUSTAVO LUÍS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES³⁴

(orientador)

RESUMO: O presente artigo analisa a prisão preventiva à luz do princípio constitucional da presunção de inocência. Por meio da pesquisa, objetivou-se analisar se as decretações desta modalidade de prisão cautelar têm sido realizadas em observância ao limite constitucional estabelecido, isto é, a presunção de inocência. Neste sentido, o interesse pela problemática surgiu em razão do expressivo número de pessoas presas preventivamente no Brasil, reflexo da dissonância entre a finalidade legal que esta prisão processual apresenta e o seu uso prático. A pesquisa é relevante à medida que a problemática é de extrema relevância no âmbito social e jurídico, pois trata de situações que ocorrem ordinariamente, em que a referida prisão é decretada, de forma a subverter a sua finalidade, violando o princípio constitucional da presunção de inocência e, em consequência, o direito fundamental à liberdade. O estudo desenvolveu-se por meio do método de abordagem dedutiva, através do qual tornou-se possível a análise do instituto da prisão preventiva e do princípio constitucional da presunção da inocência, propiciando a análise da finalidade desta modalidade de prisão cautelar.

Palavras-chave: Prisão Preventiva, Presunção de Inocência, Direito fundamental, Subversão da Finalidade.

ABSTRACT: This article analyzes preventive detention in light of the constitutional principle of presumption of innocence. Through the research, the objective was to analyze whether the decrees of this modality of provisional detention have been carried out in compliance

³³ Acadêmica do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. *Email:* gabrielag333@gmail.com.br.

³⁴ Professor do curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul- PUCRS *E-mail:* gustavomtradv@hotmail.com.

with the established constitutional limit, that is, the presumption of innocence. In this sense, interest in the problem arose due to the significant number of people in pre-trial detention in Brazil, a reflection of the dissonance between the legal purpose that this procedural prison presents and its practical use. The research is relevant as the issue is extremely relevant in the social and legal sphere, as it deals with situations that ordinarily occur, in which the aforementioned arrest is decreed, in order to subvert its purpose, violating the constitutional principle of the presumption of innocence and, consequently, the fundamental right to liberty. The study was developed through the method of deductive approach, through which it became possible to analyze the institute of preventive detention and the constitutional principle of the presumption of innocence, providing the analysis of the purpose of this modality of provisional detention.

KEYWORDS: Provisional Prison, Presumption of Innocence, Fundamental Law, Subversion of Purpose.

Sumário: 1. Introdução. 2. Prisão Preventiva. 3. Presunção de Inocência. 4. Subversão da finalidade. 5. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

Este trabalho apresenta como objeto de estudo o instituto da prisão preventiva, realizando-se uma análise de sua aplicação prática sob o prisma do princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que o número de execuções desta modalidade prisional é significativo no âmbito do sistema prisional brasileiro, ao passo que as decisões que as fundamentam estão cada vez mais distantes da concretização do eminente princípio constitucional.

A pesquisa acerca do tema “prisão preventiva à luz do princípio constitucional da presunção de inocência” teve por base a legislação processual vigente e a CRFB/1988, os quais reforçam a necessidade da devida observância aos requisitos e pressupostos legais, para, somente assim, alcançar a correta aplicação da referida medida cautelar.

Sabe-se que a banalização da prisão preventiva, impulsionada por seu uso infundado e dissipado da finalidade que deveria alcançar, acarreta severa violação ao princípio constitucional da presunção de inocência. Desse modo, apresenta-se como problema de pesquisa: o uso prático da prisão preventiva tem sido realizado em consonância com o que estabelece o princípio constitucional da presunção de inocência?

Trata-se a prisão preventiva de modalidade de prisão processual, medida cautelar que deve ser aplicada apenas subsidiariamente, isto é, somente quando as demais medidas cautelares não se mostrarem eficientes diante do infausto. Isto porque deve-se primeiro

aplicar as medidas menos graves e, somente se estas se mostrarem ineficazes, aplicar a prisão preventiva, uma vez que se trata de medida mais severa, já que incide sobre o direito de liberdade do ser humano, direito fundamental garantido constitucionalmente.

Ocorre que diariamente são noticiados casos de decretação da prisão preventiva, em circunstâncias que não autorizam tal aplicação, como diante de meras evidências da materialidade de um delito, em que se utiliza desta modalidade de prisão cautelar como forma de antecipação de uma eventual pena, ou, muitas vezes, quando a pressão gerada pela repercussão midiática e social de um determinado caso acaba impulsionando autoridades judiciais competentes a decretarem esta modalidade de prisão provisória, a qual deveria, em tese, ser a *ultima ratio* a socorrer-se.

Dessa forma, objetiva-se mostrar a relevância da presente pesquisa, à medida que se trata de situações que ocorrem ordinariamente, onde a referida prisão processual é decretada, em desrespeito ao princípio constitucional da presunção de inocência, violando o direito fundamental à liberdade do ser humano.

Assim sendo, justifica-se a escolha do tema abordado a partir do intuito de debater e compreender a real finalidade da aplicação do instituto da prisão preventiva, uma vez que o uso desta modalidade de prisão cautelar passou a ser muito frequente, como se fosse a regra no âmbito das execuções, de forma que muitas vezes não ocorre a devida observância e necessidade de aplicação da medida, violando, assim, o princípio constitucional da presunção de inocência, o que acaba por implicar no aumento do número de pessoas presas preventivamente. Além disso, sabe-se que o problema é de extrema relevância social, tendo em vista que a interpretação e a aplicação do Código de Processo Penal Brasileiro, em matéria de prisão cautelar, sempre terá como norte a dignidade da pessoa humana.

Dado o exposto, o trabalho desenvolveu-se por meio do método de abordagem dedutiva de forma a proporcionar a análise do instituto da prisão preventiva, sucedendo o estudo do princípio constitucional da presunção de inocência, realizando-se uma análise precípua da aplicação do eminente princípio para consecução da finalidade desta modalidade de prisão cautelar, bem como da relação entre eles, realizando-se o exame de suas previsões no direito positivo e suas concretizações fáticas, não tendo, contudo, o intuito de esgotar o tema, que merece atenção crescente dos estudiosos e aplicadores do Direito.

2 PRISÃO PREVENTIVA

A prisão preventiva é uma modalidade de prisão cautelar de natureza processual e pode ser decretada pelo juiz durante o inquérito policial ou processo criminal antes do seu trânsito em julgado, sempre que presente os requisitos legais e seus motivos autorizadores.

As medidas cautelares alternativas à prisão surgiram com o objetivo de diminuir os rigores da constrição da liberdade, sendo utilizadas em substituição à prisão cautelar, tida em nosso ordenamento como *ultima ratio*, a ser utilizada somente em casos extremos.

Dessa maneira, Lopes Jr. (2012) enfatiza que a base principiológica das medidas ou prisões cautelares é estruturante e fundamental no estudo de qualquer modalidade de prisão cautelar, pois são os princípios que permitirão a coexistência de uma prisão sem sentença condenatória transitada em julgado com a garantia de presunção de inocência.

Conjugando o princípio da presunção de inocência com o princípio da jurisdicionalidade juntamente com o pensamento do renomado autor citado acima, tem-se que, a rigor, a prisão cautelar seria inadmissível, contudo, o pensamento liberal clássico buscou sempre justificar as modalidades de prisão cautelar e com ela a violação de diversas garantias, em nome da “cruel necessidade”.

Dessa forma, quando a prisão cautelar cumpre sua função instrumental, seria tolerada em nome da necessidade e da proporcionalidade (LOPES, 2012). No entanto, infelizmente, a prisão cautelar é um instituto que sofreu grave degeneração, uma vez que o maior problema é cultural, ou seja, é a banalização de uma medida que era pra ser excepcional.

Assevera ainda Pazeto (2017), que não se trata de medidas padronizadas a serem aplicadas a todos os acusados, pois dependem de requisitos de necessidade e adequabilidade e, se não forem cumpridos, ensejam a decretação da prisão preventiva, a pedido de quem tem legitimidade, caso entenda o magistrado. Trataremos disso mais adiante.

No âmbito do Processo Penal, no que se refere às medidas cautelares alternativas, seu surgimento se deu com a necessidade de garantir a aplicabilidade da lei e garantir o bom funcionamento da função jurisdicional estatal. Sabe-se que o processo penal se desenvolve por meio de uma sequência de atos/procedimentos para que seja alcançado o seu fim.

Durante esse tempo, pode haver uma demora na obtenção do provimento final, comprometendo, infelizmente, a efetividade da execução da sanção penal. Em razão dessa demora, a entrega da prestação jurisdicional pode colocar em risco a eficácia do processo, seja ainda na fase de investigação, instrução, ou até mesmo no momento da aplicação da sanção penal ao réu, desse modo, são medidas destinadas a tutela do processo.

Em razão disso, as medidas cautelares funcionam como uma garantia assecuratória desse provimento final. Tais medidas são, portanto, atos que têm por objeto garantir o normal desenvolvimento do processo e, portanto, a efetiva aplicação do jus puniendi. Diante disso, achamos por bem trazer o excelente pensamento do renomado autor Lopes

Jr. (2019), ao qual se filia a corrente doutrinária instrumental sobre o conceito referente às medidas cautelares. Para o autor, o conceito de medidas cautelares confere a elas um caráter de instrumentalidade, na medida em que são meios para atingir um duplo propósito, qual seja, o de garantir o normal desenvolvimento do processo e, como consequência, a eficaz aplicação do poder de penar.

Dessa forma, as medidas cautelares foram criadas para exercerem esse duplo propósito citado acima, uma vez que foram instituídas com a finalidade de preservar a eficácia do curso do processo, além de garantir a eficácia da pena. Devido a isso, essas medidas surgem como uma maneira de garantir a aplicabilidade das leis e o bom funcionamento da função jurisdicional estatal. Nesse sentido, é importante salientar que a restrição da liberdade antes do trânsito em julgado do processo tem finalidade exclusivamente cautelar, pois é fundada, como veremos adiante, na necessidade e não na culpa. A doutrina, de modo geral, atribui algumas 8 características às medidas cautelares. Tais medidas são instrumentais, preventivas, sumárias e acessórias. Contudo, segundo o processualista Gustavo Badaró (2015), existem mais duas características menos lembradas pela doutrina, mas que são fundamentais para a compreensão do tema, a referibilidade e a proporcionalidade.

É instrumental porque a medida se faz necessária para a eficácia do processo. É acessória, pois, como já dito, as medidas cautelares não são resultado do enfrentamento do mérito principal do processo, são medidas acessórias que visam à efetividade do processo, já que o provimento cautelar não é um fim em si mesmo. Sobre o caráter preventivo, essas medidas visam prevenir, caso haja uma futura condenação, ou seja, busca-se evitar, preventivamente, o prejuízo, por vezes irreparável ao processo.

No que tange à sumariedade, as medidas cautelares não são baseadas em um juízo de certeza. Para que haja uma sentença condenatória, requer-se uma cognição profunda, um juízo de certeza ante o princípio da não culpabilidade e do *in dubio pro reu*. A respeito da referibilidade, tal característica traz a ideia de “referência” ao direito material, vale dizer, as medidas cautelares devem manter referência ao fato criminoso eventualmente cometido pelo acusado. Já quanto à proporcionalidade, a medida deve ser proporcional ao fato e nunca extrapolar sua natureza instrumental. Não pode ser mais severa que a decisão definitiva.

Não deve o Magistrado, por exemplo, expedir ordem de prisão preventiva a um réu primário, de bons antecedentes, que esteja respondendo por um crime cuja pena seja branda, de modo a ocorrer a possibilidade de, caso condenado, cumprir a pena em liberdade. Ilógico seria se, no transcorrer da instrução criminal, o réu tivesse sua liberdade cerceada, mas, com o trânsito em julgado da sentença condenatória, tivesse que cumprir a pena em liberdade. Enfim, de tudo o que foi dito até então, conclui-se que as medidas

cautelares têm natureza instrumental e visam, tão somente, a assegurar a eficácia do processo, caso o réu seja condenado.

Dado o conceito de medidas cautelares e o propósito para qual foram criadas, passaremos a falar somente sobre uma delas, qual seja, a prisão preventiva, que é a que nos interessa aqui no presente projeto. Como já foi bem elucidado, a prisão preventiva é um instituto cautelar destinado à tutela do regular andamento do processo e de seu fim útil. Trata-se de uma espécie de prisão cautelar que tem como objetivo evitar que o investigado ou réu prejudique as investigações ou comprometa a eficácia do processo, prejudicando a instrução criminal.

Nesse sentido, Fernando Capez (2014) aduz que a prisão preventiva, modalidade de prisão cautelar, pode ser conceituada como prisão processual de natureza cautelar decretada pelo juiz em qualquer fase da investigação policial ou do processo criminal, antes do trânsito em julgado da sentença, sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais e ocorrerem os motivos autorizadores.

O Código de Processo Penal, em seu art. 312, traz, como fundamento para decretação da prisão preventiva, “o risco à ordem pública”. A garantia da ordem econômica foi inserida no art. 312 do CPP pelo art. 86 da Lei n.º 8.884/94 (Lei de Antitruste), para impedir que atitudes do agente afetem a harmonia da ordem econômica, devido ao risco de reiteração ou por colocar em perigo o funcionamento do sistema financeiro. Nesse sentido, conforme Renato Lima (2017), o risco de reiteração ocorre em casos de perturbação ao livre exercício de qualquer atividade econômica, de abuso do poder econômico objetivando a dominação dos mercados, da eliminação da concorrência e do aumento arbitrário dos lucros.

Na conveniência da instrução criminal é possível observar a tutela em relação à livre produção probatória, como garantia do devido processo legal e impedimento de qualquer comprometimento na busca da verdade (LIMA, 2017, p. 973). Assim, há risco para o desenvolvimento do processo, devendo a prisão preventiva ser indispensável para que a instrução criminal ocorra livre de vícios.

Sobre esse tema, “ordem pública”, existe um consenso entre os autores processualistas de que não se tem um conceito pronto e determinado, trata-se de um conceito semanticamente indeterminado, o que, em tese, concederia muita liberdade ao julgador no momento da decisão. Em razão de se tratar de um fundamento vago, a “ordem pública” é considerada como uma das responsáveis pela ultra instrumentalização da prisão preventiva no Brasil.

A garantia da ordem pública visa evitar que o agente continue delinquindo durante a persecução penal, pois ordem pública é a manifestação da tranquilidade e paz na sociedade (TÁVORA, 2012, p. 581). Em regra, não justifica a prisão pelos antecedentes

criminais, e sim, se os maus antecedentes ou outros elementos probatórios revelarem que o indivíduo pauta seu comportamento na vertente criminoso (LOPES JR, 2014, p. 609). Após o advento da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se o que passou a se chamar de rol de direitos fundamentais, com isso, a aplicação de todo e qualquer instituto legal passa a ser precedida 10 por um crivo de constitucionalidade e convencionalidade, no entanto, é possível visualizar que esses discursos acabam esbarrando em diversos direitos fundamentais, mas, ainda assim, pouca, ou nenhuma, resistência encontram dos atores jurídicos. O vasto campo constitucional vincula o sistema processual a direitos e garantias fundamentais, porém não é difícil visualizar uma resistência, inclusive do judiciário, no reconhecimento desses direitos como estruturas legítimas e indissociáveis do sistema.

Para que seja decretada a prisão preventiva, necessita-se de elementos, como o *fumus commissi delicti*, isto é, que haja comprovação da materialidade de um crime e indícios de sua autoria, e, além disso, que o investigado/ acusado ofereça risco à garantia da ordem pública, econômica e conveniência da instrução criminal, presente, assim, o *periculum libertatis*.

O *fumus commissi delicti* é o requisito da prisão preventiva, exigindo-se para sua decretação que existam “prova da existência e indícios suficientes de autoria”. Mas esse é um conceito por demais relevante para ficarmos apenas com a letra da lei, que pouco diz, exigindo uma interpretação sistemática e constitucional. A fumaça da existência de um crime não significa juízo de certeza, mas de probabilidade razoável.

É importante frisar que o termo “fumaça” não deve ser interpretado em sentido amplo, mas sim de forma estrita, ou seja, o termo fumaça nesse contexto nos leva a ter uma ideia de indício, suspeita etc.

Dessa maneira, segundo Auri Lopes Jr. (2014), a prisão preventiva deve ter por base a atribuição fundamentada do ato punível a uma pessoa específica. Para a decretação de uma prisão preventiva (ou qualquer outra prisão cautelar), diante do altíssimo custo que significa, é necessário um juízo de probabilidade, um predomínio das razões positivas. Se a possibilidade basta para a imputação, não pode bastar para a prisão preventiva, pois o peso do processo agrava-se notavelmente sobre as costas do imputado.

Acerca dos indícios da autoria, estes devem ser concretos e suficientes, portanto, o juiz, ao decretar tal medida cautelar, deve ter plena convicção da possível autoria do investigado. Além de demandar uma análise constitucional, sob pena de ser confundida com um (pré) juízo de culpabilidade. À luz da presunção de inocência, é incabível uma antecipação da culpa do sujeito – ainda mais quando proferida pelo mesmo juízo da sentença, como sói acontecer no sistema brasileiro.

O art. 315 parágrafo primeiro do Código de Processo Penal, inovação do pacote anticrime, deixa claro que a prisão preventiva deve estar fundamentada na existência de fato novo, isto é, não basta a existência do crime ou indícios da autoria, deve haver um fato novo que ponha em risco as investigações ou o próprio processo.

Nas palavras de Renato Brasileiro (2017), quanto à materialidade delitiva, sendo, neste ponto, uma exceção ao regime normal das medidas cautelares, na medida em que, para a caracterização do *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito), há determinados fatos sobre os quais o juiz deve ter certeza, não bastando a mera probabilidade. Por esse e outros motivos, essa modalidade de prisão processual, somente deve ser aplicada se outras medidas cautelares se mostrarem inadequadas ou insuficientes.

Por esta razão, Fernando Capez (2016) elenca que só é cabível a prisão preventiva em virtude do descumprimento de uma medida cautelar diversa da prisão, após restarem frustradas todas as alternativas de se garantir o processo mediante meios menos traumáticos.

A respeito da autoria delitiva, não é necessário que o juiz tenha certeza desta, basta a existência de elementos que autorizem e indiquem a possível autoria, no momento da decisão.

Como já visto, é imprescindível, para a decretação dessa espécie de prisão cautelar, a presença de seus requisitos e fundamentos. *O periculum libertatis*, por sua vez, é o fundamento da prisão preventiva, que pode decorrer em razão do risco para a ordem pública, para a ordem econômica, para a aplicação da lei penal ou para a conveniência da instrução criminal, isto é, a existência de perigo causado pela liberdade do sujeito passivo da persecução penal.

Destarte, a prisão preventiva é a medida mais gravosa a ser aplicada a um indivíduo, devendo ser sempre pautada pelos princípios constitucionais e demais parâmetros legais a ela intrínsecos. Nesse contexto, a prisão preventiva deve ser usada como *ultima ratio*, sendo assim, é extremamente importante ressaltar a definição acerca da excepcionalidade da prisão preventiva, sobre a qual o art. 282, §6º, do CPP elenca: "A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319)". Ou seja, somente haverá a decretação da prisão preventiva quando as outras medidas menos gravosas mostrarem inadequadas. Nas precisas palavras de Eugênio Pacelli (2009), a prisão preventiva, por trazer como consequência a privação da liberdade antes do trânsito em 12 julgado, somente se justifica enquanto e na medida em que puder realizar a proteção da persecução penal, em todo o seu iter procedimental, e mais, quando se mostrar a única maneira de satisfazer a necessidade. É notório que a restrição à liberdade do réu antes do término da resolução processual constitui elevado prejuízo aos seus

direitos fundamentais. Sempre que possível deverá o Estado utilizar-se na persecução de seus objetivos de métodos cujo grau de lesão à figura do réu sejam ínfimos.

Assim, a excepcionalidade da decretação dessa espécie de medida cautelar será respeitada quando a providência realmente for necessária e desde que adequada às peculiaridades do caso sob apreciação. Afinal, nos moldes dos ensinamentos de Tourinho Filho (2011), embora a prisão que anteceda a decisão seja necessária, não é menor a necessidade de ser ela restringida, limitando-se aos casos indispensáveis, pelo mal irreparável que causa àqueles declarados inocentes no final da instrução.

Além do mais, pôde-se observar a real finalidade da aplicação dessa espécie de prisão, uma vez que suas causas possuem finalidade eminentemente cautelar e, por conseguinte, visa resguardar a tutela do regular andamento do processo e do seu resultado útil. Desse modo, o ponto de partida, em regra, deve ser a análise do cabimento da aplicação de alguma dessas cautelares, ao invés do raciocínio ser feito a partir da prisão para, somente depois, partir para uma alternativa menos gravosa.

Depois de conceituar a prisão preventiva, trataremos agora do seu cabimento, pressupostos, fundamento, decretação e legitimidade. Doutrinadores de estripe identificam os pressupostos da prisão preventiva como sendo a prova da materialidade (existência) do crime e os indícios suficientes da autoria que, uma vez presentes, dão ensejo ao requisito do *fumus boni juris*. No que tange à prova da existência do crime, a materialidade delitiva deve estar devidamente comprovada para que o cerceamento cautelar seja autorizado. Quanto aos indícios suficientes da autoria, basta que existam indícios fazendo crer ser o indivíduo suspeito o autor da infração penal, não é necessário haver prova robusta, somente indícios.

Quanto às hipóteses legais autorizadas de decretação da prisão preventiva, que consubstanciam no *periculum in mora*, são, de acordo com o art. 312, do CPP: garantia da ordem pública. Com base nesse fundamento, a decretação da preventiva objetiva evitar que o agente continue delinquindo, no transcorrer da persecução criminal.

Conforme Nestor Távora (2012), não se tem um conceito exato do significado da expressão ordem pública, o que tem levado a oscilações doutrinárias e jurisprudenciais quanto ao seu real significado. Em nosso entendimento, a decretação da preventiva, com base neste fundamento, objetiva evitar que o agente continue delinquindo no transcorrer da persecução criminal.

Para Nestor Távora (2012) e Rosmar Rodrigues Alencar (2017), a ordem pública é a "expressão de tranquilidade e paz no seio social". Se for demonstrado o risco de o infrator, se continuar solto, continuar a cometer crimes, é indicativo de que a prisão cautelar é

necessária, havendo risco social de se esperar um possível trânsito em julgado da sentença condenatória.

Todavia, como já foi dito anteriormente, não existe um conceito determinado para esse fundamento “ordem pública”, portanto, trata-se de um fundamento raso, o qual, na maioria das vezes, leva o julgador a decretar o instituto da prisão preventiva de forma equivocada, desrespeitando, assim, preceitos constitucionais fundamentais.

A segunda hipótese de decretação é a conveniência da instrução criminal, que objetiva tutelar a livre produção probatória, impedindo que o agente destrua provas, ameace testemunhas etc. Sobre essa hipótese, a expressão “conveniência” da instrução criminal, defendemos se tratar de um termo muito aberto, o que acaba por proporcionar uma ampla discricionariedade ao magistrado, o que vai contra, principalmente, o princípio da excepcionalidade.

Para Nucci (2014), a conveniência de todo processo é realização da instrução criminal de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo, do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva. Trata-se do motivo resultante da garantia de existência do devido processo legal, no seu aspecto procedimental.

A terceira hipótese é a garantia de aplicação da lei penal, a qual busca assegurar sua aplicação de forma correta, ou quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado, podendo ainda, ser decretada quando ocorrer descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

Tourinho Filho (2008) preconiza que a chance de fuga do imputado é a hipótese que ensejaria o risco de ineficácia da lei penal, sendo necessário, portanto, o Estado evitar tal provável atitude do réu. Mas a mera presunção de fuga não é o suficiente para o enclausuramento preventivo, pois é necessária a colheita de dados fáticos veementes a ponto de motivar a potencialidade de o indivíduo evadir-se durante a persecutio criminis. Até porque se a lei maior presume a inocência daquele ainda não condenado, é defeso ao juiz apenas presumir que o imputado venha a escapar da ação da Justiça.

Portanto, visa evitar a fuga do agente, impedindo o sumiço do autor do fato, que deseja eximir-se de uma eventual condenação. Como última hipótese, temos a garantia de ordem econômica, hipótese acrescentada ao Código de Processo Penal pela Lei 8.884/94, visando coibir os abusos à ordem econômica.

Sobre o momento e legitimidade, o art. 311 do CPP/15 prevê que a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase das investigações ou do processo criminal pelo juiz, a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial.

Assim, o momento para a decretação pode ser tanto durante o inquérito policial quanto no curso da ação penal. Sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais, previstos no art. 313 do Código de Processo Penal, isto é, quando o crime cometido for doloso e punido com pena privativa de liberdade máxima superior a 4 (quatro) anos, ou quando já houver condenação por outro crime, com sentença transitada em julgado, ou ainda quando o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.

Além disso, como bem esclarece Brasileiro (2020), também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

No que tange à decretação da preventiva, conforme o art. 311, do CPP, esta deve ser mediante despacho fundamentado, podendo ser decretada de ofício pelo juiz, atendendo a requerimento do Ministério Público ou do querelante; ou provocado por representação da autoridade policial (seguida de manifestação do MP). O art. 313, do CPP, nos traz as condições de admissibilidade. Para os crimes dolosos é admitida a prisão preventiva nos 15 crimes punidos com pena de reclusão; nos punidos com pena de detenção, se o indicado nada faz ou não fornece elementos sobre sua identidade; quando o réu já foi condenado por crime doloso, sendo aplicada a prescrição da reincidência (CP, art. 64, I).

Acerca da fundamentação no momento da decretação da prisão preventiva, o art. 315, do CPP, exige que o despacho que decreta a medida prisional seja fundamentado. O juiz, ao determinar ou não a prisão preventiva, deve necessariamente fundamentar a sua decisão, e José Frederico Marques (2000) ensina que a motivação revela como o juiz interpretou a lei e os fatos, pelo que deve vir exposta com clareza, lógica e precisão, a fim de que as partes tenham perfeito conhecimento da solução dada ao litígio.

Ainda em consonância, Darlan Barroso (2007) argumenta que a fundamentação das decisões é pressuposto para que a parte prejudicada possa impugnar o ato que lhe causar prejuízo, pois o ato que padece de fundamento, impede que o prejudicado exerça o próprio direito de contraditório da parte. Como alguém poderá recorrer da decisão se não sabe os motivos que levaram o magistrado ao convencimento?

Tal exigência decorre também do princípio constitucional da motivação das decisões judiciais (CF/88, art. 93, IX). Essa exigência é uma garantia que dá ao cidadão o direito de obter uma decisão fundamentada, acesso ao contraditório e ao devido processo legal, além de ser um mecanismo para aferir-se em concreto a imparcialidade.

Por fim, o art. 316 do Código de Processo Penal preceitua duas hipóteses de revogação da preventiva. Verificando, no decorrer da persecução criminal, a falta dos motivos autorizadores, o juiz poderá revogar a prisão preventiva. Todavia, uma vez novamente presentes os permissivos legais, nada impede que o juiz a decrete novamente.

No tocante à revogabilidade dessa espécie cautelar, claro é o ensinamento de Lima (2017), que destaca, como desdobramento de sua natureza provisória, que a manutenção de uma medida cautelar depende da persistência dos motivos que evidenciaram a urgência da medida necessária à tutela do processo. São as medidas cautelares situacionais, pois tutelam uma situação fática de perigo. Desaparecido o suporte fático legitimador da medida, consubstanciado pelo *fumus commissi delicti* e pelo *periculum libertatis*, deve o magistrado revogar a constrição.

Por esse motivo, diz-se que a decisão que decreta uma medida cautelar sujeita-se à *cláusula rebus sic stantibus*, pois está sempre sujeita à nova verificação de seu cabimento, seja para eventual revogação, quando cessada a causa que a justificou, seja para nova decretação, diante do surgimento de hipótese que a autorize (CPP, art. 282, § 5º, c/c art. 316).

Na hipótese de apresentação espontânea, se o indivíduo se apresenta voluntariamente à autoridade, pode ser decretada sua prisão preventiva. Porém, isso não ocorre no caso do flagrante, pois a apresentação espontânea não autoriza o flagrante (CPP, art. 317). A outra hipótese trata-se da preventiva versus excludentes de ilicitude. Se pela análise dos autos, percebe-se que o agente atuou sob o manto de uma excludente de ilicitude (CP, art. 23), a prisão preventiva não será decretada (CPP, art. 314).

Sendo uma medida cautelar, a prisão preventiva, como modalidade daquela, visa também assegurar a eficácia das investigações do processo criminal. Nos termos do art. 321 do CPP, ausentes os requisitos legais necessários ao embasamento da prisão preventiva, o juiz deverá conceder liberdade provisória, impondo, se for o caso, as medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP com observância aos critérios elencados no art. 282 do CPP. Deste modo, como já havíamos falado, a prisão preventiva é marcada pela excepcionalidade, sendo certo, de acordo com o previsto no referido art. mencionado acima. Uma importante inovação trazida pela Lei nº 12.403/11 no art. 282, §6º do CPP.

A esse respeito, Avena (2019) ensina que o atributo da excepcionalidade deve ser visto sob dois ângulos: excepcionalidade geral, significando que, assim como as demais

cautelares, deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação; e, ainda, excepcionalidade restrita, isto é, aquela relacionada a sua supletividade diante das demais providências cautelares diversas da prisão.

Denota-se, portanto, que algumas das medidas cautelares possuem maiores limitações que outras, de modo que implicam maior restrição à liberdade, contudo, embora alternativas à prisão, não deixam de representar um constrangimento à liberdade individual, de caráter urgente e provisório. Posto isso, podemos ver que o uso da prisão preventiva provoca um cerceamento na liberdade do indivíduo, ferindo seus direitos fundamentais. Diante disso, deve ser feita uma análise constitucional e infraconstitucional, além da base principiológica atrelada ao uso da aplicação de tal exceção.

Portanto, trata-se de prisão processual, de natureza cautelar, que possui o intuito de proteger o processo, sendo decretada pelo juiz quando estiverem presentes os pressupostos legais previstos nos art. 312 e 313 do CPP, de forma que, não estando presentes estes fundamentos, a prisão será ilegal, devendo, portanto, ser relaxada.

Dessa forma, o art. 313 do CPP estabelece ainda a impossibilidade da decretação da prisão preventiva como forma de antecipação da pena ou em decorrência de investigação criminal ou do recebimento de denúncia, entretanto, sabe-se que essas práticas são comuns.

Como visto ao longo de toda a exposição do conteúdo, o processo penal (jurisdição penal), nos moldes brasileiros, é um instrumento de verificação/refutação da hipótese fáticoacusatória, mediado por direitos constitucionais e convencionais, buscando, ao término, a aplicação de uma sanção – em grande maioria das vezes, de restrição de liberdade. Por lógica, é possível destacar que ninguém poderia ser considerado culpado até a confirmação da hipótese fática. De acordo com as sábias palavras de Luigi Ferrajoli (2002), se a jurisdição é a atividade necessária para obter a prova de que um sujeito cometeu um crime, desde que tal prova não tenha sido encontrada mediante um juízo regular, nenhum delito pode ser considerado cometido e nenhum sujeito pode ser considerado culpado nem submetido à pena. No entanto, podemos verificar que, na maioria das vezes, não é por esse caminho que a jurisdição percorre.

O instrumento de legitimação da restrição antecipada da liberdade é, ainda hoje, chamado de “prisão preventiva”. Durante a história, o discurso declarado sempre buscou distinguir a prisão preventiva da prisão-pena, atribuindo diferentes critérios aos dois. Enquanto a prisão-pena demandava comprovação da autoria do delito, a prisão preventiva era baseada, teoricamente, em elementos satélites ao tema central do processo (à

comprovação da hipótese) – empregada quando a liberdade do indivíduo representava um risco a algum fator de relevância legal, processual por excelência.

3 PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

A Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso LVII, estabelece o princípio da presunção de inocência, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Também conhecido por princípio da não culpabilidade, tal garantia, com previsão na Constituição Federal de 1988, no título de Direitos e Garantias Fundamentais, é considerada como cláusula pétrea, tratando-se de um núcleo intangível, tamanha sua relevância, pois é através dele que se garante a liberdade daquele que, até então, é inocente, evitando, desta forma, qualquer injustiça, de forma a se garantir, segundo o que aduz Ferrajoli, a imunidade dos inocentes.

Neste sentido, Thiago M. Minagé (2017), em sua obra *Prisões e medidas cautelares à luz da constituição*, preleciona que o acusado é, sobretudo, um sujeito de direito, tendo assegurado o contraditório e a ampla defesa, podendo não só produzir as mais diversas provas para demonstrar sua inocência, mas também ficar em silêncio.

Dentre todos os princípios que compõem o Processo Penal, este é o de maior relevância, tendo em vista sua incidência e o intuito garantista que possui, além do considerado impacto que sua ausência já causou historicamente. O instituto da presunção de inocência surgiu após anos de luta e barbárie, como uma resposta das pessoas contra os abusos perpetrados pelo Estado, já que, em períodos passados, o acusado era quem tinha o ônus de provar sua inocência e, para isso, aquele que detinha o poder de punir empregava tortura, meios cruéis e até usava da prisão preventiva para obter confissão do acusado, de tal modo que a presunção que vigorava era de culpabilidade, pois, caso não conseguisse provar sua inocência, o acusado seria considerado culpado.

Neste sentido, Gomes Filho (1991) menciona que desde a acusação, o acusado já era considerado culpado pela opinião pública, cabendo a ele somente dissipar os indícios já existentes, pois caso não fizesse, presumia-se sua culpa, e, em consequência disso, surgia a possibilidade de se decretar a privação de sua liberdade ainda no curso do processo.

Com isso, reconheceu-se a necessidade de tutelar o indivíduo em face do poderio do Estado absolutista, enxergando o acusado por meio de nova óptica. Um dos avanços trazidos foi o da presunção de inocência, princípio de extrema importância no âmbito do direito penal, pois concede ao inocente a garantia de permanecer em liberdade até que seja condenado por sentença irrecorrível, isto é, transitada em julgado.

Além disso, o referido princípio possibilita ao acusado fazer prova de sua inocência utilizando-se dos diversos meios de prova admitidos em direito, garantindo ao acusado

que não será preso sem que haja provas hábeis a lhe condenar, possibilitando-o, ainda, recorrer de decisões para provar sua inocência.

Nucci (2017) corrobora que o princípio da presunção de inocência significa que enquanto a culpabilidade de alguém não for determinada por sentença condenatória transitada em julgado, presume-se que aquele acusado é inocente. Além disso, sobre o referido instituto, o autor supramencionado preleciona que seu principal objetivo é determinar que o ônus da prova não seja do acusado, mas sim de quem acusa, pois aquele é inocente até que se prove o contrário, cabendo, portanto, à acusação produzir provas aptas a evidenciar ao juiz a culpa daquele a quem se está acusando.

Segundo Bonfim, (2007), o instituto da presunção de inocência é previsto desde o direito romano, entretanto, somente no século XVIII, impulsionado pelo pensamento liberal da revolução francesa, é que se potencializou, uma vez que, com o pensamento iluminista, rompeu-se com o pensamento anterior, trazendo, como consequência, a promoção do acusado à condição de sujeito de direito, deixando de ser, assim, mero objeto do processo e passando a fruir de garantias, como devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Neste sentido, a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão estabelece, em seu art. 9º que “todo homem é considerado inocente até o momento em que for declarado culpado, além disso, quando necessário for a efetivação da prisão, todo o rigor desnecessário ou excessivo deve ser rigorosamente reprimido pela lei”.

A posteriori, tal princípio fora positivado no artigo 26 na Declaração Americana de Direitos e Deveres em 1948, e pela Declaração Universal de Direitos Humanos instituídos pela ONU, também em 1948. Todavia, a previsão de tal garantia no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro só se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988, influenciada pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, que em seu artigo 11 estabelece: “Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prove sua culpabilidade, conforme a lei, em julgamento público, e em que se lhe hajam assegurados todas as garantias necessárias para a sua defesa”.

Com isso, destaca-se a importância da CRFB/1988 na consagração do princípio da presunção de inocência, já que foi por meio dela que se concretizou no ordenamento jurídico pátrio a previsão expressa desta garantia que, segundo Delmanto (2001), consolidou de forma extremamente significativa os direitos fundamentais já previstos.

Ademais, em que pese a Constituição Federal, consagrar expressamente o instituto da presunção de inocência prevê, simultaneamente, a possibilidade de decretação da prisão preventiva, modalidade de prisão processual que, com o intuito de assegurar a efetividade das investigações e do processo penal, pode, por seu caráter de urgência,

causar severos danos ao investigado/acusado, uma vez que possibilita a prisão de alguém até então inocente.

Esses danos tornam-se ainda mais severos quando a decretação desta modalidade de prisão cautelar é realizada sem a devida cautela, isto é, sem que sejam observados os critérios legais de fundamentação, o que acarreta consequências devastadoras na vida de inocentes, considerando-se as mazelas que assolam o sistema carcerário em que serão submetidos, ferindo, contundentemente, o princípio constitucional da presunção de inocência, uma vez que se está privando da liberdade e submetendo a condições constrangedoras e indignas alguém inocente perante a ordem jurídica.

Por estas razões, com base no princípio constitucional da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, do qual aquele decorre, emerge a eminente preocupação com a efetividade destes institutos que objetivam tutelar a honra e a liberdade da pessoa humana, direitos fortemente atacados pelo uso crescente, desmedido e infundado da prisão preventiva nos dias atuais.

4 SUBVERSÃO DA FINALIDADE LEGAL

O Estado, desde a criação do contrato social, é detentor do *jus puniendi*, isto é, ele detém o poder/dever de punir, e isso resulta de um longo período de desconstrução, pois precisou-se passar por fases extremamente abusivas e desumanas antes de se estabelecer critérios de justiça e chegar-se ao que se tem nos dias de hoje.

Sabe-se que, na história da humanidade, houve épocas em que a autotutela vigorava, usava-se da vingança como forma de revidar ao crime sofrido, posteriormente, instalou-se a vingança divina, sob a égide do Estado absolutista, onde a igreja era quem detinha o poder de punir e, através do “juízo de Deus”, aferia a culpabilidade de alguém, posteriormente passou-se à vingança pública, em que o rei era quem detinha o poder de punir e, de posse de tal poder, perpetrava as mais severas barbaridades.

Atualmente, no período moderno, têm-se as penas públicas, em que há um poder organizado que submete o transgressor a uma sanção, utilizando-se não mais da emoção ou do sentimento de vingança, mas valendo-se sobretudo da razão.

Segundo Aury Lopes Jr (2012), a pena não está motivada pela finalidade de vingança, mas sim pelo impedimento dela, pois a substituição da vingança privada pela pena materializa uma evolução, mas sim uma desconstrução, uma negação.

Além disso, há imposição de limites àquele que exerce tal poder, conforme aduz o doutrinador supramencionado, o Estado, utilizando-se de sua autoridade, por meio de juiz imparcial, com poderes limitados, determina a pena do transgressor.

Contudo, atualmente, mesmo após a desconstituição da vingança como parâmetro de aplicação de pena, vê-se ainda que, com esse objetivo ou impulsionado por tal sentimento, parte da sociedade ainda mantém o desejo pela vingança. Vê-se, corriqueiramente veiculado por meios midiáticos, principalmente em casos de grande repercussão, o anseio da sociedade pela decretação da prisão daquele que até então é inocente, valendo-se até da prisão preventiva para afastar o acusado da sociedade.

Tal medida cautelar considera-se que seja a mais injusta do Ordenamento Jurídico, pois ataca garantias e direitos fundamentais do cidadão valendo-se de uma modalidade de prisão que não tem sequer prazo legal definido, cerceando o direito à liberdade de um inocente, de forma a violar princípios como da presunção de inocência, dignidade da pessoa humana e da razoável duração do processo.

Ademais, por toda influência midiática e social para a decretação de tal prisão processual, o judiciário, muitas vezes é influenciado a decretar prisões preventivas infundadas, motivado frequentemente apenas pela repercussão de um caso, somada ao anseio de "justiça" que se tem por parte da sociedade e que é saciado quando se vê um investigado/ acusado atrás das grades, confirmando-se, dessa forma, o que aduz Vicente Greco Filho (2012), segundo o qual esta modalidade de prisão cautelar é, no âmbito do processo penal brasileiro, a que mais sofre com a carga emotiva do momento social vivido pelo país.

Segundo o Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), por meio de seus dados referentes ao primeiro semestre de 2020, evidencia que o Brasil possui atualmente cerca de 759 mil presos, de forma que é considerado o país com a terceira maior população carcerária do mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos e China.

Em meio a tal população carcerária, além dos presos condenados por sentença transitada em julgado, há aqueles que sofrem apenas uma prisão processual, pois ainda não têm condenação, isto é, constitucionalmente, são inocentes, e, mesmo assim, correspondem a 30% do total de encarcerados no Brasil.

Trata-se de pessoas que, ainda inocentes, são submetidas às mazelas do sistema carcerário, que sobrevivem em condições desumanas e degradantes, que violam, contundentemente, além da dignidade da pessoa humana, o princípio da presunção de inocência.

Nesse sentido, é cada vez maior o número de prisões preventivas decretadas sem nenhum fundamento legal, prisões estas que partem, muitas vezes, de pressupostos genéricos e abrangentes, como a garantia da ordem pública, a conveniência para o processo criminal ou a mera materialidade e indícios da autoria de um crime, o que gera uma banalização do uso dessa prisão cautelar que, nas palavras de Alexandre Cebrian

Araújo Reis e Victor Eduardo Rios Gonçalves (2013), não poderia deixar de ser vista como medida de exceção, mesmo diante do crescimento da criminalidade violenta.

Além disso, há, ainda, as aplicações infundadas deste tipo de prisão, violando princípios fundamentais previstos constitucionalmente como a dignidade da pessoa humana, ferindo princípios e garantias como a presunção de inocência, violando ainda o que determina tratados internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos que estabelece o direito de um acusado ser julgado dentro do prazo razoável.

Salienta-se ainda que muitas vezes a finalidade da prisão preventiva é desvirtuada, isto é, subvertida pela pressa, pela urgência, pela instantaneidade de notícias que são veiculadas pela mídia, que nutre na sociedade um falso sentimento de justiça que somente é saciado com a decretação da prisão cautelar de alguém, gerando, conseqüentemente, uma pressão sob o judiciário, que acaba, muitas vezes, decretando a prisão preventiva sem que haja fundamento ou sem o intuito de atingir sua finalidade legal.

Dessa forma, os prejuízos causados a um inocente, pela depreciação e irrelevância dada ao princípio da presunção de inocência, impulsionado na maioria das vezes pelo anseio por rapidez, por velocidade no processo, pelo desejo de “justiça”, acaba, muitas vezes, tendo conseqüências irreparáveis àquele que sofre injustamente a violação de seu direito à liberdade.

De acordo com a dromologia, segundo o que preleciona Aury Lopes Jr (2019), a urgência no processo criminal implica não só rapidez, mas também violação, como exemplo tem-se a prisão preventiva, medida de urgência que está sendo banalizada, transformando-se em pena antecipada, com uma função de imediata retribuição/prevenção.

Tal modalidade de prisão cautelar, prevista constitucional e infraconstitucionalmente, tem reconhecida importância, pois possibilita uma maior segurança a investigações e instrução criminal, entretanto, a sua aplicação prática muitas vezes ocorre em discrepância ao que determina o ordenamento jurídico.

A prisão preventiva é a última forma cautelar a ser determinada, em tese, pois na prática, o que se percebe é um número cada vez maior de pessoas presas preventivamente, o que desvirtua o seu objetivo, fazendo com que seja, na maioria das vezes, a única alternativa para solucionar um eventual problema. Verifica-se, assim, na prática, uma banalização do uso da prisão preventiva, prisão esta determinada constantemente sob argumentos genéricos, abstratos, decretando-se de forma infundada a prisão de um inocente, motivada muitas vezes por pressão midiática, por uma comoção generalizada.

Nesse sentido, Rangel (2004) aduz que a prisão preventiva não tem como objetivo satisfazer a sociedade, ainda que se trate de crime grave, mas sim garantir a eficácia de investigações e instrução criminal, devendo, portanto, ser decretada quando indubitavelmente existirem razões, necessidade e fundamento para tanto.

Além disso, outra questão que merece destaque é o alto número de presos que, mesmo após anos de prisão preventiva, ainda não tenham sido julgados, isto é, o indivíduo passa anos encarcerado, aguardando um julgamento que pode vir a provar sua inocência, neste caso os danos são irreparáveis, percebe-se, além da violação da presunção de inocência, da razoável duração do processo, a da dignidade da pessoa humana.

Isto se dá em razão da inexistência de prazo para duração da prisão preventiva, fator que, somado à morosidade do trâmite processual, acarreta sérias violações ao ser humano, já que, na espera de uma sentença que poderá ser condenatória ou não, o encarcerado até então inocente é submetido a toda sorte de violação de direitos fundamentais.

5 Conclusão

Conforme apresentado no presente artigo, a prisão preventiva, modalidade de prisão processual, tem como finalidade acautelar as investigações e o processo diante de situações que os põe em risco, devendo estar sempre fundamentada e em estrita obediência aos requisitos que a legislação constitucional e infraconstitucional estabelecem, tendo em vista a severidade que esta cautelar apresenta.

Ao mesmo tempo em que se tem, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro expressamente consagrado, o direito à presunção de inocência, garantia constitucional, prevista na CRFB/1988 e protegida contra supressões arbitrárias, isto é, considerado cláusula pétrea, tratando-se, portanto, de um núcleo intangível através do qual se garante a liberdade dos inocentes.

Este princípio de significativa importância no âmbito do processo penal determina que ninguém será considerado culpado senão após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, impondo, dessa forma, ao Estado, um dever de obediência, de abstenção de violação, já que uma vez transgredido, acarreta na violação de um dos direitos mais relevantes para o indivíduo, sua liberdade.

O Código de Processo Penal brasileiro traça para a decretação da prisão preventiva, os requisitos essenciais e os fundamentos necessários para sua legal decretação, ocorre que muitas vezes, na prática, não há a devida observância, o que acarreta, como consequência, no alto número de incidência desta prisão que, como apresentado no decorrer da pesquisa, se tornou tão frequente que se mostra paradoxal ao ideal de uma medida de exceção.

Neste sentido, evidencia-se, ordinariamente, a subversão da finalidade da prisão preventiva, quando, diante de crimes de grande repercussão, causadores de grande comoção, o Poder Judiciário pressionado pela opinião e pelo clamor público, acaba por aplicar esta prisão processual como uma forma de reprimir um investigado/acusado pela prática de um crime que supostamente cometera, com a finalidade de antecipar uma eventual pena.

Vê-se claramente que este sentimento de “justiça” por parte da sociedade que somente é saciado pelo encarceramento, mesmo de inocentes, é reflexo de um passado histórico, marcado pelo sentimento de vingança que guiava a aplicação das penas e que ainda se encontra manifestamente presente nos dias atuais, tendo como marca evidente a decretação da prisão preventiva diante de situações aparentemente merecedoras de repressão, mesmo não sendo esta a sua destinação, o que nos demonstra que ainda temos um longo caminho a percorrer até alcançarmos o verdadeiro significado da presunção de inocência.

Por conta disto, considera-se que esta modalidade de prisão cautelar tem tido sua finalidade desvirtuada, uma vez que legalmente se destinaria à garantia da ordem pública, econômica, à conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, mas que na prática tem-se uma realidade destoante.

Segundo os dados apresentados no artigo, evidencia-se o número significativo de pessoas que, ainda inocentes, estão submetidas às mazelas do sistema carcerário brasileiro, forte e latente expressão da banalização da decretação da prisão preventiva, modalidade de medida cautelar que, segundo as estatísticas, não vem sendo vista como medida de exceção.

Desse modo, o expressivo número de pessoas presas preventivamente tem como principal causa a subversão da finalidade a que esta prisão se destina, desrespeito este que revela não somente números, cartesianamente definidos, mas, sobretudo, violação de direitos fundamentais daqueles que estão submetidos ao tratamento das instituições prisionais brasileiras, atualmente colapsadas por celas superlotadas, ambientes insalubres e entre outros problemas que violam contundentemente a dignidade humana e o eminente princípio da presunção de inocência.

Portanto, entende-se que a prisão preventiva, embora instituto com finalidade processualmente louvável, deve ser vista e interpretada à luz do princípio constitucional da presunção de inocência, pois somente assim, aplicada somente quando presentes os requisitos e fundamentos necessários, de forma a atingir sua finalidade processual, utilizada de forma subsidiária, como a “*ultima ratio*” e em respeito aos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, é que será efetivamente garantido o direito fundamental constitucional à liberdade do acusado/investigado.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

BARROSO, Darlan. **Manual de direito processual civil**. 2. Ed. Barueri: Manole, 2007, volume 1, 576 p.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de processo penal**. 2d. São Paulo: Saraiva, 2007.

Brasil alcança a marca de 759 mil presos. CNN BRASIL. 2020. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2020/10/15/brasil-alcanca-a-marca-de-759-mil-presos>. Acesso em: 03 de maio de 2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 23º ed. São Paulo: Saraiva. 2016.

DELMANTO, Roberto Junior. **As modalidades de prisão provisória e seu prazo de duração**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.60.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FILHO, Fernando da Costa Tourinho. **Manual de Processo Penal**. 14. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. P. 677.

_____, Fernando da Costa Tourinho. **Processo Penal**. 30. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991. 97p.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9 ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 5. ed. Bahia: juspodvm, 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2017.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LOPES Jr., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 41

- LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 906.
- LOPES JR. Auri. **Prisões Cautelares**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. 2. Ed. Campinas: Millenium, 2000, volume III, 394 p.
- MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p.65.
- MIRANDA MINAGÉ, Thiago. **Prisões e Medidas Cautelares à Luz da Constituição**. 4ª edição. Empório do Direito. 2017.
- Nucci, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. – 13. ed. rev. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 660.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- OLIVEIRA, Eugenio Pacelli. **Curso de processo penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- PAZETO, Lucas. **Medidas cautelares alternativas à prisão e a excepcionalidade da prisão preventiva**. 2017. 54 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal de Uberlândia, Uberlândia, 2017. Disponível em: <https://repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/20270/1/MedidasCautelaresAlternativas.pdf>. Acesso em 11 nov. 2021.
- RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 8ª ed.. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- REIS, Alexandre Cebrian Araújo; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **Direito processual penal esquematizado**. Coordenador Pedro Lenza.2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SANGUINÉ, Odone. **A inconstitucionalidade do clamor público como fundamento da prisão preventiva**. Revista de Estudos Criminais, n. 10. Porto Alegre: Nota Dez, 2003, p. 113-119.
- TÁVORA, Nestor. **Curso de Direito Processual Penal**. 7ª ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2012.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 12^a. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2017.

A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA

LIA BUSCH SILVA ARAUJO:
Bacharelanda em Direito da Faculdade
Serra do Carmo de Palmas Tocantins.

ANDRÉIA AYRES GABARDO

(orientadora)³⁵

RESUMO: O Supremo Tribunal Federal brasileiro entende que as condutas para punir a descriminalização por sexualidade e identidade de gênero devem ser enquadradas, pelo Congresso Nacional, na lei de racismo aprove uma lei específica para criminalizar a homofobia. Desta forma, o presente trabalho tem como objetivo investigar eficácia e a importância de se criminalizar a homofobia no Brasil. Assim, utilizou-se como metodologia a revisão bibliográfica, nas quais foram consultados artigos científicos, revistas eletrônicas e sítios da internet. Ao final foi possível concluir que a importância e a eficácia da criminalização da homofobia no Brasil pauta-se no prisma da garantia do respeito à dignidade humana. Somente através da criminalização da homofobia será possível resguardar a cidadania de pessoas que passam por situações de violência e discriminação no cotidiano social. Quando uma pessoa sofre práticas de homofobia, a mesma tem seus infringidos e assim, é essencial que o ordenamento jurídico puna as injustiças cometidas contra essas pessoas.

Palavras-chave: Criminalização. Homofobia. Identidade de Gênero.

INTRODUÇÃO

A orientação sexual e a identidade de gênero, apesar de ser um atributo da personalidade, ainda permanecem como um grande obstáculo no que diz respeito à plena realização dos direitos. O Brasil, apesar de possuir o maior número de pessoas participantes em paradas gays, como é o caso de São Paulo-SP, que possui em média 3,5 milhões de pessoas/ano, ainda é grande e forte os índices de violação dos direitos sociais e de violência provocados contra a orientação sexual e a identidade de gênero discordante ao sexo biológico (MASIERO, 2013).

Essas problemáticas são enquadradas como ato de discriminar, que é muito forte e presente na sociedade brasileira. A discriminação é algo que pode ser visualizada por vários aspectos, como é o caso da discriminação contra mulheres, judeus, pessoas negras, homossexuais, dentre outros. Essas classes, especialmente por serem consideradas minorias, sofrem, constantemente, com luta pelo simples ato do reconhecimento de igualdade (KESKE; MARCHINI, 2019).

³⁵Doutora em Ciências pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direito pela UNIMAR. Bacharel em Direito pela PUC/GO. Advogada e professora da Faculdade Serra do Carmo - FASEC. E-mail: prof.karinemota@fasec.edu.br

O que se tem observado constantemente no meio da sociedade brasileira é que a população LGBT tem sido violentada e marginalizada de todas as formas, e isso tem ocorrido unicamente por sua identidade sexual, ao qual é entendida como orientação sexual e identidade de gênero. É cada vez mais crescente a violação dos direitos, e, por consequência da integridade desta parcela da população, que está inserida em um contexto violento, remetendo-nos a uma eminente discussão sobre maneiras de se criminalizar a homofobia. A equiparação da discriminação sexual ao crime de racismo vem sendo discutida, pelo Supremo Tribunal Federal, desde o ano de 2019, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, conhecida como ADO 26, bem como através do Mandado de Junção n. 4733. Até essa decisão judicial, não existia legislação específica que criminalizasse a homofobia, o que deixava a comunidade LGBT sem proteção jurídica específica. Essa determinação valerá enquanto não for aprovada uma lei que criminalize a homofobia (CARDOSO, 2020).

O Brasil, no ano de 2020 teve pelo menos 175 assassinatos de pessoas trans, fato ocorrido com mulheres transsexuais e travestis, sendo que esses dados revelaram um aumento de 201% em relação ao ano de 2008, que contabilizou 58 assassinatos. Ressalta-se que o Brasil é um país, mundialmente, conhecido como líder de assassinatos de pessoas trans, onde essa posição é ocupada desde 2008, segundo dados internacionais da ONG *Transgender Europe* (TGEU) (BENEVIDES; NOGUEIRA, 2020). Desta maneira questiona-se: Qual o impacto positivo que a criminalização da homofobia traz para sociedade hoje? Como a criminalização da homofobia pode contribuir para minimizar a violência contra a pessoa trans?

Assim, este estudo tem como objetivo geral investigar eficácia e a importância de se criminalizar a homofobia no Brasil. Os objetivos específicos são: mostrar a importância de uma Lei própria no código penal; analisar as estatísticas de crimes causados por homofobia; descrever os amparos legais que legitimam a criminalização da homofobia no Brasil, o que inclui as disposições constitucionais e semelhança existentes com outros tipos penais. A metodologia utilizada pautou-se em pesquisas bibliográficas e documentais sendo que foram consultados artigos científicos, sítios da internet e revistas eletrônicas.

1. HOMOFOBIA

A homofobia é conceituada como um fenômeno que faz referência a um conjunto de comportamentos e emoções negativas de uma determinada pessoa ou grupo em relação às pessoas homossexuais. É um dispositivo de controle que reforça a ideia de neutralização da normalidade ligada a orientação heterossexual, que se manifesta nas relações sociais através de agressões físicas, verbais, psicológicas e sexuais. A homofobia está atrelada a sentimentos negativos e sintomas psicopatológicos que acabam provocando incomodo, medo, repúdio, ódio, tudo isso aliado a discriminação, preconceito e a violência contra travestis, gays, bissexuais, lésbicas, transexuais e transgêneros, ligando-se a relações de poder e gênero que estão presente em toda a sociedade (NATARELLI et al., 2015).

Keske e Marchini (2019) complementam que a homofobia é algo que também se enquadra no sentido clínico, uma vez que ocorre a associação da homofobia com

emoções e atitudes psicopatológicas determinadas, ligadas a emoções negativas (ódio, aversão, repulsa, medo), sendo que essas emoções podem estar relacionadas à apreensão da própria pessoa que é homofóbica ser também homossexual, ou ainda que alguém pense que ela seja. Este discurso acaba criando uma batalha, onde de um lado está aquelas pessoas que ainda conceituam a homossexualidade como doença e, do outro lado os que afastam essa condição afirmando que a doença seria a homofobia. Ressalta-se que entender a homofobia desta forma, poderia diminuir e simplificar as consequências, além de manter e fortalecer o preconceito.

Costa e Nardi (2015) destacam que a homofobia é utilizada para conceituar a discriminação e violência contra indivíduos que possuem orientação sexual inversa da heterossexual, sendo que isso acontece especialmente no Brasil. Para Perucchi et al., (2014) a homofobia é uma forma de discriminação que se assemelha com a xenofobia, o racismo e o antissemitismo, por considerar a outras pessoas, que no caso o/a transgêneros e os homossexuais, como uma pessoa desigual, anormal e inferior. A homofobia, como qualquer outra maneira de intolerância está atrelada a emoções condutas e dispositivos ideológicos e institucionais, que se configura em um método que reproduz e cria desigualdades que justifiquem a dominação e a exclusão de uns e outros.

A sociedade brasileira vive envolta de definições de padrões, onde os meios de comunicação em massa, a moda, e as redes sociais transmitem padrões que consideram que devem ser seguidos, e que, quando isso não acontece, acabam levando a repercussões e impactos negativos. Ao se falar em igualdade, defende-se a ideia de igualdade de direitos e deveres, sendo que para que isso aconteça em sua integralidade é essencial que ocorra a ruptura dos estereótipos estabelecidos. Ressalta-se que todos têm o direito a viver sua personalidade e/ou comportamento, uma vez que esse direito é uma premissa que já vem expressa na Constituição Federal, que estabelece que todos os cidadãos são livres para se expressar e ser feliz, sendo este o mínimo a ser alcançado por todas as pessoas que lutam e colaboram para que aconteça um mundo melhor, livre de pensamentos e ações homofóbicas (SANTOS, 2018).

2. CONSTITUIÇÃO FEDERAL E A HOMOFOBIA

A homofobia se mostra como uma ação hostil não somente contra os homossexuais, mas também atitudes negativas contra pessoas consideradas diferentes às estabelecidas pela norma sexual. O termo LGBT foi criado para generalizar a aversão às pessoas que possuem orientação sexual diversa, sendo que Ramos e Nicoli (2016) conceituam LGBT fobia como:

Termo utilizado para reunir vários tipos mais específicos de discriminação e violência contra pessoas (sigla usada para se referir a lésbicas, gays, bissexuais, transexuais e travestis). Deste modo, a LGBTfobia compreende a lesbofobia, a homofobia, a bifobia e a transfobia. A lesbofobia é a discriminação e violência contra mulheres lésbicas. A homofobia é a discriminação e violência contra homens gays (ou homossexuais). A bifobia dirige-se contra homens e mulheres bissexuais e a transfobia contra pessoas transexuais e travestis (RAMOS; NICOLI, 2016, p. 183).

Essas discriminações são ações que contrariam a dignidade da pessoa humana que está positivado no Art. 1º, III, da Constituição Federal. A dignidade pressupõe a democracia, a igualdade, a justiça social e a solidariedade humana, sendo que todas as pessoas possuem igual dignidade e merecem respeito. Quando se respeita a dignidade da pessoa humana, age-se de maneira respeitosa ao direito do outro (GORISCH, 2013).

Em todo o ordenamento jurídico brasileiro, o que inclui a Constituição Federal, preveem de forma clara os direitos e as garantias fundamentais do ser humano, o que inclui a orientação sexual, sem infringir o direito básico, uma vez que cada pessoa é responsável por suas ações e quando relaciona-se às relações pessoais, esta envolve somente a sua própria vida, não focando em outro aspecto social (ABRAAO; RODRIGUES, 2019).

O principal objetivo fundamental da Constituição Federal, é a criação de uma sociedade justa, livre e solidária, livre de preconceitos de qualquer ordem. Esse propósito ganha força junto aos direitos e garantias fundamentais, estabelecidos no Art. 5º, XLI, ao que determina que deve-se punir “qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais”. Dentro das liberdades fundamentais estão: a liberdade de gênero, sexual, identidade sexual, de orientação e prática sexual (BRASIL, 1988, p. *on line*).

Sabe-se que os direitos essenciais pautam-se em direitos e garantias do ser humano, sendo que a principal finalidade deste direito é o respeito à dignidade humana, com proteção das mínimas condições de crescimento e de vida do ser humano. Os direitos fundamentais possuem como finalidade garantir ao ser humano, o respeito à liberdade, à vida, à dignidade e à igualdade, para que o mesmo consiga desenvolver plenamente a sua personalidade. É uma proteção que deve ser reconhecida e garantida pelas leis nacionais e internacionais de forma positiva.

3. AMPAROS LEGAIS QUE LEGITIMAM A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL, COMO É O CASO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS E SEMELHANÇA EXISTENTES COM OUTROS TIPOS PENAIS

A Organização dos Estados Americanos (OEA) aprovou, no ano de 2008, a Resolução AG/RES 2435 que versa sobre os direitos humanos, identidade de gênero e orientação sexual, sendo que o Brasil foi o país que apresentou o projeto e foi aprovado por unanimidade. Nesta Resolução está estabelecido que deve-se estender as mesmas proteções dos direitos humanos à orientação sexual e a identidade de gênero. Em 2011, a Organização das Nações Unidas (ONU) editou a Resolução A/HRC/17/L.9, reafirmando os direitos LGBTI como direitos humanos e foi considerado um vitória para toda a população LGBTI (GORISCH, 2013).

No ano de 2014, foi editada, pela ONU, uma nova resolução, a Resolução A/HRC/27/L.27/Rev. 1 que expressa a preocupação com os atos de discriminação e violência contra os LGBTI, ao qual o Brasil novamente votou a favor e afirmou que os Estados devem trabalhar no sentido de combater essa forma de violência dos direitos humanos. A este respeito Medeiros apud Keske; Marchini (2019) aponta que:

[...] O impedimento discriminatório está previsto na Convenção Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos - Pacto de San José da Costa Rica (dos quais o Brasil é signatário), e, além disso, a ONU repudia interferência na vida privada de homossexuais adultos, por considerar afronta à dignidade humana e igualdade (MEDEIROS apud KESKE; MARCHINI, 2019, p. 47).

O autor destaca em sua colocação que a igualdade é um princípio fundamental garantido na Constituição Federal, mais especificamente no Art. 5, como direito fundamental. Silva e Bahia (2015, p. 1) destacam que “A proposição dos projetos de lei 4.242/04, 3.770/00, PL. 05/03 e 5.003/01, reunidos no PLC 122/2006, deu início ao debate sobre a criminalização da homofobia e transfobia”. O respectivo projeto de Lei foi apresentado, no ano de 2001, à Câmara dos Deputados pela então deputada Iara Bernardi do PT de SP, e aprovado no ano de 2006, seguindo para o Senado. É um projeto que buscou criminalizar os crimes cometidos contra pessoas devido sua identidade de gênero e sua orientação sexual, modificando a norma incriminadora da Lei 7.716/89, mais especificamente dos Arts. 1º, 3º, 4º, 8º e 20º, além do § 3º do Art. 140 do Código Penal. Porém esse projeto aguarda votação desde o ano de 2006 pelo Senado para aprovação ou não.

Apesar destes problemas, em 2019, mais especificamente em fevereiro, o STF iniciou o julgamento a respeito de infrações cometidas sobre a identidade de gênero e orientação sexual (conforme previsto no PCL 122/06), deveria ou não ser criminalizado. Foram duas ações que levaram esse debate ao STF, sendo o primeiro um Mandado de Injunção, realizado pela Associação Brasileira de Lésbicas, Gays Bissexuais, Travestis, Transgêneros e Intersexos (ABGLT) (Mandado de Injunção n. 4.733/2012), de relatoria do Ministro Edson Fachin. A segunda foi movida pelo Partido Popular Socialista (PPS) o ano de 2013, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO 26), sendo a mesma relatada pelo Ministro Celso de Mello (ABRAAO; RODRIGUES, 2019).

Essas ações buscam a equiparação das discriminações de gênero e sexo ao crime de racismo, susceptível de pena de reclusão de 1 a 5 anos, conforme estabelecido no Art. 5º da Constituição Federal, inciso XLI que afirma que “a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” (BRASIL, 1988) e no XLII que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988, p. *on line*).

As ações foram votadas por onze ministros, onde obteve-se aprovação do Plenário, por maioria, da ADO proposta pelo Ministro Celso de Mello, relator, elaborada em três pontos. O primeiro ponto prevê que o Congresso Nacional crie uma lei única para punir as condutas homo e transfóbicas, reais ou supostas, que estejam enquadradas nos crimes amparados na Lei 7.716/2018. A tese, no segundo ponto, prevê que a punição penal relacionada à prática da homofobia não chegue e nem restrinja o exercício da liberdade religiosa, com a ressalva de que as manifestações não representem exposições de ódio. O terceiro e último ponto, estabelece que o conceito de racismo vai além de aspectos unicamente biológicos ou de características, levando a privação da dignidade humana de pessoas vulneráveis (ABRAAO; RODRIGUES, 2019).

4. IMPORTÂNCIA E A EFICÁCIA DA CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOFOBIA NO BRASIL

Uma maneira de garantir o respeito à dignidade humana é criminalizando a homofobia. Quando se criminaliza a homofobia, consegue-se resguardar a cidadania de pessoas que são, muitas vezes, discriminados no cotidiano social, uma vez que a discriminação e o menosprezo são atos que menosprezam os indivíduos homossexuais. A criminalização da homofobia é algo essencial e urgente, pois é preciso deixar claro que todas as pessoas merecem respeito, não podendo admitir ações e julgamento que levem as pessoas homossexuais se sentirem desrespeitadas em seus direitos fundamentais, e por este motivo é essencial que o ordenamento jurídico puna as injustiças cometidas contra essas pessoas, por aqueles que, pelo simples fato de não tolerarem diferenças, agridem, desrespeitam, discriminam e até matam (PINTO, 2011).

Todo e qualquer ser humano deve sentir-se protegido pelo ordenamento jurídico, sendo esta uma maneira de garantir a dignidade a todos, uma vez que o ordenamento jurídico possui tutela para solucionar problemas que viole a dignidade da pessoa humana, e por consequência os princípios fundamentais. É dever do Estado controlar as situações que provocam exclusão ou violência à pessoa, pois somente assim é possível que se garanta o bem estar de forma igualitária, sempre preservando opiniões, formações e diferenças, e assim, garantir que todos os indivíduos tenham seus direitos preservados, direitos esses que são fundamentais para sua existência, uma vez que a dignidade humana é o maior bem que este possui (SILVA, 2020).

Um Estado se torna totalmente democrático quando consegue garantir que todas as pessoas estão amparados legalmente, onde seus direitos são preservados das divergências de opiniões. Ressalta-se que uma sociedade democrática deve ser compreensível e respeitar as diferenças, pois assim, haverá de fato um Estado soberano. Sabe-se que, mesmo criminalizando a homofobia, isso não irá acabar com o preconceito, porém irá garantir que qualquer descriminalização oriunda da orientação sexual do indivíduo seja configurada como um desrespeito à dignidade humana, uma vez que estará infringindo o princípio da dignidade da pessoa humana preconizado na Constituição Federal de 1988 (GORISCH, 2013).

Para embasar a criminalização deve-se ter como base a dignidade da pessoa humana, uma vez que é dever do Estado garantir que todas as pessoas tenham uma vida digna, sendo que ninguém conseguirá exercer sua dignidade se estiver ligado a pré-conceitos, fazendo com que a pessoa sinta-se menosprezada, através de atos de desrespeitos, insultos, agressões verbais e ou físicas. A lei deve acompanhar o desenvolvimento de toda a sociedade, para assim ter condições de garantir a proteção de todos os indivíduos (PINTO, 2011).

A este respeito, Dallari (2012) menciona que:

Todo ser humano tem o direito de ser reconhecido e tratado como pessoa. Não se respeita esse direito quando seres humanos sofrem violência de qualquer espécie, nascendo na miséria, sendo forçados a viver em situação degradante ou humilhante, ou sendo tratados com discriminação” (DALLARI, 2012, p.30).

O que foi mencionado pelo autor vem de encontro ao que está estabelecido na Constituição Federal, que preconiza que o direito à privacidade é algo primordial, onde a intimidade do ser humano é inviolável. Desta maneira, verifica-se que a Constituição Federal prevê a criminalização de atitudes que trazem sofrimento ou diminuição que afetem as liberdades fundamentais, garantindo que nenhum direito seja violado.

5. ESTATÍSTICAS DE CRIMES CAUSADOS POR HOMOFOBIA

Os crimes contra as pessoas homossexuais, geralmente, são praticados com requintes de extrema violência e crueldade. São atos que levam à exclusão, intolerância e violência, pondo em risco a vida de indivíduos que são dignos de respeito, enquanto indivíduos possuidores de direitos. Geralmente é no próprio lar que se inicia a discriminação contra gays, lésbicas, bissexuais, transexuais e travestis, sendo que o lar deveria ser o refúgio para os problemas e não o início deles (PINTO, 2011).

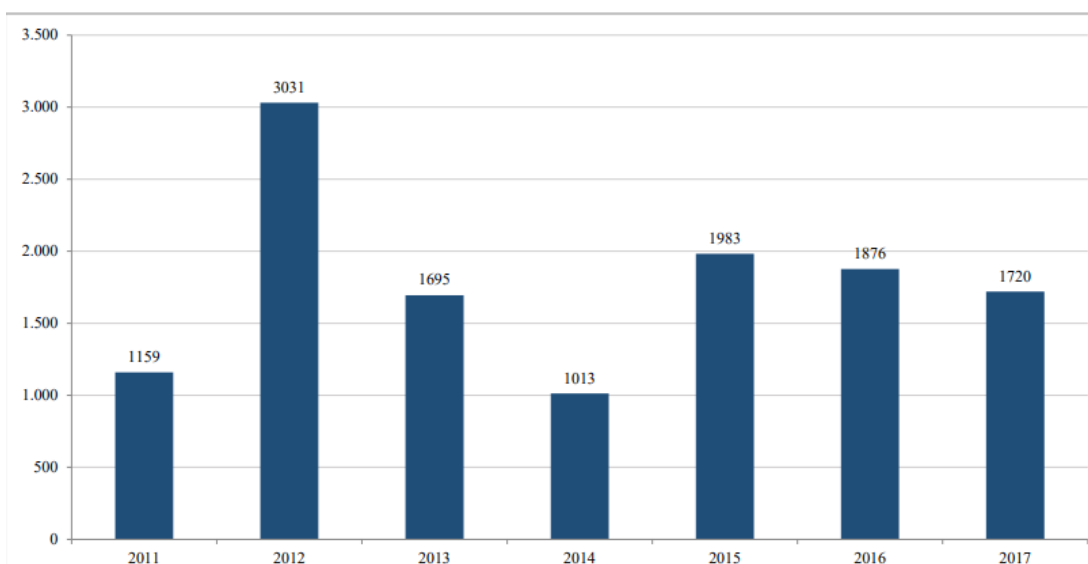
Sabe-se que a sociedade LGBTTT sofrem com a discriminação, tanto moral quanto física, que ofendem a dignidade daquelas pessoas que possuem orientação sexual diversa. É um preconceito que possui suas origens arraigadas em vários determinantes, como é o caso da não aceitação do outro pelo simples fato deste se considerar como uma pessoa homossexual. O ódio aos homossexuais também tem origem provinda de vários fatores, como é o caso de considerar que a pessoa homossexual possui valores que são contrários à suas crenças, relacionando-os a impureza e imoralidade (ABRAAO; RODRIGUES, 2019).

Percebe-se a homofobia traz para a sociedade vários problemas, como é o caso da violência física, sendo que esse problema tem se agravado nos últimos anos, e as deficiências de produção oficial dos dados estatísticos ainda existem deficiência de produção oficial dos dados estatísticos. Um exemplo é a falta de determinação da população LGBTI+, uma vez que o IBGE não faz descrição sobre essa população, o que inviabiliza a realização de cálculos sobre a prevalência da violência contra esse grupo social (NATARELLI et al., 2015).

O que tem contribuído para a realização de estatísticas sobre a violência cometida contra a sociedade LGBTI+ são dados provenientes dos relatórios do Grupo Gay da Bahia (GGB), que faz a busca pelo número de indivíduos assassinados por questões homofóbicas a mais de 39 anos. O levantamento realizado pelo GGB é feito com base em noticiários da imprensa, internet e outras informações compartilhadas. Outras bases que também tem contribuído para a realização de estatísticas sobre crimes cometidos contra pessoas LGBTI+ são as das denúncias provenientes do Disque 100 ao qual está relacionado ao Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), além dos dados do Sinan-Sistema de Informação de Agravos de Notificação do Ministério da Saúde (IPEA, 2019).

O IPEA, em seu Atlas da violência publicado em 2019, realizou a demonstração do número de denúncias de violência contra pessoas LGBTI+ no Brasil nos anos de 2011 a 2017, segundo registros do Disque 100 (Gráfico 1).

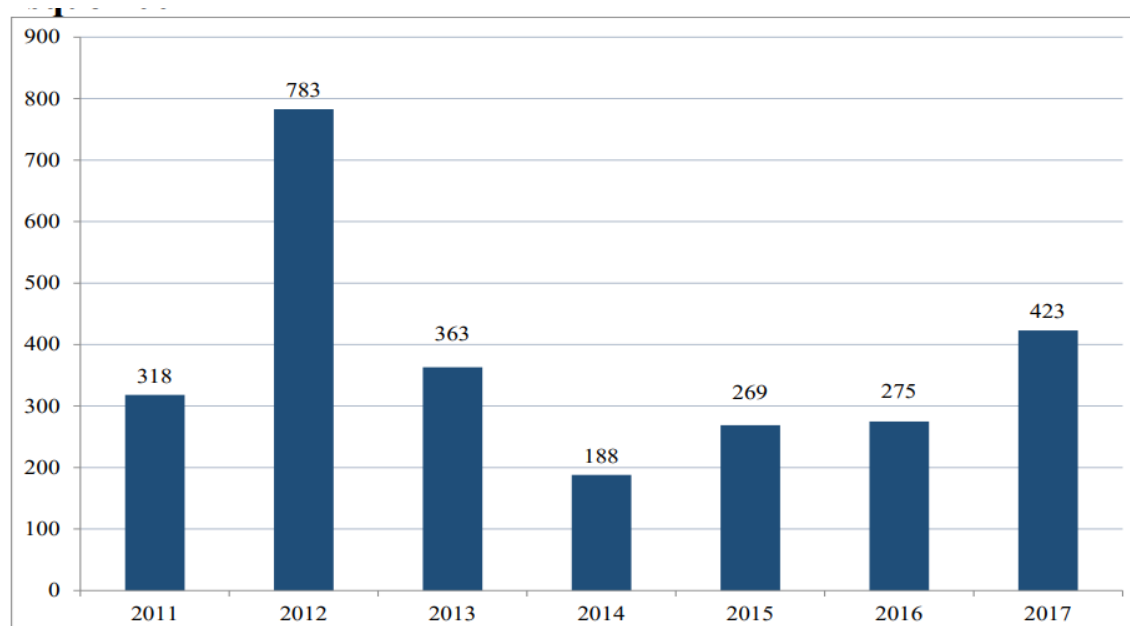
Gráfico 1: Descrição da quantidade de denúncias de violência contra pessoas LGBTI+ no Brasil nos anos de 2011 a 2017, segundo registros do Disque 100



FONTE: Ipea (2019)

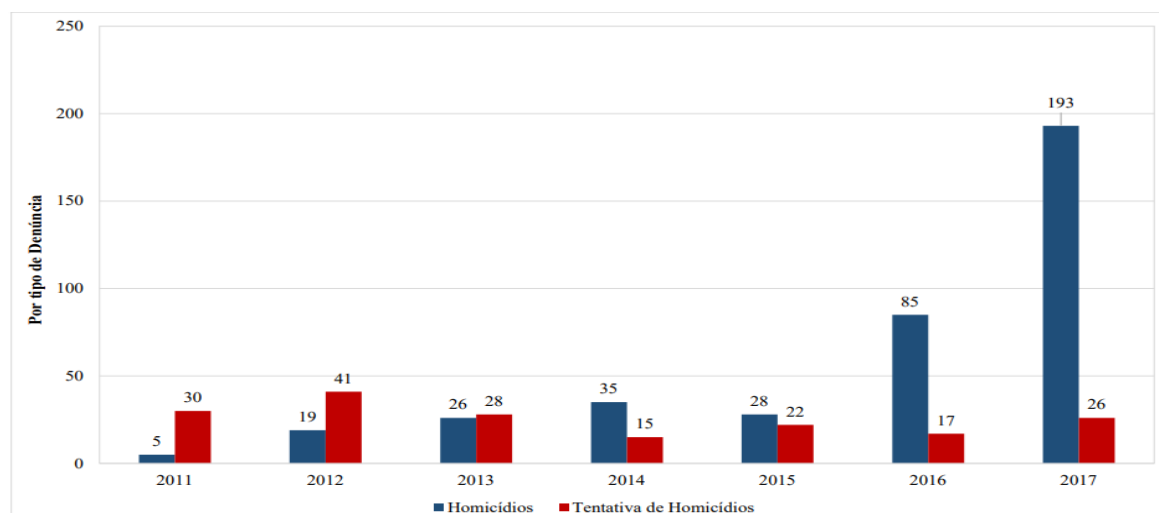
Ao se analisar o gráfico, percebe-se que o ano de 2012 foi o mais representativo na questão de denúncias de violência contra a população LGBTI+ e desde então a quantidade de casos tem oscilado. O número de denúncias também é demonstrado pelo Ipea, sendo estas denúncias de lesão corporal, homicídio e tentativa de homicídio no Brasil contra a sociedade LGBTI+ entre os anos de 2011 a 2017, conforme demonstra os gráficos 2 e 3.

Gráfico 2: Quantidade de denúncias de lesão corporal contra pessoas LGBTI+ no Brasil nos anos de 2011 a 2017, segundo registros do Disque 100



FONTE: Ipea (2019)

Gráfico 3: Número de denúncias de homicídio e tentativa de homicídio contra pessoas LGBTI+ no Brasil nos anos de 2011 a 2017, segundo registros do Disque 100



FONTE: Ipea (2019)

Os dados sobre as lesões corporais apresentados pelo Ipea (2019), contra a população LGBTI+, apresenta 423 registros no ano de 2017 contra 275 no ano de 2016, demonstrando um aumento considerável de um ano para outro. Em relação aos homicídios, o ano de 2017 é responsável pelo maior número de registros, com 193 assassinatos, sendo que em 2016 foram 85. Sobre esses dados, o Ipea (2019) destaca que essa diferença pode ser explicada devido a difusão do canal de denúncias.

O objetivo em apresentar esses dados é aumentar a noção da importância de se combater a violência sofrida pela população LGBTI+. Esses dados podem contribuir para estimular reflexões direcionadas à proteção e garantia dos direitos essenciais das pessoas LGBTI+. Feltrin (2021) destaca que as deficiências existentes no relatório são evidentes, especialmente quando se leva em consideração que a população LGBTI+ não é contemplada nos levantamentos do IBGE, bem como a carência de integração das identidades de gêneros nas declarações de óbito.

O autor ressalta, ainda, que existem, também subnotificações, uma vez que as várias violências contra os LGBTI+ no Brasil sequer são denunciadas. Desta maneira, é essencial identificar e conhecer os fatores que estão além dos números.

CONCLUSÃO

A importância e a eficácia da criminalização da homofobia no Brasil pauta-se no prisma da garantia do respeito à dignidade humana. Somente por meio da criminalização da homofobia se conseguirá resguardar a cidadania de indivíduos que sofrem com situações de violência e discriminação no cotidiano social. Quando uma pessoa sofre práticas de homofobia, a mesma tem seus direitos infringidos e por este motivo é importante que o ordenamento jurídico puna as injustiças cometidas contra essas pessoas.

Neste trabalho foi possível verificar que os fatores que criminalizam a homofobia no Brasil, está amparada resoluções e disposições constitucionais, como Resolução AG/RES 2435 que versa sobre os direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, sendo que o Brasil foi o país que apresentou o projeto e foi aprovado por unanimidade; Resolução A/HRC/17/L.9, reafirmando os direitos LGBTI como direitos humanos. No ano de 2014, foi editada, pela ONU, uma nova resolução, a Resolução A/HRC/27/L.27/Rev. 1 que expõe a preocupação com as ações de discriminação e violência contra os LGBTI, ao qual o Brasil novamente votou a favor reafirmando que os Estados devem sempre buscar por ações que combatam essa forma de violência dos direitos humanos; Constituição Federal que assegura o direito à igualdade como princípio fundamental estabelecido no Art. 5º; sugestão dos projetos de lei 4.242/04, 5.003/01, 3.770/00 e PL. 05/03, contidos no PLC 122/2006, que iniciou a discussão sobre a criminalização da homofobia e transfobia e pôr fim a Lei 7.716/2018.

Assim, é importante destacar que uma lei própria no código penal seria uma maneira de sanar o problema da homofobia, uma vez que, atualmente adota-se a medida de equiparar a homofobia ao crime de racismo, sendo que isso fez com que a ausência de uma lei específica sobre a criminalização da homofobia deixa-se de realizar um procedimento formal e material sobre a criminalização, o que pode estar contribuindo para o aumento das práticas de violência cometida contra as pessoas LGBTI+.

REFERÊNCIAS

ABRAAO, Fernanda; RODRIGUES, Lara. A criminalização da homofobia perante a luz do Supremo Tribunal Federal. **Jornal Eletrônico**. Faculdades Integradas Vianna Júnior.v.

11, n. 2, jul-dez, 2019. Disponível em: <https://jefvj.emnuvens.com.br/jefvj/article/view/716>. Acesso em: 20 Set. 2021

BRASIL. PRESIDENCIA DA REPÚBLICA. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 20 Set. 2021

CARDOSO, Lucas Aguiar. **A criminalização da homofobia à luz dos princípios constitucionais.** Monografia (Graduação em Direito)- Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS do Centro Universitário de Brasília - UniCEUB. Brasília-DF, 2020. Disponível em: <https://repositorio.uniceub.br/jspui/handle/prefix/14379>. Acesso em: 03 Jun. 2021

COSTA, Ângelo Brandelli; NARDI, Henrique Caetano. Homofobia e Preconceito contra Diversidade Sexual: Debate Conceitual. **Temas em Psicologia**, Vol. 23, nº 3, 715-726, 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/pdf/5137/513751492015.pdf>. Acesso em: 10 Jun. 2021

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania.** São Paulo: Moderna, 2012

GORISCH, Patrícia Cristina Vasques de Sousa. O reconhecimento dos direitos LGBT como direitos humanos. Dissertação (Mestrado em Direito Internacional)-Universidade Católica de Santos, Santos-SP, 2013. Disponível em: <http://biblioteca.unisantos.br:8181/bitstream/tede/1564/2/Patricia%20Cristina%20V.de%20S.%20Gorisch.pdf>. Acesso em 20 Set. 2021

IPEA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Atlas da violência 2019.** Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/downloads/6537-atlas2019.pdf>. Acesso em: 26 Out. 2021

KESKE, Henrique Alexandre Grazi; MARCHINI, Veronica Coutinho. A criminalização da homofobia no Brasil: análise jurisprudencial e doutrinária. **Revista Prâksis**, Novo Hamburgo, a. 16, n. 2, p. 34-56, mai./ago. 2019. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistapraksis/article/view/1761#:~:text=O%20objetivo%20central%20deste%20artigo,e%20o%20discurso%20de%20%C3%B3dio>. Acesso em: 03 Jun. 2021

MASIERO, Clara Moura. Sistema Penal & Violência. **Revista Eletrônica da Faculdade de Direito.** Programa de pós graduação em Ciências Criminais. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. Volume 5, Número 2, p. 171-186, julho/dezembro 2013. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/15243>. Acesso em: 03 Jun. 2021

NATARELLI, Taison Regis Penariol; BRAGA, Iara Falleiros; OLIVEIRA, Wanderlei Abadio; SILVA, Marta Angélica Iossi. O impacto da homofobia na saúde do adolescente. **Escola Anna Nery** 19(4) Out-Dez 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ean/a/r6XgDz4MBBZtTGjYDrK64bP/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 10 Jun. 2021

PERUCCHI, Juliana; BRANDÃO, Brune Coelho; VIEIRA, Hortênsia Isabela dos Santos. Aspectos psicossociais da homofobia intrafamiliar e saúde de jovens lésbicas e gays. **Estudos de Psicologia**, 19(1), janeiro a março/2014, 1-88. Disponível em: <http://repositorio.ufjf.br/jspui/bitstream/ufjf/7709/1/Aspectos%20psicossociais%20da%20homofobia%20intrafamiliar%20e%20sa%C3%BAde%20de%20jovens%20l%C3%A9sbicas%20e%20gays.pdf>. Acesso em: 10 Jun. 2021

PINTO, Ana Clara Costa. **A criminalização da homofobia à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Monografia (Graduação em Direito)-Universidade Presidente Antonio Carlos-UNIPAC, Barbacena, 2011. Disponível em: <https://silo.tips/download/a-criminalizacao-da-homofobia-a-luz-do-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana>. Acesso em: 26 Out. 2021

RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá. O que é LGBTfobia? In: RAMOS, Marcelo Maciel; NICOLI, Pedro Augusto Gravatá; BRÊNER, Paula Rocha Gouvêa. (Orgs.). **Gênero, sexualidade e direito: uma introdução**. Belo Horizonte: Initia Via, 2016, p. 183-192

SANTOS, Dara Laís Carneiro Rocha. **Homofobia nos presídios: a importância das alas reservadas para garantia da integridade dos detentos homossexuais, travestis e transexuais**. Monografia (Graduação em Direito) apresentada ao Centro Universitário Tabosa de Almeida – ASCES/UNITA, 2018. Disponível em: <http://200-98-146-54.clouduol.com.br/handle/123456789/1600>. Acesso em: 10 Jun. 2021

SILVA, Diogo Bacha; BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. STF deve reconhecer demora do Congresso em criminalizar homofobia. **Consultor Jurídico**. 05 de janeiro de 2015. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Alexandre-Gustavo-Melo-Franco-De-Moraes-Bahia/publication/270451294_STF_deve_reconhecer_demora_do_Congresso_em_criminalizar_homofobia/links/54aac5b90cf2ce2df668b9da/STF-deve-reconhecer-demora-do-Congresso-em-criminalizar-homofobia.pdf. Acesso em: 20 Set. 2021

SILVA, Jadarlene Vanessa Machado. A criminalização da homofobia como forma de proteção à dignidade humana. **Revista Humanidades e Inovação** v.7, n.19 – 2020. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/3809>. Acesso em: 26 Out. 2021

OS REFLEXOS DA COVID-19 NAS RELAÇÕES TRABALHISTAS

IVAN GABRIEL PARENTE VIANA:

Graduando do curso de Direito na Universidade de Gurupi – UnirG.

RESUMO: Em dezembro de 2019, identificou-se em Wuhan – China, uma doença infecciosa, denominada Coronavírus Disease (Covid-19), que com meses se tornou uma pandemia mundial, acarretando conseqüentemente, diversos problemas, em vários setores. Dentre todos os problemas gerados, o tema abordado, vem se tornando cada vez mais discutido por grande parte da nação, pois dentre medidas protetivas e restritivas, existiram diversos meios para que, de certa forma, a economia brasileira não fosse afetada, proporcionando medidas emergenciais para que, tanto o empregador, quanto empregado não fossem lesados pela crise. O presente estudo, traz em sua essência, o apontamento de diversos fatos, que, com as mudanças ao decorrer do tempo, se tornaram cada vez mais preocupantes, e, muitas vezes, revoltantes. Medidas emergenciais como: Lockdown, redução da jornada de trabalho, por determinação Federal, o que ocasionou a diminuição salarial em determinadas situações, demissões, antecipação de férias individuais, concessão de férias coletivas e o aproveitamento e antecipação de feriados. Usando como método de pesquisa, notas oficiais do ministério da saúde e medidas provisórias publicadas ao decorrer do tempo.

Palavras-chave: Pandemia. Covid-19. Empregador. Empregado. Medidas Provisórias.

ABSTRACT: In December 2019, an infectious disease was identified in Wuhan - China, called Coronavirus Disease (Covid-19), which within months became a global pandemic, causing, consequently, several problems in various sectors. Among all the problems generated, the topic addressed has been increasingly discussed by a large part of the nation, because among protective and restrictive measures, there were several ways so that, in a way, the Brazilian economy was not affected, providing emergency measures so that both the employer and jobs were not harmed by the crisis. The present study, brings in its essence, the indication of several facts, which, with the changes over time, becomes increasingly worrying, and often revolting. Emergency measures such as: blocking, reduction of working hours, by federal determination, which caused a reduction in wages in situations, layoffs, early individual vacations, granting collective vacations and the use and anticipation of holidays. Using as a research method, invoices from the Ministry of Health and provisional measures over time.

Keywords: Pandemic. Covid-19. Employer. Employee. Provisional Measures.

Sumário: Introdução - 1. Coronavírus Disease (COVID-19). 2. Medidas Provisórias Adotadas. 3. Medida Provisória N°927: 3.1 Teletrabalho e Banco de Horas; 3.2 A

Antecipação de Férias Individuais, Concessão das Férias Coletivas e o Aproveitamento e Antecipação dos Feriados; 3.3 Fundo de Garantia do Tempo de Serviço – FGTS; 4. Medida Provisória Nº 936: 4.1 Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda e Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; 4.2 A Redução Proporcional da Jornada de Trabalho e do Salário; 4.3 A Suspensão Temporária do Contrato de Trabalho. Considerações Finais. Referências.

INTRODUÇÃO

A doença que se tornou em poucos dias uma emergência de saúde pública, sendo identificada em dezembro de 2019 e tendo impacto mundial em janeiro de 2020, foi causa de diversos problemas em todos os setores, nos quais se viram afetados pela pandemia do novo coronavírus, sendo assim, todos os cidadãos tiveram que se adaptar, mudando diversos costumes e estilos de vida.

Segundo informações oferecidas pelo site oficial da Organização Pan-americana de Saúde (OPAS) e também pelo site da Organização Mundial de Saúde (OMS), os sintomas mais comuns da Covid-19 são: febre, cansaço e tosse seca, podendo surgir dores de cabeça, conjuntivite, congestão nasal, dor de garganta, perda do paladar, diarreia, perda de olfato, entre outros. Tais sintomas geralmente são os considerados leves. Já os sintomas mais graves são: falta de ar, perda do apetite, pressão constante ou dor persistente no peito, febre alta.

Foram dispostas também, diversas recomendações, entretanto, nem sempre foram atendidas pela população brasileira. Muitos casos levaram à própria morte ou de pessoas na qual conviveram, em decorrência a complicações da doença.

Afetando diretamente as relações jurídicas de direito privado, mais especificamente, nos contratos de trabalho, no qual forçou os empregadores e empregados a negociarem as modificações necessárias para a preservação do contrato. Por ser uma situação na qual surpreendeu a todos, gerou muitas incertezas.

A presente pesquisa visa buscar entender como a pandemia do coronavírus impactou nas empresas e conseqüentemente na economia, atingindo principalmente os trabalhadores, através das mudanças impostas pelas Medidas provisórias.

Medidas como a MP 927/20 e a MP 936/20, nas quais foram editadas com o intuito de resguardar a economia e saúde do povo brasileiro, mudando a rotina e amenizando a crise econômica em todo o país.

1 CORONAVÍRUS DISEASE (COVID-19)

Em Wuhan, província de Hubei, República Popular da China, foi descoberta a pneumonia de etiologia inicialmente desconhecida que foi revelada oficialmente à toda a população mundial em 31 de dezembro de 2019, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), tendo o vírus SARS-CoV-2 como agente etiológico, no qual hoje, se conhece como o novo coronavírus ou COVID-19.

O vírus se espalhou da China para todo o mundo, sendo considerado uma pandemia em 11 de março de 2020, promovendo colapso em diversos setores comerciais, industriais entre outros, porém, o principal, foi o sistema público de saúde de todos países, ocasionado pela constatação de diversos casos com desfecho significativo dos números de mortes.

De acordo com informações contidas no site oficial da Sociedade Brasileira de Análises Clínicas (SBAC), o método usado para obter o diagnóstico da COVID-19 é a detecção de ácido nucleico nas amostras de swab nasal e garganta ou pelas amostras do trato respiratório por PCR. O período médio de incubação é de cerca de 5 dias, variando de 1 a 14 dias sendo que, provavelmente, 95% dos pacientes apresentem sintomas dentro de 12 dias após o contato com o vírus. Aconselhou-se o isolamento social de 14 dias com observância médica, ou, no caso de pessoas que obtiveram contato, porém, não manifestaram qualquer sintoma, a efetuação do teste por PCR para a obtenção do resultado positivo ou negativo, para assim, poder sair ou permanecer no isolamento social.

Com base nas evidências, o objetivo do presente trabalho é descrever tópicos relevantes sobre as mudanças na esfera trabalhista, com o intuito de proporcionar ao leitor o entendimento de maneira simples sobre o que mudou ao decorrer da pandemia, através de exposições de como ficaram as relações trabalhistas a partir das principais medidas aplicadas.

2 MEDIDAS PROVISÓRIAS ADOTADAS

Ao decorrer dos meses, com o avanço pandêmico, fez-se necessário a edição de medidas para o combate, prevenção e, principalmente, a preservação econômica, amenizando a crise em todo o país. As medidas 927 e 936 trouxeram em seu enunciado, diversas providências cujo foram tomadas imediatamente, nas quais iremos tratar ao decorrer do presente artigo.

3 MEDIDA PROVISÓRIA Nº927

Publicada no dia 22 de março de 2020, trouxe em seu enunciado as primeiras e principais medidas a serem tomadas, medidas essas que, mudariam completamente a rotina de diversos cidadãos brasileiros, porém, com impacto maior no setor comercial, no

qual se viu na necessidade e obrigação de adotar tais medidas, o que na maioria das vezes dificultou a vida do empregador e/ou empregado.

Contudo, ela veio para que os empregos fossem preservados, em decorrência da instabilidade causada pela pandemia do novo Coronavírus. É importante saber que a Medida Provisória só tem vigência em época de calamidade pública, como reconhecido pelo decreto administrativo Nº 6 de 2020.

Conforme pudemos constatar na MP 927, a primeira mudança foi que o empregador e empregado puderam celebrar acordo individual escrito, no qual teve mais relevância sobre os demais documentos normativos, podendo ser legais ou negociais, porém, respeitando os limites da Constituição Federal.

Sobretudo, o empregador teve que fazer uso do Teletrabalho, antecipação de férias, concessão de férias coletivas, aproveitamento e antecipação de feriados, banco de horas, suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho, deferimento do recolhimento do fundo de garantia do tempo de serviço – FGTS, nos quais iremos analisar minuciosamente cada uma das medidas adotadas.

3.1 TELETRABALHO E BANCO DE HORAS

É importante ressaltar inicialmente que a MP 927 não criou a modalidade remota de prestação de serviços, a CLT já mantinha as regras para a sua adoção, então, visto a medida provisória, muitas empresas implementaram a modalidade do trabalho a distância, sendo efetuado fora das dependências do empregador, no qual se inclui o "home office".

Para que o empregador pudesse alterar o regime de trabalho, de presencial para teletrabalho, bastava a comunicação da mudança para empregado, sendo efetuada com antecedência de 48 horas, por escrito ou por meio eletrônico, sem a necessidade de acordo individual, coletivo ou mesmo o aditamento ao contrato de trabalho.

Com a publicação de tal medida, para o empregador poder adotar ou manter o "home office", que é como é chamado popularmente o trabalho em modalidade remota no Brasil, é necessário que o empregado aceite e que seja elaborado um termo aditivo referindo-se à alteração do regime presencial para o teletrabalho.

É importante ressaltar, por oportuno, que muitas discussões ocorreram em relação às horas extras prestadas à distância e as custas de quem ficou prestando os serviços fora das dependências do empregador.

A CLT já contemplava previsão a respeito das horas extras, deixando claro que não seriam devidas as horas suplementares no caso de impossibilidade de fiscalização e controle da jornada de trabalho por parte do empregador.

Já em relação às despesas da prestação de serviços em teletrabalho, a CLT também previa que a responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento de equipamentos tecnológicos bem como a infraestrutura necessária para a prestação de serviços na referida modalidade deveriam ser previstas em contrato escrito.

O banco de horas é um sistema de ajuste da jornada de trabalho, de modo a controlar a carga horária total, para equilibrar as horas devidas, ou as horas em haver, com as horas trabalhadas. Foi instaurada em 1998 com a lei 9.601. A dinâmica natural do banco de horas é que o trabalhador ultrapasse a jornada de trabalho e depois troque esse excedente por folgas ou horas extras.

Na MP 927/20, o prazo para a compensação se tornou maior, pois antes era de 6 meses ou 1 ano, e passou para 18 meses, sendo que a compensação dessas horas se iniciou somente a partir do dia 01/01/2020.

Se tais horas não fossem compensadas em 18 meses, o empregador poderia negociar um tempo maior ou realizar o desconto dos trabalhadores como última alternativa.

A Dra. Alexandra Cristina Cypriano, Advogada Trabalhista Sênior, em seu artigo “Coronavírus e os Impactos Trabalhistas, na pág. 61 nos adverte que:

[...] se a única opção for o desconto dos trabalhadores: (i) se forem trabalhadores com contrato de trabalho ativo, o ideal é que este desconto seja de forma **parcelada** para que não haja prejuízo ao trabalhador (trabalho sem remuneração em razão do desconto); (ii) se for em rescisão contratual, que este desconto seja feito com observância do limite legal para desconto [um salário do trabalhador em caso de rescisão contratual. (Cypriano, Alexandra Cristina, 2020, p. 61).

Após o dia 20/07/2020, passou a ser inadmitido o desconto no qual consiste em o banco de horas invertido, para as horas computadas.

3.2 A ANTECIPAÇÃO DE FÉRIAS INDIVIDUAIS, CONCESSÃO DAS FÉRIAS COLETIVAS E O APROVEITAMENTO E ANTECIPAÇÃO DOS FERIADOS

A MP 297 permitiu as férias fossem antecipadas, entretanto, ao decorrer das medidas, tal permissão perdeu o vigor e voltaram a valer outros acordos.

Férias são consideradas um descanso anual remunerado, segundo a legislação. As férias anuais são um direito e dever, pois caso tal trabalhador esteja

de férias, será impedido de prestar serviços a outro empregador, de acordo com o artigo 138 da CLT.

No que se refere as férias existem dois períodos, sendo eles aquisitivo e concessivo. Aquisitivo é o período no qual o empregado trabalha 12 meses, para ter direito ao período de descanso. A cada 12 meses o empregado tem tal direito. O período concessivo é sempre seguido de um período aquisitivo, conforme dispõe o art. 29 da CLT.

As férias não podem ter seu início no sábado, domingo, feriado ou dia de compensação de repouso semanal, conforme dispõe o Precedente Normativo nº 100 do TST.

Com a criação da MP 927, mesmo que o empregado ainda não tivesse atingido o mínimo do período aquisitivo, com a Medida, o empregador poderia dar a opção do empregado antecipar suas férias. Foram publicadas outras Medidas Provisórias nas quais estabeleceram mudanças nas relações trabalhistas, inclusive outra importante medida, foi a MP 936, de 1º de abril de 2020, recentemente convertida na Lei 14.020/2020, no qual trataremos posteriormente no presente trabalho.

Ainda se tratando da MP 927, o empregador poderia notificar o funcionário sobre o início e término de suas férias com 48 horas de antecedência, indicando o tempo de descanso a ser desfrutado pelo empregado, vejamos:

[...] Art. 6º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador informará ao empregado sobre a antecipação de suas férias com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, por escrito ou por meio eletrônico, com a indicação do período a ser gozado pelo empregado. (BRASIL. Medida Provisória 927, 2020).

A MP 927 não foi convertida em lei, portanto, voltaram a valer as normas trabalhistas, sendo novamente necessário que o empregador notifique o empregado com 30 dias de antecedência.

Além do mais, o empregador e empregado puderam negociar a antecipação de períodos de férias futuros, por acordo individual escrito. Aqueles trabalhadores no qual pertencem ao grupo de risco do coronavírus, tiveram prioridade para tirar férias. No dia 20 de julho de 2020, a Medida Provisória 927 perdeu a validade e voltaram a valer as regras da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Já em relação à concessão das férias coletivas, a Medida Provisória reduziu para 48 horas de antecedência o prazo de comunicação das férias coletivas. Porém, como a matéria

perdeu a validade, voltaram a ser necessários no mínimo 15 dias de antecedência entre os funcionários serem informados e o início do descanso coletivo.

A empresa, ao adotar férias coletivas, deveria comunicar o sindicato que representa os trabalhadores e o órgão local do Ministério da Economia com o mesmo prazo de antecedência. No caso das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte, não seria necessário informar o órgão estatal.

A previsão das férias individuais e coletivas estão presentes nos artigos 134 a 145 da Consolidação das Leis Trabalhistas. A Medida Provisória 927 alterou significativamente algumas previsões consolidadas, estando previstas nos 6º ao 12º, Capítulo III, enquanto perdurou o estado de calamidade pública.

A Medida Provisória instituiu que a concessão das férias coletivas ficaria a critério do empregador, mas para que isso ocorresse, o conjunto de empregados precisaria ser notificado com antecedência mínima de 48 horas:

[...] Art. 11. Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá, a seu critério, conceder férias coletivas e deverá notificar o conjunto de empregados afetados com antecedência de, no mínimo, quarenta e oito horas, não aplicáveis o limite máximo de períodos anuais e o limite mínimo de dias corridos previstos na Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943. (BRASIL. Medida Provisória 927, 2020).

Em seu artigo 13, a Medida Provisória nº 927/20 determinou que, durante o estado de calamidade pública, os empregadores poderiam antecipar os feriados não religiosos federais, estaduais, distritais e municipais, desde que fossem os empregados notificados por escrito ou por meio eletrônico, com antecedência de no mínimo, 48 horas, sendo que os feriados antecipados fossem constados expressamente da notificação, sendo necessária também a concordância do empregado, através da formalização mediante acordo individual escrito.

Segundo a Consultoria Americana em Recursos Humanos, Mercer (2014), “o Brasil é o sétimo país do mundo com mais feriados, sendo eles 12 feriados nacionais”.

Tais dados são utilizados até hoje para fins estatísticos, ou seja, a discussão sobre a possibilidade de antecipação dos feriados e o impacto que isso pode gerar na economia já vem sendo discutida a alguns anos, pois a produtividade de um país está ligada à quantidade de feriados que ele tem, ou seja, quanto maior o número de feriados, menor a produtividade, por tais motivos, o Brasil já colocou o tema em pauta em diversas oportunidades.

Em 1985, foi publicada a Lei nº 7.320, determinando a antecipação, para as segundas-feiras, dos feriados que caíssem nos demais dias da semana, ficando de fora somente os que ocorriam aos sábados e domingos, nos dias 1º de janeiro, 7 de setembro, 25 de dezembro, Sexta-Feira Santa e Corpus Christi. Sendo o mesmo revogado em 1990, no governo Collor, pela Lei nº 8.087.

Já em 2019, quase 35 anos depois, a Comissão de Educação, Cultura e Esporte aprovou um projeto de lei proposto pelo Senado, o PLS 389/16, contendo basicamente os mesmos termos previstos pela Lei nº 7.320/85.

A justificativa para a antecipação dos feriados nas três medidas é a mesma: minimizar os danos às empresas, aos trabalhadores e à arrecadação de tributos quando grande parte das atividades foi interrompida ou readaptada por decorrência do contágio e disseminação da covid-19.

3.3 FUNDO DE GARANTIA DO TEMPO DE SERVIÇO – FGTS

O artigo 19 da MP 927 dispõe que as empresas poderiam recolher o FGTS em outro momento economicamente mais oportuno, nos limites demonstrados pela medida, vejamos:

[...] Art. 19. Fica suspensa a exigibilidade do recolhimento do FGTS pelos empregadores, referente às competências de março, abril e maio de 2020, com vencimento em abril, maio e junho de 2020, respectivamente. (BRASIL. Medida Provisória 927, 2020).

Portanto, os empregadores puderam fazer uso dessa prerrogativa independentemente do número de empregados, da sua natureza jurídica, do regime de tributação ou do ramo de atividade econômica

As contribuições para o FGTS relativas às competências de março, abril e maio de 2020 puderam ser parceladas, sendo até seis parcelas mensais, sem a incidência da atualização, da multa e dos encargos previstos na Lei 8.036/90.

4 MEDIDA PROVISÓRIA Nº 936

Publicada no dia 1º de abril de 2020, a Medida Provisória 936 trouxe em seu enunciado três objetivos publicados durante o estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo Nº 6, sendo eles: preservar o emprego e a renda, garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais e reduzir os impactos sociais decorrentes das consequências do estado de calamidade pública de emergência da saúde pública.

Foram definidas como medidas do programa, o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários e a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Foi reconhecida também a garantia provisória no emprego ao empregado que recebeu o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, por consequência da redução da jornada de trabalho e salário ou mesmo pela suspensão temporária do contrato de trabalho.

Esteve previsto também que as medidas de redução de jornada de trabalho e salário ou a suspensão temporária de contrato de poderiam ser negociadas coletivamente. Estabeleceu também as hipóteses em que as medidas do programa seriam implementadas, sendo elas, por meio de acordo individual ou de negociação coletiva.

4.1 PROGRAMA EMERGENCIAL DE MANUTENÇÃO DO EMPREGO E RENDA E O BENEFÍCIO EMERGENCIAL DE PRESERVAÇÃO DO EMPREGO E DA RENDA

O Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e Renda, mais conhecido como "BEm", tem como objetivo mitigar os impactos econômicos da pandemia, esse benefício prevê a possibilidade de suspensão do contrato de trabalho ou redução salarial de até 70% através do pagamento do benefício emergencial, portanto, dispõe de medidas trabalhistas complementares para o enfrentamento do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus, vejamos:

[...] Art. 3º São medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda:

I - O pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda;

II - A redução proporcional de jornada de trabalho e de salários;

III - A suspensão temporária do contrato de trabalho. (BRASIL. Medida Provisória 936, 2020).

Sendo de competência do Ministério da Economia a administração de tal benefício, como podemos acompanhar:

[...] Art. 4º Compete ao Ministério da Economia coordenar, executar, monitorar e avaliar o Programa Emergencial de Manutenção do

Emprego e da Renda e editar normas complementares necessárias à sua execução. (BRASIL. Medida Provisória 936, 2020).

O Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda foi pago quando houve a redução da jornada ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, sendo pago mensalmente a partir da suspensão do contrato de trabalho ou do início da redução da jornada de trabalho e salário.

Foi planejado para durar somente enquanto percorria a suspensão temporária do contrato de trabalho ou a redução da jornada de trabalho e salário, devendo esta ser firmada por acordo, como já dito anteriormente.

O empregador teria que informar ao Ministério da Economia a redução da jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, em até dez dias a partir do acordo, sendo a primeira parcela do benefício paga em de trinta dias, contado da data do acordo, vejamos:

[...] Art. 5º Fica criado o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, a ser pago nas seguintes hipóteses:

I - o empregador informará ao Ministério da Economia a redução da jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho, no prazo de dez dias, contado da data da celebração do acordo; (BRASIL. Medida Provisória 936, 2020).

Caso os empregadores não informassem dentro do prazo, ficariam responsáveis pelo pagamento da remuneração no valor anterior ao acordo com o empregado, até mesmo encargos sociais, até que a informação fosse prestada, caso em que o Benefício Emergencial de Prevenção de Renda fosse fixado na data que foi efetivamente informado fora de prazo, se tornando válido pelo restante do período acordado entre as partes, sendo efetuado o pagamento em 30 dias após a comunicação, vejamos:

[...] Art. 5º Fica criado o Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda, a ser pago nas seguintes hipóteses:

III - o Benefício Emergencial será pago exclusivamente enquanto durar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho.

§ 3º Caso o empregador não preste a informação dentro do prazo previsto no inciso I do § 2º:

I - Ficará responsável pelo pagamento da remuneração no valor anterior à redução da jornada de trabalho e de salário ou da suspensão temporária do contrato de trabalho do empregado, inclusive dos respectivos encargos sociais, até a que informação seja prestada; (BRASIL. Medida Provisória 936, 2020).

4.2 A REDUÇÃO PROPORCIONAL DA JORNADA DE TRABALHO E DO SALÁRIO

A redução de jornada de trabalho e de salário na qual era acordada diretamente entre empresa e empregado, teve duração de no máximo de 90 dias, adotada em estado de emergência, pois o salário é irredutível em razão do princípio constitucional, salvo ajuste em negociação coletiva de trabalho.

O empregador deveria encaminhar proposta ao empregado com 48 horas de antecedência da data de início da redução, no qual tal acordo deverá ser formalizado entre as partes, sendo o valor do salário-hora de trabalho preservado.

Tal redução foi de 25%, 50% ou 70%, na qual a de 25% poderia ser ajustada com todos os empregados, já as outras, poderiam ser acordadas com empregados com salário igual ou inferior a R\$ 3.135,00 ou aqueles que possuem diploma em curso superior com salário superior a dois tetos da previdência, no qual hoje é R\$ 12.202,12. Já para os demais empregados, a redução deveria ser ajustada em convenção ou acordo coletivo de trabalho.

O empregado que teve ajustado a redução do salário, recebeu o benefício emergencial de preservação do emprego e da renda, sendo calculado com base no valor do seguro desemprego. Se a redução fosse por exemplo de 25%, o empregado receberia 25% do valor que perceberia a título de seguro desemprego.

4.3 A SUSPENSÃO TEMPORÁRIA DO CONTRATO DE TRABALHO

A MP 936/2020, estabeleceu além da redução de salário e jornada, a modalidade de suspensão do contrato de trabalho, porém, a Consolidação das Leis Trabalhistas já previa, em seu artigo 476-A, sendo a hipótese de suspensão conhecida como "lay-off". Vejamos o que dispõe o artigo 8º da MP 936/2020:

[...] Art. 8º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a suspensão temporária do contrato de trabalho de seus empregados, pelo prazo máximo de sessenta dias, que poderá ser fracionado em até dois períodos de trinta dias. (BRASIL. Medida Provisória 936, 2020).

Como já supracitado, a suspensão exige acordo individual escrito, encaminhado ao empregado sendo efetuado com no mínimo, 48 horas de antecedência, e posteriormente comunicado ao sindicato no prazo de 10 dias de celebração do acordo.

Como também citado no tópico anterior, o empregado teve o direito ao benefício emergencial, e tal benefício independe de qualquer período aquisitivo e não impede ou altera o valor do seguro-desemprego, pois o empregado tem direito, desde que cumpridos os requisitos do art. 5º da lei 7.998/1990 no momento de eventual dispensa, vejamos:

[...] § 1º Para fins de apuração do benefício, será considerada a média dos salários dos últimos 3 (três) meses anteriores à dispensa, devidamente convertidos em BTN pelo valor vigente nos respectivos meses trabalhados.

§ 2º O valor do benefício não poderá ser inferior ao valor do salário mínimo. (BRASIL. Medida Provisória 936, 2020).

A suspensão cessaria com o requerimento formal de retorno ao trabalho feito pelo empregador, ou sendo findado o período acordado, ou quando fosse decretado o término do período de calamidade. Finalizada a suspensão, o empregado retornaria ao trabalho em 48 horas, contadas da ocorrência de qualquer uma das hipóteses.

É importante ressaltar que durante o período de suspensão, não poderia haver prestação de serviços ao empregador. Caso comprovada a atividade laboral nesse período, o empregador responde pelo pagamento integral dos salários e encargos sociais, sujeitando-se às penalidades previstas na legislação e às sanções de norma coletiva, conforme dispõe o §4º do art. 8º da MP936, vejamos:

[...] § 4º Se durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho o empregado mantiver as atividades de trabalho, ainda que parcialmente, por meio de teletrabalho, trabalho remoto ou trabalho à distância, ficará descaracterizada a suspensão temporária do contrato de trabalho, e o empregador estará sujeito:

- I - ao pagamento imediato da remuneração e dos encargos sociais referentes a todo o período;
- II - às penalidades previstas na legislação em vigor; e
- III - às sanções previstas em convenção ou em acordo coletivo. (BRASIL. Medida Provisória 936, 2020).

É garantido o emprego pelo período da suspensão, acrescido de período equivalente após o restabelecimento do contrato para o empregado que tiver o contrato suspenso e gozar do Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda.

O requisito caracterizador da suspensão da Consolidação das Leis Trabalhistas é a obrigatoriedade do curso de qualificação profissional, o qual, durante o estado de calamidade pública, deve ser exclusivamente por meio telepresencial e terá duração mínima de um mês e máxima de três meses, conforme o artigo 17, I, da MP 936/2020, vejamos:

[...] Art. 17. Durante o estado de calamidade pública de que trata o art. 1º:

I - o curso ou o programa de qualificação profissional de que trata o art. 476-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1943, poderá ser oferecido pelo empregador exclusivamente na modalidade não presencial, e terá duração não inferior a um mês e nem superior a três meses. (BRASIL. Medida Provisória 936, 2020).

Durante o período de suspensão, uma bolsa de qualificação profissional, até o limite do teto do seguro desemprego foi custeada pelo Fundo de Amparo ao Trabalhador, no qual está regulado no artigo 19, inciso V, da lei 7.998/90, e na resolução 591/09 do Conselho Deliberativo do Fundo de Amparo ao Trabalhador:

[...] Art. 19. Compete ao Codefat gerir o FAT e deliberar sobre as seguintes matérias:

V - propor o aperfeiçoamento da legislação relativa ao seguro-desemprego e ao abono salarial e regulamentar os dispositivos desta Lei no âmbito de sua competência; (BRASIL. Medida Provisória 936, 2020).

Haveria o cancelamento do benefício no fim da suspensão contratual e retorno ao trabalho, ou quando comprovada a falsidade na prestação de informações necessárias à habilitação, por comprovação de fraude visando e por morte do beneficiário.

Caso o empregado fosse dispensado durante a suspensão ou nos 3 meses após o seu retorno, o empregador deveria arcar com as indenizações, a multa estabelecida na norma coletiva, com valor de no mínimo 100% do valor do último salário anterior à suspensão do contrato.

Ambas as possibilidades de suspensão do contrato de trabalho aqui detalhadas tiveram o mesmo objetivo: diminuir custos e preservar empregos, no qual coube ao empregador avaliar os prós e contras de cada modalidade, podendo optar pela alternativa que melhor se atenderia à sua realidade, tendo por base as particularidades de seu negócio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fechamento temporário de diversos estabelecimentos por tempo indeterminado pode torna-los não lucrativos ou insustentáveis. Os reflexos da COVID-19 atingiram diversos setores, passamos por grandes desafios em todas as áreas sociais, trabalhistas, entre outros. O isolamento social afetou diretamente nas relações trabalhistas. Foi necessário o planejamento de riscos ao escolher as medidas que foram tomadas, pois seria um desafio trabalhar com as alterações que as duas medidas provisórias editadas pelo governo trouxeram, como forma de prevenção contra o desemprego e preservação do emprego e renda, todas as medidas de flexibilização e reajustes tiveram o objetivo manter o emprego e renda de milhares de trabalhadores, diante do momento que vivenciamos.

O artigo 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, dispõe que “nenhum interesse de classe ou particular deve prevalecer sobre o interesse público”, que nos faz pensar que neste momento de crise, devemos deixar em segundo plano o lucro e pensar mais nos direitos solidários- difusos, coletivos e individuais homogêneos, sendo dentre eles o direito à vida, ao meio ambiente e à saúde, não apenas hoje, como também para o futuro.

Por fim, é importante ressaltar o grande avanço nas taxas de vacinação e crescente queda no número de mortes ou mesmo infectados pelo Corona Vírus, finalmente nos vemos próximos da normalidade, deixando no passado essa fase difícil na vida de todos.

REFERÊNCIAS

ANDRIOTTI, JULIANA. **“Facilitando a medida provisória 927/2020 e não ter mais dúvidas sobre ela”**, de 27 de março de 2020. Disponível em: <https://blog.maxieduca.com.br/medida-provisoria-927-2020/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=cursos&gclid=CjwKCAjw_p_GJBhBmEiwALWBQk2apSURfnsvfFABuZkW0aIp1581tKhR4ZZ50qTPO_Ra_MGPD4VpGFxoCVSoQAvD_BwE>. Acesso em: 11 set. 2021.

ANDRIOTTI, JULIANA. **“Saiba tudo sobre a medida provisória 936 de 2020 que cria o programa emergencial do emprego e renda”**, de 07 de abril de 2020. Disponível em: <https://blog.maxieduca.com.br/medida-provisoria-936-de-2020/?utm_source=google&utm_medium=cpc&utm_campaign=cursos&gclid=CjwKCAjw>

[p_GJBhBmEiwALWBQk-SSwydbIcQyvPzz7WVpPcdwTGo4KGtxxx104Dlo1ibI8TVSYn-ryhoCMb8QAvD_BwE](https://www.gubnet.com.br/contedo/104Dlo1ibI8TVSYn-ryhoCMb8QAvD_BwE)>. Acesso em: 12 set. 2021.

ASSIS BRITO VAZ, FRANCISCO. "**O programa emergencial de manutenção do emprego e da renda e as novidades decorrentes da nova lei**", de 27 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/331181/o-programa-emergencial-de-manutencao-do-emprego-e-da-renda-e-as-novidades-decorrentes-da-nova-lei>>. Acesso em: 13 out. 2021.

BATISTA, RAFAEL. "**Países com mais feriados no mundo**"; *Brasil Escola*. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/curiosidades/paises-com-mais-feriados-no-mundo.htm>>. Acesso em: 03 nov. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.998**, de 11 de janeiro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7998.htm>. Acesso em: 18 out. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 927**, de 22 de março de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm>. Acesso em: 13 set. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 936**, de 1 de abril de 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm>. Acesso em: 25 set. 2021.

CALCINI, RICARDO. "**Breve análise da suspensão do contrato de trabalho**", de 17 de abril de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/depeso/324963/breve-analise-da-suspensao-temporaria-do-contrato-de-trabalho>>. Acesso em: 24 out. 2021.

CALCINI, RICARDO. "**Consequências trabalhistas com o fim da MP917**", de 24 de julho de 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhatrabalista/331143/consequencias-trabalhistas-com-o-fim-da-mp-927>>. Acesso em: 30 set. 2021.

FACHINI, THIAGO. "**Nova lei trabalhista: entenda as mudanças**". Disponível em: <<https://www.projuris.com.br/nova-lei-trabalhista/>> acesso em 30/08/2021, às 20:22.

MARCHI, CAROLINE E PELLEGRINO, FERNANDA. MP927/20: alterações de feriados federais, estaduais e municipais, de 26 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/trabalhista->

[ij/mp-927-20-alteracoes-de-feriados-federais-estaduais-e-municipais](#)>. Acesso em: 07 out. 2021.

NAZARIO STUCHI, VICTOR HUGO. “**Medida Provisória nº 936/2020: Instituição do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda**”, de 06 de abril de 2020. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2020/04/06/medida-provisoria-936-entenda/>>. Acesso em: 27 set. 2021.

OBINO, FLÁVIO. “**CARTILHA - MP 936/20 (REDUÇÃO DA JORNADA E DOS SALÁRIOS E SUSPENSÃO DO CONTRATO DE TRABALHO)**”. de 02 abril de 2020. Disponível em: <<https://fecomercio-rs.org.br/wp-content/uploads/2020/04/CARTILHA-MP-936-2020-Redu%C3%A7%C3%A3o-da-Jornada-e-dos-Sal%C3%A1rios-e-suspens%C3%A3o-do-Contrato-de-Trabalho-02.04.2020.pdf>>. Acesso em: 18 out. 2021.

SANTOS, ANANDA. “**Férias antecipadas: entenda o que era permitido com a MP927 e o que voltou a valer**”, de 4 de agosto de 2020. Disponível em: <<https://www.contabeis.com.br/noticias/44015/ferias-antecipadas-entenda-o-que-era-permitido-com-a-mp-927-e-o-que-voltou-a-valer/>>. Acesso em: 01 out. 2021.

SOCIEDADE BRASILEIRA DE ANÁLISES CLÍNICAS (SBAC). “**Métodos Laboratoriais para Diagnóstico da Covid-19**”, de 25 de março de 2020. Disponível em: <<https://www.sbac.org.br/blog/2020/03/25/metodos-laboratoriais-para-diagnostico-da-covid-19/>>. Acesso em: 10 set. 2021.

VASCONSELOS, ESTHER. “**Banco de horas: quais são as atuais regras e como fica o ajuste realizado na pandemia**”, de 15 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.jornalcontabil.com.br/banco-de-horas-quais-sao-as-atuais-regras-e-como-fica-o-ajuste-realizado-na-pandemia/>>. Acesso em: 13/10/2021.

A REDUÇÃO SALARIAL FRENTE À PANDEMIA DO COVID-19

LAURA MENEZES SURETTE DUTRA:

Bacharelada em Direito pelo Centro
Universitário Una - Betim.

SAMANTHA PAOLA RIBEIRO NETO

(coautora)

LUCAS CAMPOS DE ANDRADE SILVA

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho visa demonstrar os efeitos que a pandemia do COVID-19 gerou nas relações empregatícias, com ênfase nos impactos negativos gerados nestas relações, perpassando pela análise do poder empregatício enquanto poder diretivo em face dos trabalhadores. O estudo perpassa sobre traços conceituais, com reflexões sobre os impactos e por fim, trata da necessidade de coibir os abusos existentes do poder mencionado face à realidade sem regras das consequências geradas pela pandemia, que vai do teletrabalho a negligência em âmbito trabalhista neste momento pandêmico. O mote principal deste trabalho de conclusão de curso é analisar, sem pretensões de esgotar o tema, os impactos da redução salarial durante o período da pandemia, tendo como base a criação da Lei Federal nº 14.020/2020 oriunda da Medida Provisória de nº 936. Destarte, com o fito de analisar referidos assuntos, imprescindível uma análise evolutiva e doutrinária sobre o tema, a fim de despertar uma reflexão aguçada, partindo do viés do princípio constitucional da irredutibilidade salarial, intimamente ligada ao espectro do Direito do Trabalho, a fim de propor uma reanálise para erradicar, ou ao menos, minimizar os impactos para o empregado e o empregador.

Palavras-Chave: Redução salarial, COVID-19, Impactos da redução, Irredutibilidade Salarial, relações trabalhistas na pandemia.

ABSTRACT: The present work aims to demonstrate the effects that the COVID-19 pandemic generated in employment relationships, with an emphasis on the negative impacts generated in these relationships, passing through the analysis of employment power as a directive power in the face of workers. The study permeates conceptual traits, with reflections on the impacts and, finally, deals with the need to curb the existing abuses of power mentioned in the face of the reality without rules of the consequences generated by the pandemic, which ranges from teleworking to negligence in the labor context in this pandemic moment. The main motto of this course completion work is to analyze, without pretensions to exhausting the topic, the impacts of salary reductions during the pandemic period, based on the creation of Federal Law No. 14.020/2020 arising from Provisional Measure No. 936. Thus, in order to analyze these matters, an evolutionary and doctrinal analysis on the subject is essential, in order to awaken a keen reflection, based on the constitutional principle of wage irreducibility, closely linked to the spectrum of Labor Law,

in order to propose a re-analysis to eradicate, or at least minimize the impacts for the employee and the employer.

Keywords: Wage reduction, COVID-19, Impacts of reduction, Wage irreducibility, labor relations in the pandemic.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A Previsão de Redução Salarial na Lei 14.020/20. 3. Redução de Salário Frente à Pandemia. 4. Princípio Constitucional da Irredutibilidade Salarial. 5. Redução Salarial Sem a Participação de Entidade Sindical. 6. Da Constitucionalidade da Redução Salarial na Lei 14.020/20. 7. Considerações Finais. 8. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A eclosão da denominada 2019-nCov ou COVID-19 (Doença por Coronavírus 2019) levou os líderes mundiais a tomarem medidas drásticas para o controle e o combate à proliferação do vírus. A pandemia tornou-se, então, uma emergência de saúde pública mundial, de vigilância epidemiológica e, sobretudo, de programação de políticas públicas que reduzissem os danos causados pelo vírus em todas as esferas sociais (RAFAEL et al., 2020).

Em 07 de fevereiro de 2020, foi sancionada a primeira lei no Brasil desde que declarada oficialmente a pandemia. A Lei nº 13.979/2020 trouxe as primeiras medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional (BRASIL, 2020c). Entre estas, está à previsão do isolamento social e da quarentena.

O ano de 2020 foi o marco do ápice da pandemia do novo coronavírus, trazendo junto de si a insegurança econômica de um País inteiro, empregados e empresários foram profundamente afetados pela nova conjuntura financeira e laborativa. O alto risco de propagação do vírus levou o governo a decretar o afastamento social, reduzindo assim o funcionamento de certos estabelecimentos e determinando o fechamento de outros. Diversos estabelecimentos encerraram suas atividades, enquanto outros, para evitar tal situação, acabaram desligando vários colaboradores, suspendendo o contrato de trabalho, ou reduzindo sua carga horária, com as novas medidas adotada muitas empresas viram seus negócios sem condições de prosseguir então se viram forçadas a adotar ao modo de trabalho conhecido como "home Office" para que pudessem continuar suas operações sem maiores prejuízos.

Como consequência do isolamento social e da quarentena, houve a necessidade de regulamentar como ocorreria a continuação dos contratos de trabalho, uma vez que aqueles em isolamento ou em quarentena não poderiam deixar suas casas para a prestação dos serviços, como também seria inviável expor todos os trabalhadores a um alto índice de contaminação. Sendo assim, a princípio, seria impossível manter as atividades em

funcionamento, ademais a manutenção desses empregos. Com isso, houve a edição de inúmeras MPs com a intenção de salvaguardar as relações de emprego, fato que influenciou diretamente no Direito do Trabalho, na economia, na saúde e na vida.

A Medida Provisória nº 936 trata sobre o Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda (art. 2º) com alguns objetivos específicos, quais sejam: preservar o emprego e a renda; garantir a continuidade das atividades laborais e empresariais; e reduzir o impacto social decorrente das consequências do estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública. Para a implementação deste programa com a finalidade de preservar os objetivos citados, foram criadas medidas para garanti-los (art. 3º), quais sejam: o pagamento de Benefício Emergencial de Preservação do Emprego e da Renda; a redução proporcional de jornada de trabalho e de salários e a suspensão temporária do contrato de trabalho.

Dito isso, durante o estado de calamidade pública, o empregador pôde acordar com o empregado uma redução proporcional da jornada e do salário por até 90 (noventa) dias desde que fosse preservado o valor do salário-hora do empregado, bem como havia a possibilidade de suspender temporariamente o contrato de trabalho dos empregados por um prazo de até 60 (sessenta) dias.

Essas medidas possuem caráter excepcional, sendo aplicáveis, portanto, exclusivamente, no contexto da pandemia do novo coronavírus, isto é, apenas enquanto durar o já mencionado estado de calamidade pública e de emergência de saúde pública. Entretanto, suas consequências para o Direito do Trabalho podem ser bastante significativas e ter impactos ao longo de muitos anos, de maneira que será necessário um olhar amplo sobre a temática, com intuito de analisar as áreas afetadas pela redução e quais medidas foram tomadas de amplo espectro para os trabalhadores brasileiros.

2. A PREVISÃO DE REDUÇÃO SALARIAL NA LEI 14.020/20

Com a chegada do novo coronavírus (COVID – 19) no Brasil e na tentativa de evitar a falência das empresas, mas ao mesmo tempo evitar afetar a renda de trabalhadores, foi promulgada a Lei Federal nº 14.020/2020, decorrente da Medida Provisória (MP) nº 936/2020. Segundo Nicolau (2020), referida lei prevê a redução de jornadas de trabalho e salários, no prazo de 90 (noventa) dias, podendo ser prorrogado por decreto do poder executivo, mas para que isso ocorra deve-se preservar o valor do salário-hora de trabalho, através de acordo, convenção coletiva ou acordo individual.

Durante a suspensão temporária do contrato laboral, o empregado permanece a fazer jus a todos os benefícios concedidos pelo empregador aos seus empregados e, ficará autorizado a contribuir para o Regime Geral da Previdência Social na qualidade de segurado facultativo, na forma prevista pelo artigo 20 da Lei 14.020/2020.

A fim de adequar a legislação às novas relações trabalhistas, a Lei nº 13.467/2017, tal qual a Lei nº 14.020/2020, mudou, de forma inovadora, o cenário trabalhista, pois garantiu às convenções, aos acordos coletivos e aos ajustes individuais o poder de afastar inúmeras vantagens trabalhistas.

O restabelecimento do contrato laboral ocorrerá no prazo de dois dias corridos, contados da cessação do estado de calamidade pública; da data fixada com termo de encerramento do período de suspensão pactuado, ou da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sua decisão de antecipar o fim do período de suspensão pactuado. Se durante a suspensão temporária do contrato laboral, o empregado mantiver as atividades laborais, ainda que parcialmente, seja por meio do teletrabalho, trabalho remoto ou à distância, restará descaracterizada a suspensão temporária do contrato de trabalho e, o empregador estará sujeito ao pagamento imediato da remuneração e dos encargos sociais e trabalhistas referentes a todo o período; às penalidades previstas na legislação em vigor; e às sanções previstas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho. (PLANALTO, 2020, s.p)

A empresa empregadora que tiver auferido, no ano-calendário de 2019, a receita bruta superior a R\$ 4.800 000,00 (quatro milhões e oitocentos mil reais) somente poderá suspender o contrato laboral de seus empregados mediante o pagamento de ajuda compensatória mensal correspondente ao valor de trinta por cento do valor do salário do empregado, durante o período de suspensão temporária do contrato de trabalho pactuado. (PLANALTO, 2020, s.p)

Com a pandemia da COVID-19, a discussão sobre a legalidade e constitucionalidade da matéria popularizou-se. A MP nº 927/2020 priorizava os acordos individuais sobre os coletivos. Posteriormente, a MP 936/2020, convertida na Lei nº 14.020/2020, trouxe a previsão de redução dos salários em três patamares: 25%, 50% ou 70%, proporcionalmente à jornada de trabalho, sem a atuação dos sindicatos (BRASIL, 2020e). As medidas inovadoras propostas pelo Governo Federal acirraram, ainda mais, o debate, gerando insegurança jurídica. A flexibilização trazida pelas medidas gerou questionamentos quanto à sua constitucionalidade, o que será tratado ao decorrer deste trabalho.

As medidas emergenciais de apoio a preservação do emprego foram de suma importância, medidas essas que representaram não só a garantia e manutenção do emprego, renda e estrutura familiar, como a sobrevivência de muitas empresas em meio à crise.

3. REDUÇÃO DE SALÁRIO FRENTE À PANDEMIA

Conforme dispõe o Art. 442 da CLT, o contrato de trabalho é definido como o “acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego”. Diante disso, temos a

incidência de um princípio determinante no ordenamento jurídico para que os contratos de trabalho, sejam regidos para vislumbrar continuamente a manutenção do emprego e a preservação das obrigações recíprocas entre empregado e empregador.

Valendo-se do pensamento do nobre doutrinador Sérgio Pinto Martins:

“[...] presume-se que o contrato de trabalho terá validade por tempo indeterminado, ou seja, haverá a continuidade da relação de emprego. A exceção à regra são os contratos por prazo determinado, inclusive o contrato de trabalho temporário. A ideia geral é a de que se deve preservar o contrato de trabalho do trabalhador com a empresa, proibindo-se, por exemplo, uma sucessão de contratos de trabalho por prazo determinado” (MARTINS, 2014, p.74).

O entendimento acerca do pensamento do doutrinador estende-se sobre o Princípio da Continuidade da relação de emprego, caracterizado pela preservação do contrato de trabalho e a garantia ao empregado da segurança e a estabilidade do vínculo empregatício. Diante disso foi implementado pelo Governo Federal uma série de medidas trabalhistas a serem adotadas, primeiramente com a publicação da MP nº 927, permitindo uma flexibilização nos tópicos de antecipação de férias, a suspensão do contrato, o aproveitamento de feriados e a aplicação do banco de horas especial (PLANALTO,2020). A publicação da MP nº 936 rege a redução proporcional da jornada, salário e a suspensão temporária do contrato de trabalho, juntamente do Governo arcando com a sua cota parte (PLANALTO,2020).

A MP 936 (1 de abril de 2020) adotou a técnica de preservação do contrato de trabalho conhecida por redução de jornada, atrelada proporcionalmente à redução de salário. Não previu hipóteses de redução descasada entre salário e jornada, que às vezes são encontradas em negociações coletivas como forma de contrapartida. Lidou com 3 faixas de redução: 25%, 50% e 70%. No entanto quase todas as medidas foram revestidas da formalidade do acordo escrito entre empregado e empregador, sabemos que se tratava de simples manifestação do poder diretivo do empregador, haja vista a capacidade de resistência aniquilada pela pandemia.

Por tais razões, a publicação da Lei nº 14.020/2020 do dia 07 de julho de 2020, veio a manter os critérios de elaboração dos acordos escritos, individuais ou coletivos, com a principal novidade dos limites salariais da redução para a realização dos acordos individuais.

Cabe ainda apontar, que uma das novidades da conversão da lei trata-se da flexibilização em realizar acordos individuais entre empregador e empregado, para os que recebam até dois salários-mínimos (R\$ 2.090,00), mantendo-se a regra anterior para as

demais empresas (limite de três salários-mínimos – R\$ 3.135,00), ou seja, mediante acordo coletivo, a não ser que a redução seja de apenas 25%, podendo ainda ser feito de maneira individual também (RODRIGUES, 2020).

4. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

Um dos princípios doutrinadores e basilares da relação empregatícia, uma vez que a Constituição Federal, promove a igualdade das partes e a segurança do empregado quanto aos poderes do empregador. Magno Teresa (2021) cita Zanella Di Pietro (2012) que o princípio da irredutibilidade salarial, trata-se de direito fundamental que não pode ser desrespeitado pelo poder constituinte derivado, portanto, é princípio geral de direito que ferido, desrespeita a segurança jurídica. O princípio da irredutibilidade salarial, presente em texto constitucional, como Direitos básicos do empregado, foi colocado a prova em meio a pandemia do COVID-19, haja vista que, para superar as adversidades presentes a situação eminente, diversos empresários, empregadores, tiveram de reduzir o salário de seus colaboradores, almejando a recuperação perante o problema que se instaurou no ano de 2020.

É indiscutível a importância do princípio, entretanto, se tratando da situação em que empregadores e a classe trabalhadora tiveram de suportar durante a pandemia, a redução salarial foi a única opção que restou? Foram feitas medidas legais, em referência ao comportamento dos empregadores, quanto a supressão do salário?

Pois bem, a Constituição como Lei maior e a CLT como norma específica protege a irredutibilidade salarial em seu artigo 7º, VI, da CF e cumulado com o artigo 468, da CLT, em que dispõe que:

7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI - Irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo."

"468º Nos contratos individuais de trabalho só é lícita a alteração das respectivas condições por mútuo consentimento, e ainda assim desde que não resultem, direta ou indiretamente, prejuízos ao empregado, sob pena de nulidade da cláusula infringente desta garantia."

(BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Regulamenta o artigo 7º, Inciso VI, Dos Direitos Sociais, e dos Direitos dos trabalhadores. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.
Acesso 05 nov. 2021)

Tendo em vista que só é lícito a redução salarial com matéria de discussão em Convenção, ou acordo coletivo, que não resulte em prejuízos ao empregado, outrossim tal norma tem como intenção a de proteção individual, sendo assim o empregador que desejar reduzir salário de seu (s) empregado (s) deverá promover negociações coletivas, para que seja aprovado tal medida. Outrossim a situação presente (COVID-19), trata-se de circunstancia inesperada, e controversa, demandando medidas excepcionais. Em que o empregador teve de adotar parâmetros, para que não haja dispensa de empregados. Havendo assim a necessidade por parte do Estado a intervenção como forma de resolutiva, para um bem maior e comum entre todos, haja vista que instaurou uma problemática quanto o texto constitucional e a situação presente, tendo como forma de resolução a instauração da MP n° 936/2020. Para que com isso a redução salarial seja tratada como forma de acordo individual, presente excepcionalmente no artigo 7° da MPn°936/2020, dizer-se:

Art. 7° Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º, o empregador poderá acordar a redução proporcional da jornada de trabalho e de salário de seus empregados, por até noventa dias, observados os seguintes requisitos:

I - Preservação do valor do salário-hora de trabalho;

II - Pactuação por acordo individual escrito entre empregador e empregado, que será encaminhado ao empregado com antecedência de, no mínimo, dois dias corridos; e

III - redução da jornada de trabalho e de salário, exclusivamente, nos seguintes percentuais:

a) vinte e cinco por cento;

b) cinquenta por cento; ou

c) setenta por cento.

Parágrafo único. A jornada de trabalho e o salário pago anteriormente serão restabelecidos no prazo de dois dias corridos, contado:

I - Da cessação do estado de calamidade pública;

II - Da data estabelecida no acordo individual como termo de encerramento do período e redução pactuados; ou

III - da data de comunicação do empregador que informe ao empregado sobre a sua decisão de antecipar o fim do período de redução pactuado. (BRASIL. **Medida Provisória 936/2020**. Regulamenta o artigo 7º, incisos I, II e III, alíneas a, b, e c, parágrafo único, incisos I, II e III. Da Redução Proporcional de Jornada de Trabalho e Salário. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htm. Acesso 05 nov. 2021)

Como explanado, o texto normativo supracitado, traz consigo os parâmetros e requisitos para a propositura da devida redução salarial, entre patrono e empregado, de maneira individual. Pois bem, se tratando da Criação de tal Medida Provisória, que muito em bora foi convertida em Lei, tem a intenção de manutenção, como forma de instituir padrões trabalhistas para enfrentamento da situação de calamidade, em que o COVID-19, proporcionou.

Portanto a constituição não deixa de fazer seu papel de proteção ao trabalhador, não havendo o que se falar de inconstitucionalidade por parte do princípio, no entanto, se tratando da pandemia instaurada, e as inúmeras dificuldades de renda e o desemprego, o Estado interviu com alternativas Legais, para que não haja conturbações maiores, se tratando da falta de lucro no país, com isso estamos enfrentando uma marca desagradável, que trata-se do desemprego e a falta de condição monetária por parte da população brasileira.

5. REDUÇÃO SALARIAL SEM A PARTICIPAÇÃO DE ENTIDADE SINDICAL

Como já mencionado anteriormente, em regra, com previsão constitucional, e em lei específica, só é lícito a redução salarial em acordos ou convenções coletivas, que contenha participação sindical para tanto, bem como disciplinado no artigo 8º da CF, em seu inciso III, caberá ao sindicato a defesa, dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas. 36 Pois bem, é sabido que

36Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas; (Planalto, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

I - Pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;

[19 e o Direito na Bahia ISBN 978-65-87020-01-320200711-110508-18xp0s2-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1634679904&Signature=KBifGZvhrEnrPHBld-Of6Iw~TN6GwprAm3SIM8RqTGZj73v3O~6lidZiXmp2mpDNS8Md2hhQQy0LLabmd6yOdDF-1JcSjMc21WWkvtVZjXdraFuL7ua6kHBPrHy08JikcmIcPwonKQQEMDZCUH3WNfBcEc2AJDrrzGI8OftBbJD0KrQBw2EISB~OeB8csTOLVy-6H7luykUev7Mxp1V0wa6DFvtXaOhv01PHg7TqUHemfxt6Hye2i4X-mc8knxltXQrxr3AY9EvLccOnF-h6sw7Zgh0Mgl9zD-rjFw~YuflllrqCsL7qgAm54QQ-BHQy6KThC44EBp6WGp349A4A3Q_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=123](https://www.conteudojuridico.com.br/19-e-o-Direito-na-Bahia-ISBN-978-65-87020-01-320200711-110508-18xp0s2-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1634679904&Signature=KBifGZvhrEnrPHBld-Of6Iw~TN6GwprAm3SIM8RqTGZj73v3O~6lidZiXmp2mpDNS8Md2hhQQy0LLabmd6yOdDF-1JcSjMc21WWkvtVZjXdraFuL7ua6kHBPrHy08JikcmIcPwonKQQEMDZCUH3WNfBcEc2AJDrrzGI8OftBbJD0KrQBw2EISB~OeB8csTOLVy-6H7luykUev7Mxp1V0wa6DFvtXaOhv01PHg7TqUHemfxt6Hye2i4X-mc8knxltXQrxr3AY9EvLccOnF-h6sw7Zgh0Mgl9zD-rjFw~YuflllrqCsL7qgAm54QQ-BHQy6KThC44EBp6WGp349A4A3Q_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=123) > Acesso 19 out. 21).

Sendo assim a matéria tratada, tem devido teor legal, uma vez que julgada, por um ministro, dando a classe trabalhadora o poder momentâneo de decidir, de forma individual, acerca de seus direitos, dando-lhes poder subjetivo para determinação. Entretanto os sindicatos trabalhistas, tem como viés, a proteção em casos de abusos, quanto a medida provisória supracitada, visto que tal implementação somente se fez necessária com a intenção de proteção ao país, como forma de enfrentamento da situação eminente, instaurada pela pandemia do COVID-19.

Prevaleceu o entendimento de que, em razão do momento excepcional, a previsão de acordo individual é razoável, pois garante uma renda mínima ao trabalhador e preserva o vínculo de emprego, para além do período da crise. Segundo entendimento do Ministro Alexandre de Moraes, a exigência de atuação do sindicato, abrindo negociação coletiva ou não se manifestando no prazo legal, geraria insegurança jurídica e aumentaria o risco de desemprego. Para o Ministro, diante da excepcionalidade e da limitação temporal, a regra está em consonância com a proteção constitucional à dignidade do trabalho e à manutenção do emprego. (HUCK OTRANTO CAMARGO, notícias, 20 de abril de 2020, Julgamento de medida cautelar, na ADI 6363, pelo Supremo Tribunal Federal – Validade de acordos individuais de redução salarial e suspensão do contrato, independente de anuência do sindicato, por Setor trabalhista. Disponível em <<https://www.lhoc.com.br/julgamento-de-medida-cautelar-na-adi-6363-pelo-supremo-tribunal-federal-validade-de-acordos-individuais-de-reducao-salarial-e-suspensao-do-contrato-independente-de-anuencia-do-sindicato/>> Acesso 19 out. 21)

No entanto o artigo jurídico até aqui elaborado, não tem o viés de tratar da falta de importância dos sindicatos, mas analisar acerca da situação de possibilidades em que a redução salarial é lícita se tratando da situação posta. Tendo como finalidade, estudar os instrumentos legais que seja possível, tal resolutive.

6. DA CONSTITUCIONALIDADE DA REDUÇÃO SALARIAL NA LEI 14.020/2020

Se tratando de tal instrumento normativo, instituído para manutenção da renda e emprego em tempos de pandemia, como forma de enfrentamento do estado de calamidade decorrente do COVID-19. Como já explanado, com a presente Lei, tornou-se possível o acordo individual, em se tratando da matéria de redução salarial e jornada de trabalho.

Pois bem, analisaremos a constitucionalidade do feito. Quanto a elaboração da Lei, a Constituição Federal assegura ao Presidente da República o decretar estado de defesa, em se tratando da situação fática, amparado no Artigo 136, da CF, trata-se de calamidades de grandes proporções na natureza. Vale ressaltar aqui que tal medida disciplinada no texto da Lei, deverá ser implementada por um tempo determinado, como forma de proteção ao texto constitucional, ou seja, a Lei instituída, supracitada tem vigência no tempo de pandemia, bem como fora criada para tanto. Sendo assim, em se tratando da elaboração, da presente Lei, não há o que se falar de inconstitucionalidade, uma vez que a constituição, permite ao presidente o feito à ordem.

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. (MANOLE, Editoria.Jurídica.da. E. Constituição Federal. Editora Manole, 2016. 9788520451182. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520451182/> Acesso 19 out. 2021.)

Sendo assim afirma Nascimento que, são dois fundamentos para a exceção constitucional acerca do princípio da irredutibilidade salarial:

Primeira, a natural existência de situações de força maior nas quais, diante de imperativos econômicos ou financeiros, empresas são obrigadas a reduzir o salário para evitar dispensa em massa dos trabalhadores. Segunda, a garantia de que, dependendo da concordância do sindicato dos trabalhadores, a redução só se fará

nas hipóteses de absoluta necessidade, servindo a exigência do acordo sindical como mecanismo de controle diante de situações fraudulentas (NASCIMENTO, 2008, p.106 apud ETTRICH, 2011, P.34).
38

Agora, em se tratando do texto da Lei 14.020/2020, que no caso, a previsão expressa da possível redução salarial, a Lei regulamenta que é viável a redução proporcional do salário, bem como a de jornada, em hipótese de acordo individual escrito, nos limites de 25%, 50% e 70%, presentes no rol do artigo 7º, III. Vale lembrar que a presente Lei preserva o valor do salário-hora de trabalho, que este, presente no inciso I, do mesmo artigo.

Portanto, a presente constitucionalidade se faz presente na elaboração da presente Lei, bem como em seu texto, haja vista que a Constituição Federal, protege o feito a ordem, como proteção de toda uma coletividade, outrossim e matéria de norma trabalhista, a CLT, se faz presente em casos de força maior, ou seja, que é viável a redução salarial em casos de força maior, disciplinados no texto do artigo 501, 503, da CLT, valendo ressaltar o parágrafo único do artigo 503, que proclama-se quanto ao período de força maior, isto é, "Cessados os efeitos decorrentes do motivo de força maior, é garantido o restabelecimento dos salários reduzidos". No entanto a propositura do artigo 503, só resguarda a redução salarial no montante de 25%, que vimos acima que quanto a redução salarial na Lei 14.020/2020, se faz possível tanto em 25%, quanto em 50% e 70%, entretanto a Lei não aborda somente a redução salarial em si, mas também a redução proporcional da jornada, visto que, o salário-hora de trabalho, consta-se preservado.

Art. 7º Durante o estado de calamidade pública a que se refere o art. 1º desta Lei, o empregador poderá acordar a redução proporcional de jornada de trabalho e de salário de seus empregados, de forma setorial, departamental, parcial ou na totalidade dos postos de trabalho, por até 90 (noventa) dias, prorrogáveis por prazo determinado em ato do Poder Executivo, observados os seguintes requisitos:

I - Preservação do valor do salário-hora de trabalho;

III - na hipótese de pactuação por acordo individual escrito, encaminhamento da proposta de acordo ao empregado com antecedência de, no mínimo, 2 (dois) dias corridos, e redução da

38ETTRICH, Camila da Gama. O Princípio da Irredutibilidade Salarial e às Limitações à Exceção do artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal, Porto Alegre, 2011.

Disponível em <https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/36537>>)

jornada de trabalho e do salário exclusivamente nos seguintes percentuais:

a) 25% (vinte e cinco por cento);

b) 50% (cinquenta por cento);

c) 70% (setenta por cento).” (BRASIL. **Lei N° 14020, de 6 de julho de 2020**. Regulamenta o artigo 7º, incisos, I e III, alíneas, a, b, c, da Redução proporcional de Jornada de trabalho e salário. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm. Acesso 19 out. 2021)

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pois bem, conclui-se que diante de todo estudo, bem como toda matéria até aqui discutida, seja em Lei, complementar, ou Legislação específica, se faz presente a legalidade, haja vista que no decorrer de todos os estudos, explicitamos instrumentos normativos previstos na Constituição Federal, não havendo que se falar de Inconstitucionalidade. Outrossim, prevaleceu a redação da medida provisória nº 936/20, no entanto, vale observar algumas prerrogativas em relação ao salário, bem como o texto da lei, devendo agir-se em conformidade com a referida.

Portanto, ao fim do julgamento da liminar, prevaleceu a redação da Medida Provisória n.º 936/20, reconhecendo e validando os acordos individuais sobre redução salarial e suspensão de contratos são válidos, sem condicioná-los à manifestação dos sindicatos, mas, apenas, exigindo a sua comunicação aos sindicatos, no prazo de 10 dias. Sem prejuízo da decisão colegiada do STF, importa ressaltar que, ainda permanece a obrigação de as empresas negociarem com o sindicato, eventuais reduções de salário/jornada e suspensão de contratos de trabalho dos empregados que ganham entre R\$3.135,00 e R\$12.202,12, conforme redação expressa da Medida Provisória n.º 936/20. (HUCK OTRANTO CAMARGO, notícias, 20 de abril de 2020, Julgamento de medida cautelar, na ADI 6363, pelo Supremo Tribunal Federal – Validade de acordos individuais de redução salarial e suspensão do contrato, independente de anuência do sindicato, por Setor trabalhista. Disponível em <https://www.lhoc.com.br/julgamento-de-medida-cautelar-na-adi-6363-pelo-supremo-tribunal-federal-validade-de-acordos-individuais-de-reducao-salarial-e-suspensao-do-contrato-independente-de-anuencia-do-sindicato/> Acesso 19 out. 21)

Entende-se que o tema é de relevante valor no âmbito do direito, mais especificamente do Direito do trabalho, por envolver a grande classe trabalhadora do país. Assim como discutido no decorrer do referido artigo, a justiça do trabalho, bem como o Estado, Constituição Federal, tem o dever de proteger o ente desfavorecido na relação empregatícia, que no caso o empregado.

Por fim, o fato imprevisível da pandemia do covid-19, na qual tratamos no decorrer de todo trabalho jurídico, acarretou diversas mudanças no ramo da justiça trabalhista, envolvendo inúmeras polêmicas quanto ao assunto, motivo pelo qual o Direito teve de se moldar perante a situação. Uma vez que o Direito é uma ciência humana, e ele não se estagna, e sim move-se ao decurso do tempo. Devendo o legislador interpretar a lei de maneira correlata, na medida de suas prerrogativas.

8. REFERÊNCIAS

ADIn 6.363 MC-DF. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.363 Distrito Federal.** Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 06/04/2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6363.pdf> Acesso 12 nov. 2020.

BARBOSA, Marina. 7,2 milhões de trabalhadores já tiveram salário reduzido na pandemia: Segundo Ministério da Economia, esse é o número de acordos já registrados pela MP 936. **Correio Braziliense.** 12 maio 2020. Disponível em: https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/economia/2020/05/12/internas_economia,854051/7-2-milhoes-de-trabalhadores-ja-tiveram-salario-reduzido-na-pandemia.shtml Acesso 12 nov. 2020.

BARROS, Aline Monteiro de. **Curso De Direito Do Trabalho.** São Paulo: LTr, 2005

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso 12 nov. de 2020.

BRASIL. [Recuperação judicial, extrajudicial e falência]. **Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005.** Brasília, DF: Presidência da República, [2005]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm Acesso 08 de out. 2021

BRASIL. [Reforma Trabalhista]. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.** Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm Acesso 08 de out. 2021.

BRASIL. **Decreto Legislativo nº 6, de 2020**. Senado Federal, [2020a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htmAcesso 08 out. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 10.470, de 24 de agosto de 2020**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Ato2019-2022/2020/Decreto/D10470.htmAcesso 08 out. 2021

BRASIL. **Lei nº 13.189, de 19 de novembro de 2015**. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2015/Lei/L13189.htmAcesso 08 out. 2021

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020c]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/l13979.htmAcesso 08 out. 2021

BRASIL. **Lei nº 14.020, de 6 de julho de 2020**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020d]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm Acesso 08 out. 2021

BRASIL. **Lei nº 4.923, de 23 de dezembro de 1965**. Brasília, DF: Presidência da República, [1965]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4923.htmAcesso 08 out. 2021

BRASIL. **Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974**. Brasília, DF: Presidência da República, [1974]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htmAcesso 08 out. 2021

BRASIL. **Medida Provisória 936, de 1º de abril de 2020**. Brasília, DF, [2020e]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htmAcesso 08 out. 2021

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Brasília, DF: Presidência da República, [2020f]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htmAcesso 12 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Regulamenta o artigo 7º, Inciso VI, Dos Direitos Sociais, e dos Direitos dos trabalhadores. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htmAcesso 05 nov. 2021

BRASIL. **Medida Provisória 936/2020**. Regulamenta o artigo 7º, incisos I, II e III, alíneas a, b, e c, parágrafo único, incisos I, II e III. Da Redução Proporcional de Jornada de Trabalho e Salário. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2020/mpv/mpv936.htmAcesso 05 nov. 2021)

BRASIL. **Lei N° 14020, de 6 de julho de 2020**. Regulamenta o artigo 7º, incisos, I e III, alíneas, a, b, c, da Redução proporcional de Jornada de trabalho e salário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L14020.htm> Acesso 19 out. 2021

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários À Medida Provisória 936/20**. Curso Online Sobre A Nova Legislação Trabalhista Em Face Do Coronavírus. 2020.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Resumo de direito do trabalho**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 16. ed. São Paulo: LTr, 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

ETTRICH, Camila da Gama. **O Princípio da Irredutibilidade Salarial e às Limitações à Exceção do artigo 7º, inciso VI, da Constituição Federal**, Porto Alegre, 2011. Disponível em <<https://www.lume.ufrgs.br/handle/10183/36537>> Acesso 05 nov. 2021

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Antinomia. **In: Enciclopédia Saraiva do Direito**, v. 7, 1978, pp.9-10.

GOVERNO DO BRASIL. Programa de preservação de emprego do Governo Federal supera 19 milhões de acordos. 04 nov. 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/trabalho-e-previdencia/2020/11/programa-de-preservacao-de-emprego-do-governo-federal-supera-19-milhoes-de-acordos#:~:text=programa%20de%20preserva%c3%a7%c3%a3o%20de%20emprego%20do%20governo%20federal%20supera%2019%20milh%c3%b5es%20de%20acordos,-quase%2010%20milh%c3%b5es&text=com%20cerca%20de%2019%20milh%c3%b5es,do%20emprego%20formal%20no%20pa%c3%ads> Acesso 13 nov. 2020.

HUCK OTRANTO CAMARGO, **Notícias, 20 de abril de 2020, Julgamento de medida cautelar, na ADI 6363, pelo Supremo Tribunal Federal** – Validade de acordos individuais de redução salarial e suspensão do contrato, independente de anuência do sindicato, por Setor trabalhista. Disponível em <https://www.lhoc.com.br/julgamento-de-medida-cautelar-na-adi-6363-pelo-supremo-tribunal-federal-validade-de-acordos-individuais-de-reducao-salarial-e-suspensao-do-contrato-independente-de-anuencia-do-sindicato/> Acesso em: 19 out. 21

MANOLE, **Editoria.Jurídica.da. E. Constituição Federal**. Editora Manole, 2016. 9788520451182. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520451182/>. Acesso 19 out 2021.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Benefício emergencial já preservou 1,7 milhão de empregos. **Governo Federal**. 15 abr. 2020a. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/abril/beneficio-emergencial-ja-preservou-1-7-milhao-de-empregos> Acesso 13 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA. Medidas emergenciais estão sendo fundamentais para a manutenção da renda e do emprego, destaca SPE. **Governo Federal**. 7 jul. 2020b. Disponível em: <https://www.gov.br/economia/pt-br/assuntos/noticias/2020/julho/medidas-emergenciais-estao-sendo-fundamentais-para-a-manutencao-da-renda-e-do-emprego-destaca-spe> Acesso 13 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA ECONOMIA; SECRETARIA ESPECIAL DE PREVIDÊNCIA E TRABALHO. Portaria nº 10.486, de 22 de abril de 2020. **Diário Oficial da União**. ed.78, seção 1, p.165, 24 abr. 2020. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-10.486-de-22-de-abril-de-2020-253754485> Acesso 12 nov. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. Sobre a doença. **Ministério da Saúde**. [s.l.], 2020. Disponível em: <https://Coronavirus.Saude.Gov.Br/Sobre-A-Doenca> Acesso 12 nov. 2020.

MIRANDA, Fernando Hugo R. A Constitucionalidade da MP 936/20: A Irredutibilidade Salarial e a Alterabilidade Contratual. **Migalhas**. [s.l.], 7 abr. 2020. Disponível em: <https://Migalhas.Uol.Com.Br/Depeso/323852/A-Constitucionalidade-Da-Mp-936-20-A-Irredutibilidade-Salarial-E-A-Alterabilidade-Contratual> Acesso 12 nov. 2020.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho**: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho. 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Curso de direito individual do trabalho**: noções fundamentais de direito do trabalho, sujeitos e institutos do direito individual. 4. ed. São Paulo: LTr, 2000.

RAFAEL, Ricardo de Mattos Russo; NETO, Mercedes; CARVALHO, Marina Maria Baltazar de; DAVID, Helena Maria Scherlowski Leal; ACIOLI, Sonia; FARIA, Magda Guimarães de Araujo. Epidemiologia, políticas públicas e pandemia de Covid-19: o que esperar no Brasil? **Rev Enfermagem UERJ**, v. 28, n. e49570, Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/enfermagemuerj/article/view/49570/33134> Acesso 04 nov. 2021

PERIANDRO, Fabio. **Covid-19 e o Direito na Bahia**. P.123. Estudos da comunidade da UNEB em homenagem a memória de Ruivaldo Macedo Costa. Editora Direito Levado a Sério Salvador, 2020. Disponível em: <https://d1wqtxts1xzle7.cloudfront.net/63891797/Covid->

[19 e o Direito na Bahia ISBN Covid-19 e o Direito na Bahia ISBN 978-65-87020-01-320200711-110508-18xp0s2-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1634679904&Signature=KBifGZvhrEnrPHBld-Of6Iw~TN6GwprAm3SIM8RqTGZj73v3O~6lidZiXmp2mpDNS8Md2hhQQy0LLabmd6yOdDF-1JcSjMc21WWkvtVZjXdraFuL7ua6kHBPrHy08JikcmIcPwonKQQEMDZCUH3WNfBcEc2AJDrzGI8OfBbJD0KrQBw2EISB~OeB8csTOLVy-6H7luykUev7Mxp1V0wa6DFvtXaOhv01PHg7TqUHemfxt6Hye2i4X-mc8knxltXQxrx3AY9EvLccOnF-h6sw7Zgh0Mgl9zD-rjFw~YuflllrqCsL7qgAm54QQ-BHQy6KThC44EBp6WGp349A4A3Q_ &Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=123](https://www.conteudojuridico.com.br/19-e-o-Direito-na-Bahia-ISBN-Covid-19-e-o-Direito-na-Bahia-ISBN-978-65-87020-01-320200711-110508-18xp0s2-with-cover-page-v2.pdf?Expires=1634679904&Signature=KBifGZvhrEnrPHBld-Of6Iw~TN6GwprAm3SIM8RqTGZj73v3O~6lidZiXmp2mpDNS8Md2hhQQy0LLabmd6yOdDF-1JcSjMc21WWkvtVZjXdraFuL7ua6kHBPrHy08JikcmIcPwonKQQEMDZCUH3WNfBcEc2AJDrzGI8OfBbJD0KrQBw2EISB~OeB8csTOLVy-6H7luykUev7Mxp1V0wa6DFvtXaOhv01PHg7TqUHemfxt6Hye2i4X-mc8knxltXQxrx3AY9EvLccOnF-h6sw7Zgh0Mgl9zD-rjFw~YuflllrqCsL7qgAm54QQ-BHQy6KThC44EBp6WGp349A4A3Q_&Key-Pair-Id=APKAJLOHF5GGSLRBV4ZA#page=123) Acesso 19 out. 2021.

RENZETTI, Rogério. **Manual de Direito do Trabalho**. (6th edição). Grupo GEN, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559641079/epubcfi/6/2\[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0!\]/4/2/2\[493d7979-2397-457f-c747-674f57446b21\]%4051:40](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786559641079/epubcfi/6/2[%3Bvnd.vst.idref%3Dhtml0!]/4/2/2[493d7979-2397-457f-c747-674f57446b21]%4051:40) Acesso 19 out. 2021.

SCHUELER, Paulo. O que é uma pandemia? **Fiocruz**. 23 mar. 2020. Disponível em: <https://www.bio.fiocruz.br/index.php/br/noticias/1763-o-que-e-uma-pandemia> Acesso 10 out. 2021

SLAIBI FILHO, Nagib. **Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

SÜSSEKIND, Arnaldo; MARANHÃO, Délio; VIANNA, Segadas; TEIXEIRA, Lima. **Instituições de Direito do Trabalho**. 22 ed. São Paulo: LTr, 2005.

TELESSAÚDERS. Qual a diferença entre distanciamento social, isolamento e quarentena? 02 abr. 2020 Disponível em: <https://www.ufrgs.br/telessauders/posts/coronavirus/qual-a-diferenca-de-distanciamento-social-isolamento-e-quarentena/> Acesso 12 out. de 2021

TST – AIRR: 5072020115040751 507-20.2011.5.04.0751, Relator: Alexandre De Souza Agra Belmonte, Data De Julgamento: 25/09/2013, 3ª Turma, Data De Publicação: DEJT 27/09/2013. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24216070/agravo-de-instrumento-em-recurso-de-revista-airr-5072020115040751-507-2020115040751-tst> Acesso 02 out. 2021.

TST – RR: 300420125040026, Relator: Cláudio Mascarenhas Brandão, Data De Julgamento: 15/03/2017, 7ª Turma, Data De Publicação: DEJT 24/03/2017. Disponível em: <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/442351769/recurso-de-revista-rr-300420125040026/inteiro-teor-442351794> Acesso 02 out. 2021

VANIN, Carlos Eduardo. **Acordo e convenção coletiva de trabalho**. Jusbrasil, [s.l.], 2015. Disponível em: <https://duduhvanin.jusbrasil.com.br/artigos/196964430/acordo-e-convencao-coletiva-de-trabalho> Acesso 15 set. de 2021.

ALIENAÇÃO PARENTAL EM TEMPOS DE PANDEMIA

HILLARY CRISTINA MELO DORNELES:

Graduanda do curso de Direito da
Universidade de Gurupi – UnirG.

VANUZA PIRES DA COSTA³⁹

(orientadora)

RESUMO: Um dos temas mais discutidos na área do Direito de Família é a recorrente prática de alienação parental, que é caracterizada como sendo o ato onde um pai ou uma mãe de um filho o instrui contra o outro genitor com o intuito de provocar o rompimento dos laços de afeto existentes entre eles, ou simplesmente impedindo que se forme afeição entre a criança e um dos seus genitores. Essa prática tem sido cada vez mais utilizada em períodos de pandemia, onde há o isolamento social como uma das principais medidas de prevenção. Com base nisso, o presente estudo tem como objetivo discorrer sobre a Alienação Parental no período de pandemia. Para a abordagem dessa temática, na metodologia foi feita uma revisão bibliográfica, em busca em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, dentre outros. Nos resultados, ficou evidente considerar que algumas medidas podem ser feitas para a Alienação Parental não seja realizada durante a pandemia, tais como, a alternância de dias de convivência a serem administrados pelos genitores, a aplicação da guarda compartilhada, que ao ter contato com os filhos de modo igual, os genitores podem evitar que o outro (a) se torne um alienante parental, dentre outros.

Palavras-chave: Pandemia. Alienação Parental. Direito de Convivência Familiar.

ABSTRACT: One of the most discussed topics in the area of Family Law is the recurring practice of parental alienation, which is characterized as the act where a father or mother of a child instructs him against the other parent in order to cause the rupture of ties of affection existing between them, or simply preventing the formation of affection between the child and one of its parents. This practice has been increasingly used in periods of pandemic, where there is social isolation as one of the main prevention measures. Based on this, this study aims to discuss Parental Alienation in the pandemic period. In order to approach this theme, a bibliographical review was carried out in the methodology, in search of databases such as: Scielo; Google Scholar, among others. In the results, it was evident to consider that some measures can be taken so that Parental Alienation is not carried out during the pandemic, such as the alternation of days of coexistence to be administered by the parents, the application of shared custody, which when having contact with the children

³⁹ Professora Orientadora do curso de Direito da Universidade de Gurupi – UnirG.

in the same way, the parents can prevent the other (a) from becoming a parental alienator, among others.

Keywords: Pandemic. Parental Alienation. Right to Family Coexistence.

Sumário: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Alienação Parental: Aspectos Gerais. 3.1 Das práticas alienadoras. 4. Contextualizando a temática. 5. A Alienação parental no período de pandemia: A questão da limitação do Direito de convivência entre pais e filhos. 5.1 Propostas para manutenção do convívio familiar e prevenção da alienação parental. 6. Considerações Finais. 7. Referências Bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

Em meados do fim do ano de 2019 o mundo foi surpreendido por um possível contágio de vírus na China. O que era possibilidade se tornou realidade. O vírus se espalhou ao redor do mundo até se tornar em 2020 uma pandemia global. Estar-se a se falar do Covid-19.

Essa doença ainda não possui cura, mas alguns estudos científicos tem sido feitos e vem apontando que além da letalidade ele também traz sequelas. De todo modo, devido ao fato de ter se espalhado pelo redor do planeta, as instituições governamentais implantaram uma série de medidas para que a doença não se espalhe cada vez mais e que se diminua o número de mortes.

Dentre as inúmeras medidas preventivas implantadas encontra-se o isolamento social, o uso de máscaras, o distanciamento entre indivíduos, dentre outros. No auge da pandemia – ocorrida entre o início de 2020 até junho de 2021 – milhares de vidas foram perdidas e tantas outras se encontraram atoladas nos hospitais, causando uma verdadeira calamidade na saúde.

Em que pese o caos e os prejuízos financeiros, estruturais e principalmente sociais, a pandemia impactou de forma decisiva a vida dos brasileiros. Entre os mais afetados se encontram as crianças, que sem poderem ir para a escola ou exercer qualquer atividade fora dos seus domicílios, acabaram por passar a maior parte do tempo ‘dentro de casa’. Tal situação trouxe uma série de efeitos, dentre os quais, a prática recorrente da alienação parental.

Caracterizada como sendo uma ação onde um dos genitores, utilizando de sua influência sobre o filho, bane ou prejudica a relação entre o menor e o outro genitor, a Alienação Parental tem sido pauta de inúmeras discussões sociais, psicológicas e jurídicas em razão do número crescente de casos ocorridos no período de pandemia.

A título de exemplo, no estado de São Paulo houve um aumento de 47% do número de processos abertos por alienação parental durante a pandemia provocada pelo Covid-19. Entre os meses de março de 2020 e fevereiro de 2021, foram registrados 226 casos, número maior do que o registrado no mesmo período no ano anterior (PERRONI; LÜDER, 2021).

Diante desta realidade, presente artigo analisa o direito de convivência dos genitores separados com seus filhos menores durante a pandemia de COVID-19 e a questão da alienação parental neste contexto.

Portanto, o trabalho tem como objetivo central discorrer sobre a Alienação Parental e o direito de convivência familiar no período de pandemia. Nos objetivos específicos aborda-se, primeiramente, o conceito de Alienação Parental e sua legislação para, posteriormente, discorrer sobre tal prática e a questão da limitação do direito de convivência entre pais e filhos no período de pandemia.

Essa temática é de enorme importância, porque as suas consequências afetam não apenas os filhos, mas sobretudo, todo o contexto familiar e social, assim como também o Poder Judiciário brasileiro, em virtude do volume de processos com litígios dessa natureza.

Propõe-se com esse estudo, abordar de maneira sucinta e objetiva as práticas alienantes feitas pelos genitores justamente no período onde os laços e convivências familiares estão mais próximos devido a pandemia. Por fim, busca-se analisar de que forma o Direito tem se posicionado nessas situações e quais sanções e medidas preventivas devem ser adotadas.

2. METODOLOGIA

Na metodologia, foi utilizada a abordagem qualitativa de investigação, a qual analisa o fenômeno estudado de forma a não medir seus dados, mas sim, procurar identificar suas naturezas, de forma a privilegiar contextos. Com isso, para discutir acerca do tema proposto, faz-se necessário compreender o contexto em que o assunto é inserido (GIL, 2010).

Ainda na metodologia, foi feita uma revisão de literatura, constituído de estudo bibliográfico. A pesquisa bibliográfica foi realizada por meio de leituras de revistas jurídicas, de livros e artigos vinculados ao tema e da jurisprudência pátria.

A coleta de dados é resultado de uma busca feita em bases de dados, tais como: Scielo; Google Acadêmico, sites oficiais dos Tribunais de Justiça, dentre outros, entre os dias 25 de setembro a 15 outubro de agosto de 2021. Os descritores foram: Dano Moral. Inclusão Indevida. Devedor. Banco de Dados. Jurisprudência.

3. ALIENAÇÃO PARENTAL: ASPECTOS GERAIS

Para discutir sobre a alienação parental na pandemia é preciso primeiramente compreender o que seja essa ação. Dessa forma, nesse tópico serão abordados os principais pontos referentes à alienação parental.

Historicamente, é nos estudos de Richard Gardner (1985), professor de psiquiatria clínica no Departamento de Psiquiatria Infantil da Universidade de Columbia, nos Estados Unidos, que se originou o termo Alienação Parental. Para esse doutrinador, o termo representava uma síndrome (SAP), caracterizado como uma perturbação da infância ou da adolescência em decorrência majoritariamente de uma separação conjugal e estaria relacionada a uma campanha feita por um dos pais junto à criança, para rejeitar ou até mesmo odiar o outro (MADALENO; MADALENO, 2018).

A legislação brasileira atenta aos crescentes casos de alienação ocorridas nos âmbitos familiares nas últimas décadas, trouxe por meio da Lei nº 12.318/2010 todo o aparato jurídico acerca da matéria. Contudo, ao contrário do que entendia o professor Gardner (1985) a legislação pátria não tratou a alienação parental como uma síndrome e sim como um comportamento que requer uma interferência judicial (SILVA et al. 2021).

Para Ibias; Silveira (2020) a presente norma representa um progresso para a área do Direito de Família porque reconhece a influência social e psicológica dos pais sobre os filhos. Segundo os autores, “muitos possíveis alienadores mudam seus comportamentos por saber que existe a Lei e receberem devida orientação sobre os efeitos de seu comportamento” (IBIAS; SILVEIRA, 2020, p. 12).

Continuando, a alienação parental surge em sua grande maioria através da ruptura do matrimônio. Nessa situação, é muito comum que um dos cônjuges não consiga processar de maneira adequada sentimentos como rejeição e raiva, de maneira que se torna inevitável o desejo de vingança. Por esse motivo, inicia-se uma campanha de desmoralização do outro genitor perante os filhos, de maneira que sua imagem seja prejudicada o que, na maioria das vezes, acaba por afastá-lo dos filhos (FIGUEIREDO; ALEXANDRIDIS, 2014).

Com base nisso, pode-se extrair que a Alienação Parental nada mais é do que a ação de um genitor contra o outro com o uso do filho. Em termos jurídicos, a Alienação Parental pode ser entendida como uma série de atitudes feitas por um dos genitores com o intuito de repudiar o outro genitor ou até mesmo distanciar e impedir os vínculos entre ambos (PERRONI; LÜDER, 2021).

A própria Lei nº 12.318/2010, traz o conceito definitivo do que seja o presente instituto, estabelecendo que é um comportamento de um indivíduo, denominado

alienador, que possui nítida intenção de depreciar a imagem de um dos genitores perante o filho (BRASIL, 2010).

No entendimento de Perelli (2020, p. 02) a alienação parental “ocorre quando o pai ou a mãe tenta afastar o filho do outro genitor, gerando, em relação a ele, desafeição no consciente da criança por meio de pequenas sutilezas ou também por atos expressos”.

O foco da Alienação Parental é sempre denegrir, prejudicar o outro, tendo resultado a total perda de contato com o genitor-vítima. Não importa a forma e a maneira como essa alienação é feita, o resultado é sempre o afastamento e em alguns casos a anulação total de convívio com o outro.

Machado (2017, p. 01) acentua que:

[...] a conduta adotada pelo alienador atinge diretamente o comportamento da criança e na sua formação psíquica, muitas vezes sem fundamento algum, implanta na criança dúvidas sobre o caráter e conduta do alienado, trazendo para si a criança e, em conjunto, agem para prejudicar de forma direta o outro genitor.

A criança nem sempre consegue discernir o que é o certo do errado, e é nessa fraqueza que o alienador consegue impor suas verdades de forma incessante à prole, tomando tudo o que lhe é dito como verdadeiro (MACHADO, 2017).

Ao referir-se a tal assunto, Correia (2019, p. 02) diz que “os atos alienatórios provocam em crianças e adolescentes uma exposição negativa da ambiência familiar, tornando-os adultos inseguros e hostis quanto ao afeto”. Pode ocorrer inclusive como consequência, uma desvalorização dos valores familiares.

De todo modo, fica nítido observar que os efeitos da alienação parental recaem sobretudo, ao filho que terá a sua saúde, tanto na esfera mental quanto física, prejudicada. A falta de afeto produzida em decorrência da sua alienação acarreta efeitos nas pessoas alienadas, todos eles danosos. Para melhor identificação das práticas alienantes, apresenta-se o tópico seguinte.

3.1 DAS PRÁTICAS ALIENADORAS

Uma vez estabelecido o que seja a alienação parental é imperioso explicitar de que forma ela é realizada. Nesse sentido, a própria legislação brasileira através da Lei nº 12.318/2010 traz no seu texto os atos caracterizadores da alienação parental; a saber:

Art. 2º [...]

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)

Nota-se pelo texto normativo acima destacado, que a alienação parental é exercida de várias maneiras, desde dificultar o contato do filho com o outro genitor a omitir informações importantes sobre a vida pessoal do filho. Em muitos casos, essas ações são praticadas de modo cauteloso e quase imperceptível pelo alienante.

Como bem descreve Perelli (2020, p. 12) “o alienador utiliza de todos os meios possíveis para afastar o filho do outro genitor, desde a mudança de domicílio até mesmo a apresentação de falsa denúncia sobre o tratamento dado ao filho pelo outro genitor”.

Tão importante detectar as ações alienantes é entender o perfil do alienador. Nesse aspecto, outras ciências tem se debruçado sobre essa questão. Na área da psicologia, por exemplo, alguns estudos apontam características e ações que fazem com que se tenha uma noção de que tipo de indivíduo é capaz de cometer alienação parental.

Conforme a Psicologia, o perfil psicológico do genitor alienante tem por base:

Transtornos da personalidade paranoide: Tomado por ciúmes excessivos, desconfiança, incapaz de admitir erros, qualquer conduta é rebatida por agressividade. Porém, a negação da realidade como instrumento de defesa e o ataque como resposta.

Transtornos Psicóticos Compartilhado: Caracteriza pelo domínio, com indivíduo delirante controlador.

Transtornos Limites ou Borderline: Caracteriza-se por instabilidade na relação interpessoal, auto imagens e afetos. Essas têm medo do abandono, necessidade de convívio com outras pessoas, intolerância a solidão.

(ENDIREITADOS, 2018, p. 01)

Além disso, Souza (2017) explica que, em grande parte, o genitor alienante possui uma personalidade narcisista, acreditando ser superior a todos e exige sua admiração de todos que o cercam. Tendem a se mostrarem arrogantes, esnobes e insolentes.

Todavia, insta salientar que por ser uma prática ocorrida no seio da família e esta envolver várias pluralidades, é difícil identificar qual o perfil exato e único de uma alienante parental. Pode ser negro ou branco, pobre ou rico, o pai ou a mãe, as vítimas podem ser vários filhos ou um específico, pode ocorrer em qualquer ambiente em qualquer cidade, podem ter escolaridade superior ou não, etc. São múltiplos fatores que definem o alienante (MACHADO, 2017).

Diante de tais informações, o que se tem percebido é que mesmo com a existência da lei normatizando a alienação parental, a sua prática ainda é muito comum. No período atual, onde a sociedade enfrenta uma pandemia, é possível encontrar dados estatísticos que apontam um crescimento no número de casos de alienação parental. Para discorrer sobre essa questão, tema central desse estudo, apresenta-se o tópico seguinte.

4. CONTEXTUALIZANDO A TEMÁTICA

Para melhor compreensão da discussão da temática proposta por esse estudo, se faz necessário tecer algumas linhas gerais sobre o novo cenário social ao qual a prática da alienação parental se encontra. *In casu*, estar-se a falar sobre a pandemia global existente em razão da expansão do contágio da Covid-19.

Em meados de 2019 ocorreu na China uma contaminação de um vírus oriundo de morcegos. Até o momento não se sabe como esse vírus surgiu e de que forma ele se desenvolveu. Ocorre que no ano de 2020 tal vírus se espalhou pelo mundo, ocasionando numa pandemia global. Esse vírus ficou denominado de Coronavírus.

O Coronavírus faz parte da família de vírus (CoV) e pode causar uma série de efeitos aos seus portadores, tais como resfriados, febre, tosse chegando até mesmo a doenças mais graves como a Síndrome Aguda Respiratória Severa (SARS) e a Síndrome Respiratória do Oriente Médio (MERS). (ZHANG, 2020).

Esse novo coronavírus recebeu a denominação SARS-CoV-2 pela Organização Mundial da Saúde (OMS) e a doença que ele provoca ficou conhecida como Covid-19. Desde a sua expansão em território global, o coronavírus tem causado prejuízos de toda ordem, seja social, financeiro, cultural, etc. Ainda vai demorar décadas até de fato dimensionar o seu impacto (MEDEIROS, 2020).

Desde que fora descoberta e expandida, milhares de cidadãos têm sido mortos diariamente ao redor do mundo. Hospitais lotados são apenas um exemplo de como essa doença impactou e ainda assombra a sociedade. Mesmo que não se tenha a cura definitiva, a aplicação de vacinas tem sido amplamente defendida como uma importante medida de prevenção.

O fato é que a sociedade global se modificou com a existência da Covid-19. O novo 'normal' nos dias de hoje é a utilização constante de máscara, a aplicação de álcool em gel, o distanciamento entre indivíduos e principalmente o isolamento social, conhecido como "fique em casa".

É nesse aspecto que a Covid-19 mais pode ser sentida pela população. Ao ter o comércio, escolas e demais estabelecimentos fechados, o isolamento social provocado pela Covid-19 trouxe uma mudança radical na convivência familiar. No período mais crucial do contágio, o comum era ter todos os membros da família no mesmo local durante um longo período (PEREIRA, 2020).

Essa situação provocou – e ainda provoca – uma série de efeitos sobre a família e a comunidade. A proximidade constante e diária dos membros familiares trouxe uma avalanche de cometimentos de diversos delitos, tais como os casos de violência familiar, de abusos sexuais, de suicídio, de abandono afetivo e no que concerne o presente estudo, o de alienação parental. A respeito desse último fator, explora-se no tópico a seguir.

5. ALIENAÇÃO PARENTAL NO PERÍODO DE PANDEMIA: A QUESTÃO DA LIMITAÇÃO DO DIREITO DE CONVIVÊNCIA ENTRE PAIS E FILHOS

Como descrito no tópico anterior, a pandemia causada pela Covid-19 trouxe uma série de consequências de toda ordem. No seio familiar, o seu impacto fora ainda mais intenso. Como uma das medidas de prevenção ao contágio da doença é o isolamento social, desde o início da pandemia, pesquisas começaram a mostrar que a alienação

parental era uma das principais práticas delituosas cometidas nos lares brasileiros (PEREIRA, 2020).

A respeito dessa realidade, cabe citar a seguinte análise:

Diante das medidas de segurança que reverberaram no Poder Judiciário, muitos ex-casais se viram diante da necessidade de se restabelecer o diálogo (mesmo que forçadamente) para negociarem novas possibilidades para esse período, pois precisavam encontrar soluções que protegessem os filhos e, em alguma medida, atendessem às expectativas de convivência entre pais e filhos. Para aqueles que não conseguiram resolver consensualmente, o Poder Judiciário foi procurado para dar solução aos conflitos. As demandas que proliferaram nesse momento se referem, principalmente, ao exercício da convivência familiar (SANTI, 2019, p. 160).

Frente a um novo cenário familiar encontrado por conta da pandemia, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário brasileiro se posicionaram, *a priori*, na busca de amenizar eventuais problemas. O primeiro deles foi a Recomendação emitida pelo Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), que dispõe sobre as recomendações para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia da COVID-19. No seu texto, foi possível encontrar o seguinte trecho que versa sobre este tema:

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

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

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

c. Em casos que se opte pela permissão de visitas ou períodos de convivência, responsáveis que tenham voltado de viagem ou sido expostos à situações de risco de contágio devem respeitar o período

de isolamento de 15 dias antes que o contato com a criança ou o adolescente seja realizado;

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

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

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

(BRASIL, 2020)

Nota-se pelo texto acima que se recomendara o afastamento de um dos genitores do lar para que se evite qualquer contato ou risco de contágio da Covid-19 à criança. O intuito, como bem esclarece o teor do texto é a proteção máxima de crianças e adolescentes, e para isso, uma das recomendações era de afastamento de um dos genitores do filho.

Essa recomendação gerou diversas interpretações equivocadas por parte dos operadores de direito que fixaram em suas decisões a suspensão da convivência familiar. Salientam Silva et al. (2021, p. 06) que “a recomendação em nenhum momento menciona algo que motive a suspensão da convivência de modo presencial, todavia, recomenda expressamente que não se coloque em risco as crianças e a coletividade”.

Corroborando com os autores acima citados, Vítor (2021, p. 02) afirma que a “nota não implica em uma lei ou regra temporária suspendendo a visita ou a guarda dividida. A nota apenas entrega uma sugestão, responsável, para os tempos que vivemos, mas em momento algum diminui o peso que uma relação pai/filho possui”.

Além disso, como bem aduzem Pase; Parada; Patella (2021, p. 04) “os alienadores se aproveitaram dessa situação para praticarem atos de alienação parental, e impedir o convívio do menor com o outro genitor”.

Em determinados casos, onde a Justiça autorizou a suspensão de convivência familiar em decorrência de possível risco para o filho, o genitor responsável pode se utilizar dessa prerrogativa para aplicar ações que visem o afastamento definitivo do outro genitor.

A título de exemplo, mostra-se a seguinte decisão:

FAMÍLIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE GUARDA CUMULADA COM REGULAMENTAÇÃO DE CONVIVÊNCIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. GUARDA PROVISÓRIA DEFERIDA AO GENITOR. **SUSPENSÃO DE VISITAS. PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS.** ALTERAÇÃO DOS ASPECTOS DA GUARDA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ORIENTAÇÕES DAS AUTORIDADES SANITÁRIAS E DO CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO IMPROVIDO. [...] 1.2. Já a segunda decisão recorrida **deferiu o pedido de suspensão temporária das visitas maternas, realizadas de forma quinzenal, em razão da COVID-19.** [...] 5. O artigo 1.586 do Código Civil autoriza ao juiz a alteração de aspectos da guarda em nome do princípio da proteção integral da criança e do adolescente, sendo necessária a ponderação ente a importância do convívio familiar com exposição do menor ao risco de contaminação. 5.1. **Apesar de não ser ideal a suspensão da convivência materna, considerando o interesse existencial do menor, é prudente neste momento observar orientações das autoridades sanitárias de distanciamento social exigido pela pandemia do novo Coronavírus.** 5.1. Tal entendimento coaduna-se com a recomendação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA4). 6. Recurso improvido. (TJDFT 07131539220208070000 - (0713153-92.2020.8.07.0000 - Res. 65 CNJ) - Segredo de Justiça. 2ª Turma Cível. Relator: João Egmont. Data de Julgamento: 26/08/2020/ Publicado no PJe: 06/09/2020). (grifo meu)

Por se tratar de um cenário novo, ao qual o Poder Judiciário e nem mesmo o Legislativo poderiam esperar, o que se tem enfatizado é que a pandemia não pode e nem poderá sanar qualquer convivência familiar, uma vez que esse ato é um imperativo constitucional, regulado conforme o texto do art. 227 da Constituição Federal de 1988; a saber:

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).

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

Devido a esse fato, após essas contradições, os Tribunais têm se mostrado mais flexíveis no que tange a convivência familiar em tempos de pandemia, com o objetivo de priorizar o melhor interesse da criança e do adolescente. Algumas decisões tem caminhado no entendimento de que a pandemia não pode sobrepor aos direitos dos pais em ter a convivência familiar com seus filhos. O que se deve ter é uma adaptação temporária, a depender de cada caso concreto.

A título de exemplo, mostra-se o seguinte julgado:

[...] em sede de ação revisional, após a genitora suspender a convivência presencial da filha com o genitor ao argumento de que seguia as recomendações Organização Mundial da Saúde – OMS, o Juízo considerou que o genitor trabalhava na área administrativa da penitenciária, não sendo motivo para proibir as visitas. Que era provável a suspensão das férias para recuperar o calendário escolar, prejudicando também a convivência regulamentada para as férias, razões pelas quais, decidiu pela compensação das convivências fixando períodos de 7 (sete) dias corridos e alternados para cada genitor até o retorno das aulas presenciais. (Estado Catarinense, da Vara da Família e Órfãos do Norte da Ilha, Comarca da Capital. Autos n. 5033250-[...], Relator: Juíza Janine Stiehler Martins, data da decisão: 08/05/2020, TJSC. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/convivencia%20liminar%20revisional.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2021).

Com base no citado julgado acima, fica evidenciado que a convivência familiar não pode ser prejudicada devido à pandemia. Argumenta Borba (2021, p. 01) que em grande parte dos cenários familiares, o convívio presencial entre pais e filhos, mesmo aqueles que não residem no mesmo espaço, não traz prejuízos à saúde das partes ou da sociedade, uma vez que, “em regra, o direito de convivência familiar deve prevalecer, pois, além de ser fundamental a pessoa em desenvolvimento, não anula ou prejudica o direito à saúde”.

Findado o entendimento de que a convivência familiar deve prevalecer sobre o período de pandemia, algumas ações podem ser realizadas a fim de prevenir a prática de alienação parental, conforme se analisa a seguir.

5.1 PROPOSTAS PARA MANUTENÇÃO DO CONVÍVIO FAMILIAR E PREVENÇÃO DA ALIENAÇÃO PARENTAL

Por se tratar de um período de exceção, ou seja, que foge a normalidade social, algumas ações podem ser feitas para amenizar o distanciamento e evitar que surja a prática de alienação parental.

Na concepção de Girardi (2020) na busca por evitar possível atos alienantes, é recomendado que haja gerenciamento de convivência entre os genitores separados e seus filhos, tendo como base o diálogo e bom senso das partes, o que certamente ajudará a impedir que as consequências da pandemia contaminem também o campo dos afetos, ensinando-se às crianças e aos adolescentes que a solidariedade nasce em casa.

Além disso, o uso de ferramentas tecnológicas podem ser uma importante ferramenta que auxilia na proximidade entre o genitor ausente e o filho. Nesse sentido, cita-se:

Para quem já usa o expediente da alienação parental, parece que o isolamento social obrigatório virou uma desculpa perfeita para retirar completamente da vida do filho a presença de um dos pais. A questão é muito sensível e merece especial atenção. É preciso verificar se esse afastamento específico é realmente necessário para preservar a saúde do menor ou não. Em caso positivo, deve ser utilizada toda a tecnologia disponível para minimizar a distância (internet, smartphones etc.) entre pais e filhos, bem como precisam ser verificadas futuras compensações (PEREIRA, 2020, p. 02).

A compensação citada acima pode ser entendida como uma alternância de períodos com o filho. Como bem explica Pereira (2020, p. 02) para evitar que o filho tenha que se deslocar continuamente, os genitores podem entrar em acordo no sentido de que “cada um possa ficar um tempo estipulado (15 dias por exemplo) com filho, ou estipular um período maior para o filho estar com o outro genitor, após a pandemia”.

De todo modo, o importante em todos os casos é garantir o melhor interesse da criança. Em casos específicos pode-se estipular judicialmente um período de afastamento, desde que comprovada eventual risco para a criança, de um dos genitores, ou em casos mais flexíveis, estipular horários de visitas. Os aparatos tecnológicos nesses casos podem – e devem – ser utilizados de forma contínua, porque ajudam a diminuir a ausência física.

Outra alternativa muito consagrada no Direito brasileiro é a efetivação da Guarda Compartilhada. Atualmente, a guarda compartilhada deixou de ser uma alternativa passando a ser obrigatória. Isso se deu pelo fato de que “a lei busca garantir que mães e

pais continuem a ser mães e pais, independentemente de haver ou não relacionamento conjugal. O objetivo é também que o filho saiba que pai e mãe têm o mesmo peso de responsabilidade na vida dele” (COSTA, 2015, p. 01).

Todavia, ainda que a guarda compartilhada seja a regra geral, é preciso que o Magistrado diante do contexto de cada caso concreto, deva observar as circunstâncias fáticas de cada família, ao ponto de decidir qual melhor guarda para o filho (a). Marques (2015) aduz que em casos onde se verifica que a guarda compartilhada agravaria o litígio entre os genitores, prejudicando assim os interesses dos filhos, deve-se aplicar outras medidas.

No caso de pandemia, a guarda compartilhada tem sido amplamente utilizada como forma de diminuir a distância física, afetiva e social dos pais com seus filhos. Ao dividir as responsabilidades em todos os aspectos, tem-se uma convivência familiar implantada de forma efetiva, gerando assim uma maior segurança ao filho.

Ademais, defende-se nesse estudo o entendimento de que no período de pandemia, deve-se aplicar a guarda compartilhada como forma de evitar a alienação parental, principalmente em períodos de pandemia. Conforme opina Oliveira (2015, p. 332) e pelo qual essa pesquisa corrobora, a guarda compartilhada mostra-se “adequada nos casos de alienação, pois obriga ambos os genitores a exercer a autoridade parental que lhes pertence, sem prejuízo do direito potestativo da criança à convivência familiar, privilegiando, assim, o seu melhor interesse”.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia ocorrida em razão da expansão de contaminação da Covid-19 trouxe significativas mudanças ao redor do mundo. Sejam elas estruturais, sociais, econômicas, jurídicas, ambientais, o fato é que a pandemia causou e ainda está causando um impacto enorme, que repercutirá por décadas. Dentre as áreas mais afetadas encontra-se a família.

Devido às imposições de medidas preventivas ao contágio da Covid-19, as famílias tiveram que se isolar, ou no melhor termo, ficar em casa. Nesse período, que é novo e imprevisível, a convivência familiar trouxe para o Direito diversas situações aos quais não se pode ausentar. Entre todas as que ainda estão sendo analisadas e julgadas, encontra-se o aumento da prática da alienação parental.

Conforme explicitado no decorrer desse estudo, a alienação parental se caracteriza como sendo a ação de um dos genitores em prejudicar o outro, colocando o filho (s) como ponte de intercâmbio entre as ações. Os reflexos que essas atitudes possuem aos filhos, já é conhecido pela ciência como prejudicial em todas as fases do desenvolvimento.

A par desse fato, o que se analisou aqui foi que a pandemia fez com que muitos genitores, aproveitando as recomendações de isolamento social e conseqüentemente o afastamento do outro genitor, iniciasse os atos alienantes. Essa realidade se tornou corriqueira na maioria dos lares brasileiros.

Buscando encontrar meios de prevenção a essa prática, a justiça tem flexibilizado o entendimento de que se deva haver total isolamento social, e vem permitindo – desde que observado o melhor interesse da criança e menor risco possível a sua saúde – que o genitor afastado possa continuar a conviver com o filho de modo presencial.

Esse posicionamento jurisprudencial também pode ser correlacionado à outras medidas preventivas, tais como o uso de aparelhos eletrônicos (celulares, notebooks, laptops, etc.) como forma de diminuir a ausência do outro genitor na convivência com o filho.

Há também a alternância de dias a serem divididos entre os genitores, como a aplicação de regulamentação das férias, com a criança ficando períodos mais longos, geralmente 15 dias com cada um dos genitores, de modo a reduzir o deslocamento. Essa solução serve inclusive nos casos onde os ex-genitores residem em cidades diferentes.

Também se menciona a aplicação da guarda compartilhada. Entendida como uma forma de dar aos genitores a responsabilidade por igual na criação e educação de seus filhos, ainda que não solucione totalmente o problema, a guarda compartilhada é a mais indicada, pois ao trazer os genitores a responsabilidade equilibrada perante aos filhos fazem com que os mesmos não cometem práticas alienantes.

De todo modo, qual seja a solução a ser utilizada o que deve ser prioridade é sempre o bem estar do filho. Em todo o contexto causado pela pandemia, o melhor interesse da criança deve sempre prevalecer.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORBA, Marcela Patrícia Amarante. **O direito de convivência do filho de “pais separados” durante a pandemia.** 2021. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/index.php/artigos/1533/O+direito+de+conviv%C3%Aancia+do+filho+de+%E2%80%9Cpais+separados%E2%80%9D+durante+a+pandemia>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12318.htm>. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente – CONANDA. **Recomendações do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do COVID-19.** 2020. Disponível em: <https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid_19_25032020.pdf>. Acesso em: 21 ago. 2021.

CORREIA, Eveline de Castro. **A Alienação Parental e o Dano Moral nas relações de família.** Artigo apresentado à Universidade Fortaleza. Fortaleza-CE, 2019.

COSTA, Renata. **Guarda compartilhada: entenda como funciona.** 2015. Disponível em: <<http://brasil.babycenter.com/a250110/guardacompartilhadaentendacomofunciona>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

ENDIREITADOS. **O que seria Alienação Parental.** 2018. Disponível em: <<https://endireitados.jusbrasil.com.br/noticias/182556814/o-que-seria-alienacao-parental>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

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

GARDNER, Richard. **Recent trends in divorce and custody.** Academy Forum, v. 29, n. 2, 1985.

GIRARDI, Viviane. **Alienação parental se agrava em tempos de pandemia.** 2020. Disponível em: <<https://emails.estadao.com.br/blogs/familia-plural/alienacao-parental-se-agrava-em-tempos-de-pandemia/>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

IBIAS, Delma Silveira; SILVEIRA, Diego Oliveira da. **Coronavírus e o direito de convivência com os filhos.** Espaço Vital, 26 mar. 2020.

MACHADO, Arieli Monique. **Alienação Parental: Direito à convivência familiar.** Conteúdo Jurídico, Brasília - DF: 24 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590058&seo=1>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

MADALENO, Ana Carolina Carpes. MADALENO, Rolf. **Síndrome da Alienação Parental: importância da detecção – aspectos legais e processuais.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MARQUES, Alinne. **A Guarda Compartilhada dos Filhos e a Pensão Alimentícia.** 2015. Disponível em: <<http://gazetadoadvogado.adv.br/2015/11/11/a-guarda-compartilhada-dos-filhos-e-a-pensao-alimenticia/>>. Acesso em: 23 ago. 2021.

MEDEIROS, Daniel. **Coronavírus: impactos históricos e sociais provocados pela pandemia da COVID-19.** 2020. Disponível em: <<https://saudedebate.com.br/noticias/coronavirusimpactoshistoricosesociaisprovocados-pela-pandemia-da-covid-19>>. Acesso em: 18 ago. 2021.

OLIVEIRA, Euclides. **Alienação Parental e as Nuances da Parentalidade.** In: Tratado de Direito das Famílias. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

PASE, Hemerson Luiz; PARADA, Manuela Medeiros; PATELLA, Ana Paula D. Os impactos da Pandemia da COVID-19 no direito de família: o direito fundamental à convivência familiar. **Campos Neutrais - Revista Latino-Americana de Relações Internacionais**, Rio Grande, RS, v. 3, n. 1, p. 53–67, 2021.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Direito de Família, coronavírus e guarda compartilhada.** 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-08/cunha-pereira-direito-familia-coronavirus-guarda-compartilhada2>>. Acesso em: 20 ago. 2021.

PERELLI, Bruno Angeli. **Você sabe o que é Alienação Parental?** 2020. Disponível em: <<https://rpsa.com.br/alienacao-parental/>>. Acesso em: 25 ago. 2021.

PERRONI, Adriana; LÜDER, Amanda. **Processos por alienação parental crescem 47% no estado de SP durante a pandemia.** 2021. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/saopaulo/noticia/2021/04/30/processosporalienacaoparental-crescem-47percent-no-estado-de-sp-durante-a-pandemia.ghtml>>. Acesso em: 22 ago. 2021.

SANTI, Liliane. **Alienação parental como ela é...** Ibirité: Grupo Editorial Ferro, 2019.

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

SOUZA, Juliana Rodrigues de. **Alienação parental sob a perspectiva do direito à convivência familiar.** 2ª edição/ Juliana Rodrigues de Souza – Leme/SP: Mundo Jurídico, 2017.

VÍTOR, Paulo Henrique da Silva. **O aumento da alienação parental em tempos de pandemia.** 2021. Disponível em: <<http://silvavitor.com.br/o-aumento-da-alienacao-parental-em-tempos-de-pandemia/>>. Acesso em: 24 ago. 2021.

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