BOLETIM CONTEÚDO JURÍDICO vol. 1094

(Ano XIV)

(11/06/2022)

ISSN - 1984-0454

Conteúdo Jurídico
www.conteudojuridico.com.br

BRASÍLIA

Boletim Conteúdo Jurídico - ISSN – 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

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

www.conteudojuridico.com.br

QR code do Volume

Boletim Conteúdo Jurídico.

Jurídico, Boletim Conteúdo, vol. 1094, (ano XIV) ISSN – 1984-0454 / Boletim Conteúdo Jurídico, Brasília, DF. 2022. 541 f.

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

Recurso online. Publicação semanal.

ISSN 1984-0454

Coordenação: Valdinei Cordeiro Coimbra.

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

CDD – 020.5

www.conteudojuridico.com.br

SUMÁRIO

COLUNISTA DA SEMANA

Violência psicológica contra a mulher (Artigo 147 – B, CP)
Categoria: Penal
Eduardo Luiz Santos Cabette, 09.

ARTIGOS

Contribuição das práticas restaurativas na efetiva aplicação das medidas sócio educativas
Fernanda Arruda Corrêa, 36.

Licenciamento ambiental, um instrumento da política nacional do meio ambiente: como se encontra após 40 anos da sua promulgação?
Luis Alberto Alves da Costa e Lívia Helena Tonella Brasil, 51.

Mulher transexual no sistema carcerário brasileiro: Políticas prisionais de encarceramento e combate ao preconceito transfóbico e à transmisoginia nas unidades de ressocialização
Everton de Souza Alencar Oliveira, 72.

A (im) possibilidade de aplicação do poder sancionador do CADE aos entes federados
Sarah Lopes de Araújo Freitas, 95.

O direito à informação do consumidor e a contaminação de alimentos por resíduos de agrotóxicos
Franculino José da Silva Filho, 117.

O canabidiol em tratamentos médicos à luz do princípio da dignidade da pessoa humana e a concretização do direito à saúde pelo Poder Judiciário
Antonio Pereira da Silva Neto e Paula Rangelma de Melo Morais, 183.

A importância da mediação como ferramenta para solução de litígios na manutenção das relações familiares
Luciene Francisca Martins, 203.

A liberdade das formas e a segurança jurídica à luz do Código Civil de 2002
Wilame Pereira Marciel e Marcius Roberto Pimentel de Carvalho, 224.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A violência doméstica e familiar contra a mulher na pandemia do covid-19
Nayse de Freitas Silva e Axela Mikaele Barradas da Silva, 258.

O dever de motivação dos atos e das decisões administrativas e as alterações da LINDB
Felipe Miranda Ferrari Picolo, 280.

Psicopatia e o sistema jurídico brasileiro
Emanuele Borges Sevilha, 296.

Esquizofrenia: as medidas de segurança e o seu caráter perpétuo nos tratamentos adotados
Ana Carla Fonseca Soares e Guilherme Carneiro Sales, 313

A reforma trabalhista de 2019 e o impacto nas relações entre empresa e colaborador
Veronica Lorena da Silva Souza, 329.

A aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato
Emanuely Cristiny Silva de Carvalho, 337.

Violência doméstica em tempos de pandemia e as medidas protetivas contra os atos abusivos
Elane Lima De Sousa e Maria Sthephannie Alves de Macedo, 354.

O controle do Tribunal de Contas da União em prorrogações de contratos administrativos
Felipe Miranda Ferrari Picolo, 372.

Nanotecnologia a luz da responsabilidade civil: responsabilidade civil por danos causados por nanotecnologia ao meio ambiente e ao ser humano
Franculino José Da Silva Filho, 388

A proteção da legislação brasileira no comércio eletrônico
Layla Araújo de Souza, 401.

A verdade processual e a justificação das decisões judiciais
Maria Victoria Nogueira Lima, 420.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A efetividade da dignidade da justiça na condenação de multa por litigância de má-fé na Justiça do Trabalho
Angela Fabrísia Coutinho Brandão, 446.

A ineficácia da lei de divulgação de nazismo: os possíveis impactos a longo prazo
Isabela Ferraz, 470.

Da liberdade de expressão e a apologia ao crime nas músicas do gênero funk brasileiro
Victória Maria Lopes, 484.

Princípio da intranscendência da pena e a relação das detentas com os filhos, no sistema prisional brasileiro
Paula Cristine de Oliveira e Verônica Fraga de Abreu, 502.

Contratos bancários no direito do consumidor à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça
Dallyla Gleyce Alves de Lima e Ana Beatriz De Sousa Leal, 519.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA CONTRA A MULHER (ARTIGO 147 – B, CP)

EDUARDO LUIZ SANTOS CABETTE: Delegado de Polícia aposentado, Mestre em Direito Social, Pós-graduado em Direito Penal e Criminologia e Professor de Direito Penal, Processo Penal, Medicina Legal, Criminologia e Legislação Penal e Processual Penal Especial na graduação e na pós – graduação do Unisal.

1-CONCEITO E UMA PRIMEIRA VISÃO CRÍTICA

A chamada "Violência Psicológica" contra a mulher tem sua primeira regulação legal com o advento da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/06), em seu artigo 7º., II.

Ocorre que a Lei 11.340/06, embora tratando da violência doméstica e familiar contra a mulher, praticamente não prevê crime algum especial, salvo, excepcionalmente, mesmo assim após uma pequena reforma, o crime de descumprimento de medida protetiva de urgência, conforme artigo 24 – A do mesmo diploma, inserido pela Lei 13.641/18. No mais, o que a Lei 11.340/06 faz com relação à violência de gênero contra a mulher no âmbito doméstico e familiar é prever um tratamento penal, processual penal e de execução penal mais rigoroso e adequado ao agressor. Não obstante, os crimes a serem imputados são aqueles já normalmente previstos no ordenamento jurídico (v.g. Feminicídio, lesões corporais, ameaça, constrangimento ilegal, sequestro e cárcere privado etc.).

Os crimes já previstos legalmente no ordenamento, acaso cometidos em situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos estritos termos do artigo 5º., I a III da Lei Maria da Penha, têm um tratamento diferenciado de acordo com suas normas (da Lei Maria da Penha), conforme acima exposto.

O artigo 7º., do diploma enfocado apresenta as formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, sendo elas a violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral. Em cada um dos cinco incisos desse dispositivo há uma definição de uma espécie de violência, mas isso não significa que o citado artigo 7º., preveja condutas criminais ou, melhor dizendo, tipos penais incriminadores. Ali há apenas definições abstratas de espécies de violência, as quais podem ser cometidas por meio de condutas criminosas previstas no ordenamento jurídico – penal brasileiro. Então, por exemplo, o indivíduo que agride fisicamente a sua esposa, causando lesões leves não responde por um suposto crime

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

previsto no artigo 7º., I, da Lei 11.340/06, mas pelo crime de lesões corporais qualificado, conforme consta do artigo 129, § 13, CP. Acontece que tal crime será abrangido pela Lei Maria da Penha e seu tratamento mais rigoroso ao agressor sob vários aspectos, tendo em vista tratar-se de situação de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do artigo 5º., I e II na sua espécie de "violência física" (artigo 7º., I). O mesmo raciocínio vale para um estupro praticado pelo namorado contra a namorada. Nesse caso, aplicar-se-ia o artigo 5º., III e a espécie de "violência sexual", conforme artigo 7º., III, sendo o crime imputável o previsto no artigo 213, CP.

Quanto à chamada "Violência Psicológica" sempre se procedeu dessa mesma forma. Havendo a situação de violência doméstica e familiar contra a mulher (artigo 5º., I a III) e configurada uma hipótese de "Violência Psicológica" (artigo 7º., II), o infrator seria submetido à imputação de algum crime previsto na legislação penal, como, por exemplo, ameaça, perseguição ou Stalking, sequestro e cárcere privado, constrangimento ilegal etc. Mais uma vez, seguindo a normalidade da Lei 11.340/06, a chamada "Violência Psicológica" descrita no artigo 7º., II do mesmo diploma não era um tipo penal específico, mas apenas uma descrição abstrata, uma definição de espécie de violência, que poderia abranger vários tipos penais, conforme as circunstâncias do caso concreto.

Com o advento da Lei 14.188/21, no que tange à "Violência Psicológica", altera-se a sistemática usual da Lei 11.340/06, criando-se um subsistema incriminador dentro do subsistema de tratamento específico da violência doméstica e familiar contra a mulher. Agora temos uma coisa parecida com aquelas bonecas russas Matryoshkas: há o sistema penal comum, dentro dele o subsistema diferenciado para o tratamento da violência doméstica e familiar contra a mulher com seu funcionamento já descrito, e, finalmente, dentro do último subsistema, há um outro subsistema para a "Violência Psicológica", com uma regulação diferenciada dos demais casos.

Ao invés de permanecer a definição de "Violência Psicológica" adstrita ao artigo 7º., II e buscando-se, no caso concreto, um crime específico no ordenamento (como ocorre em todos as demais espécies de violência previstas no artigo 7º.), optou o legislador por criar uma incriminação direta e específica da própria "Violência Psicológica", praticamente copiando a redação do dispositivo em destaque da Lei Maria da Penha. Em outras palavras, erigiu o legislador em crime a própria definição abstrata de "Violência Psicológica contra a Mulher".

O artigo 7º., II, da Lei 11.340/06 assim define a "Violência Psicológica" contra a mulher:

> 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 13.772/18).

Vem a Lei 14.188/21 e cria um crime previsto no artigo 147 – B do Código Penal, com a seguinte descrição típica:

> 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.

É facilmente perceptível que o que fez o legislador foi praticamente repetir o texto do artigo 7º., II da Lei Maria da Penha, ajustando sua redação ao modelo de um tipo penal que descreve uma conduta, usando um verbo comissivo ("causar") e não apenas define o que seja uma expressão como "Violência Psicológica".

Efetivamente, o legislador criminalizou direta e especialmente o que era, até então, uma descrição ou definição legal de "Violência Psicológica" contra a mulher, podendo enquadrar-se, conforme o caso, em diversos tipos penais da legislação brasileira.

Como melhor será exposto no decorrer deste texto, entendemos que essa atuação do legislador foi desastrosa. Primeiro porque cria um hiato entre o subsistema da Lei Maria da Penha e a questão da "Violência Psicológica", que passa a ser tratada de modo diverso dos demais casos de violência do artigo 7º., o que certamente é algo assistemático, ensejando aquele já descrito jogo de bonecas russas em que um subsistema é criado dentro de outro subsistema, confundindo ainda mais a já atabalhoada legislação pátria. Além disso, a alteração parece advir tão somente de mais uma iniciativa deletéria de "Direito Penal Simbólico" e demagogia legislativa, uma vez que a "Violência Psicológica" já

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

era devidamente definida pela Lei Maria da Penha e tinha a seu dispor todo um arcabouço de tipos penais adaptáveis a cada caso concreto, aliás, tal qual ocorre com as demais formas de violência. Ora, certamente sendo o Direito Penal considerado de "ultima ratio", seu manejo somente se deve dar em casos de estrita *necessidade*, o que não se configura com relação ao tema. Finalmente, é preciso destacar que a descrição típica fere frontalmente a "legalidade estrita", pois que não descreve de forma semanticamente determinada quais seriam as condutas puníveis, ensejando o surgimento de um temível e indesejável "tipo penal aberto".

Mas, em sua sanha demagógica o legislador prefere fazer a imaginação sobrepujar o real, o ideal sobrepor-se à realidade. Faria melhor seguindo o conselho de Emily Dickinson ao referir-se ao "Banquete da Temperança". Deveria procurar desfrutar desse banquete "para que o real" não "desencante sua alma". A decepção que se segue quando algo idealizado ou meramente imaginado se choca com a realidade concreta é muito profunda e, às vezes, sem remédio possível para os males que a ilusão criou. 1

Ferrajoli opera uma distinção entre o que denomina de "Princípio da Legalidade Ampla ou de mera legalidade" e o "Princípio da Legalidade Estrita ou Princípio de Estrita Legalidade". Para a satisfação do primeiro, não há necessidade de uma descrição semântica taxativa. Ao contrário, para obedecer ao "Princípio de estrita legalidade" é imprescindível a taxatividade descritiva das condutas incriminadas. Em suma, a mera legalidade determina que ao juiz é dado apenas reconhecer como delito àquilo que é predeterminado pelo legislador como tal. Já para a legalidade estrita, não basta que haja uma previsão do legislador para que o juiz possa reconhecer uma conduta como criminosa. Mister se faz que o legislador obedeça criteriosamente "uma regra metajurídica de formação da linguagem penal que para tal fim" lhe prescreve "o uso de termos de extensão determinada na definição das figuras delituosas, para que seja possível a sua aplicação na linguagem judicial como predicados 'verdadeiros' dos fatos processualmente comprovados". Pode-se dizer que enquanto à mera legalidade basta a "conformidade formal às leis dos atos de produção normativa", à legalidade estrita, além da conformidade formal, exige-se uma "conformidade substancial às leis dos significados ou conteúdos das normas produzidas". Em suma, não basta que o legislador produza leis de acordo com o processo legislativo, mas é imprescindível que ele produza leis claras, taxativas, com descrições objetivas. É essa característica de determinação segura do conteúdo da lei penal que lhe empresta validade sob o aspecto "substancial". 2

1 Apud, SHATTUCK, Roger. *Conhecimento Proibido*. Trad. S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 134.

2 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer "et al." São Paulo: RT, 2002, p. 305.

Por isso, qualquer "tipo penal aberto", sem que isso se justifique pela impossibilidade de tipificação exaustiva de condutas, como, por exemplo, nos tipos penais culposos, é inconstitucional, já que viola o "Princípio da Legalidade" na segurança jurídica e eficácia exigíveis na seara penal, o que com certeza inquina o artigo 147 – B, não sendo possível aceitar sua validade, inobstante sua vigência formal.

Poder-se-ia acenar com a efetiva impossibilidade de descrição de todas as condutas capazes de violentar psicologicamente uma mulher, o que justificaria o recurso ao "tipo penal aberto". Não obstante, no caso, sempre foi e continua sendo possível, a tipificação de condutas específicas que ferem psicologicamente a mulher e que já têm previsão legal estrita na lei penal brasileira, conforme acima já exposto. Enfim, o tipo penal do artigo 147 – B, CP é inoportuno, desnecessário, inconstitucional, assistemático e perigosamente gerador de imensa insegurança jurídica.

O recurso ao "tipo penal aberto" é visto pela doutrina em geral como uma exigência de ordem prática em certos casos excepcionalíssimos, que se faz como uma espécie de "mal necessário", ferindo aquilo que seria um "Direito Penal Ideal". É assim que, com algum pesar, se manifesta Nucci:

> Em determinadas situações, o legislador por impossibilidade de prever e descrever todas as condutas possíveis de acontecer em sociedade, criou os chamados tipos abertos, nos quais não há descrição completa e precisa do modelo de conduta proibida ou imposta. Nesses casos, faz-se necessária sua complementação pelo intérprete. 3

Assim sendo, não é possível banalizar a produção de tipos penais como o atual artigo 147 – B, CP, não dotados da necessária determinação semântica, especialmente quando o sistema que o antecedia possibilitava, desde sempre, a repressão a essa espécie de violência, mediante o emprego de tipos penais com descrição de condutas bem definidas ("tipos penais fechados") e aplicáveis adequadamente a cada caso concreto. Abrir mão de um sistema de imputação bem determinado, obediente à legalidade estrita, para passar a utilizar uma descrição equívoca que viola essa mesma legalidade, permitindo a tipificação de qualquer coisa que se pretenda, é algo absolutamente inaceitável.

3 NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 2008, p. 184.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No entanto, conscientemente ou não, paga-se pedágio para uma espécie de "mistificação revolucionária" que "faz com que se aceite, pela promessa de uma justiça absoluta, a injustiça perpétua, o compromisso sem limites e a indignidade". 4

A grande verdade é que esse novo tipo penal está a tornar mais realista ainda a descrição literária que faz Fontana a respeito de uma professora de Direito, após anos de carreira, fazendo uma espécie de balanço de sua vida profissional:

> Silvana há muito já sabia que a sua área tinha virado um manicômio. Não havia meio de explicar aos seus pobres alunos, aqueles coitados iletrados, a barafunda jurídica que nem mesmo ela, a professora, conseguia entender. As leis brasileiras eram um enigma insolúvel, um emaranhado obscuro de tecnicalidades, casuísmos, remendos e interpretações absurdas. Precisamente por isso, muito embora ela jamais ousasse elaborar tão claramente, sua vida profissional consistia em transmitir um *nonsense* incompreensível para idiotas arrivistas. Era isso que ela vinha fazendo de segunda à sexta, há mais de duas décadas, com ares da mais profunda seriedade. 5

Outro aspecto importante que aponta nova inconstitucionalidade para a criação de um tipo penal específico para a "Violência Psicológica" contra a mulher, especialmente nos termos genéricos em que é descrita, é a questão do tratamento isonômico de homens e mulheres sempre que não houver razão suficiente para alguma iniciativa de discriminação positiva, infringindo o "Princípio da Igualdade" (inteligência do artigo 5º., I, CF). Nesse passo, não se pode afirmar que o número ou a gravidade dos danos emocionais provocados por homens a mulheres seja consideravelmente maior ou mais intenso do que os provocados por mulheres a homens. Jiménez expõe que estudos apontam que o abuso psicológico prolongado tem levado um número enorme de homens a uma morte prematura, inclusive por suicídio. 6 E tenha-se em mente que pesquisas apontam que a taxa de suicídio é aproximadamente 4 (quatro) vezes maior para os homens do que para as mulheres no Brasil. 7 O mesmo Jiménez, ao abordar essa questão, aduz que em termos

4 CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 333.

5 FONTANA, Diogo. *A Exemplar Família de Itamar Halbmann.* Curitiba: Danúbio, 2018, p. 130.

6 JIMÉNEZ, Daniel. *Deshumanizando al Varón: Pasado, Presente y Futuro del Sexo Masculino*. EBook Kindle, 2019, p. 153.

7 VERDÉLIO, Andreia. Cerca de 11 mil pessoas tiram a própria vida todos os anos no Brasil. Disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/cerca-de-11-mil-pessoas-tiram-propria-vida-todos-os-anos-no-brasil , acesso em 30.04.2022. Anote-se que a porcentagem varia de 21 % dos casos para mulheres e 79% dos casos para homens.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

mundiais a proporção é a similar. Em torno de 70 a 80 por cento dos suicídios são masculinos. Entretanto, destaca o autor que existe uma tendência a não abordar o problema de gênero nesses casos, imputando ao homem a culpa por sua própria miséria psicológica e assinalando causas externas somente para as mulheres, o que, obviamente, decorre de uma visão preconceituosa e míope do problema. 8 E entre as novas gerações as taxas de suicídio também tendem a crescer mais entre os jovens do sexo masculino (um crescimento de aproximadamente 57 % entre meninos e 27% entre meninas). No entanto, todo destaque é dado às jovens, indicando o fato de que as meninas cometem mais tentativas de suicídio do que os meninos e ocultando a informação de que estes são os que efetivamente mais morrem, ou seja, intentam e conseguem se suicidar realmente, sendo o número muito considerável. Os meninos praticam realmente suicídios efetivos 5 ou 6 vezes mais do que as meninas. Novamente ocorre um ocultamento ou mesmo um fechar deliberado de olhos para o sofrimento masculino, tudo impulsionado por um viés "politicamente correto" e não por uma análise séria e preocupada com a realidade do problema. 9 Há um entrave cultural e ideológico para que se possa falar ou sequer mencionar a questão do sofrimento masculino, fazer isso, como ocorre neste texto, é hoje praticamente, parodiando a letra da conhecida música, *um sussurro no som do silêncio*. 10

8 JIMÉNEZ, Daniel. Op. Cit., p. 204.

9 SOMMERS, Christina Hoff. *La Guerra Contra Los Chicos: Cómo um feminismo mal entendido está dañando a los chicos jóvenes*. Trad. Lourdes Huanqui. EBook Lectulandia, 2014, p. 12 e 253.

10 The Sound of Silence. "Hello, darkness, my old friend/I've come to talk with you again/Because a vision softly creeping/Left its seeds while I was sleeping/And the vision that was planted in my brain/Still remains/Within the sound of silence/In restless dreams I walked alone/Narrow streets of cobblestone/'Neath the halo of a streetlamp/I turned my collar to the cold and damp/When my eyes were stabbed by the flash of a neon light/That split the night/And touched the sound of silence/And in the naked light I saw/Ten thousand people, maybe more/People talking without speaking

People hearing without listening/People writing songs that voices never share/And no one deared/Disturb the sound of silence/Fools, said I, you do not know?/Silence like a cancer grows/Hear my words, that I might teach you/Take my arms, that I might reach you/But my words like silent raindrops fell/And echoed in the wells of silence/And the people bowed and prayed/To the neon god they made

And the sign flashed out its warning/In the words that it was forming/And the sign said/The words of the prophets are written on the subway walls/And tenement halls/And whisper'd in the sounds of silence.

Tradução: O Som do Silêncio - Olá, escuridão, minha velha amiga/Vim conversar com você outra vez/Porque uma visão surgiu mansamente/Deixou suas sementes enquanto eu dormia/E a visão que foi plantada em meu cérebro/Ainda permanece/Dentro do som do silêncio/Em sonhos atormentados, eu caminhei sozinho/Ruas estreitas de paralelepípedos/Sob a luz de um poste de rua/Levantei minha gola contra o frio e a umidade/Quando meus olhos foram apunhalados pelo brilho de uma luz de neon/Que partiu a noite/E tocou o som do silêncio/**E na luz nua eu vi/Dez mil pessoas, talvez mais/Pessoas falando sem dizer/Pessoas ouvindo sem escutar/Pessoas escrevendo canções que vozes jamais compartilharam/E**

E um sussurro isolado por uma hegemonia ideológica opressiva que nos faz lembrar a frase emblemática de Antonio Machado:

"Qué difícil es cuando todo baja, no bajar también". 11

Feitas essas considerações iniciais, é possível partir para a análise de outros tópicos referentes ao crime em estudo.

2-OBJETIVIDADE JURÍDICA

O bem jurídico que se pretende tutelar com a norma incriminadora em estudo é a integridade e a saúde psicológica da mulher, assim como sua liberdade individual e pessoal, mesmo porque é abrigado no Capítulo VI – Dos Crimes Contra a Liberdade Individual, Seção I – Dos Crimes Contra a Liberdade Pessoal, tudo do Código Penal Brasileiro.

3-SUJEITO ATIVO

Pode parecer que o autor do crime precise ser um homem, mas isso não é verdadeiro. A legislação não faz nenhuma distinção, de modo que não se trata de crime próprio e sim de crime comum, o qual pode ser cometido por qualquer pessoa, inclusive pessoas de ambos os sexos.

Também não há exigência de nenhuma relação de parentesco ou convivência de qualquer espécie entre autor e vítima.

4-SUJEITO PASSIVO

A lei é clara ao estabelecer que o sujeito passivo do crime em estudo é apenas a mulher.

---

ninguém ousava/Perturbar o som do silêncio/Tolos, eu disse, vocês não sabem?/O silêncio cresce como um câncer/Escutem-me, que talvez eu possa ensiná-los/Peguem meus braços, que talvez eu possa alcançá-los/Mas minhas palavras caíram como gotas silenciosas de chuva/E ecoaram nos poços do silêncio/E as pessoas se curvaram e rezaram/Para o deus de neon que elas criaram/E a placa mostrou o seu aviso/Nas palavras que formava/E a placa dizia/As palavras dos profetas estão escritas nas paredes do metrô/E nos corredores dos cortiços/E são sussurradas ao som do silêncio (grifo nosso). SIMON & GARFUNKEL. The Sound of Silence. Disponível em https://www.letras.mus.br/simon-e-garfunkel/36245/traducao.html , acesso em 01.05.2022.

11 VIÉTTEZ, Adrían. Visiones del Amor: Antonio Machado. Disponível em https://www.zendalibros.com/visiones-del-amor-antonio-machado/#:~:text=Miro%20alrededor%20y%20est%C3%A1n%20todos,de%20lo%20que%20uno%20piensa , acesso em 01.05.2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Não obstante, num mundo avesso à realidade e dominado pelo relativismo, subjetivismo e vontade, capazes de alijar facilmente até mesmo conhecimentos científicos indiscutíveis e o senso comum mais óbvio, negando não somente a biologia, mas até as evidências dos sentidos no que diz com a anatomia, genética, fisiologia e mesmo a morfologia (tudo infamado como opressão cultural), torna-se necessário fazer uma incursão por questões trazidas pela chamada "Ideologia de Gênero" em seus arroubos mais fantásticos.

Falando em gênero e suas polêmicas, uma questão bem posta é a seguinte: poderá um transexual ser vítima de violência psicológica contra a mulher?

Um primeiro aspecto é induvidoso: não se tratando de transexual, mas de homossexual masculino que não tenha alterado seu sexo anatômica e juridicamente, é claro e evidente que não poderá ser vítima do crime em estudo. Mesmo porque tal pessoa normalmente *se identifica* como homem. Isso seria realmente dar à "Ideologia de Gênero" uma amplitude paroxística e absurda.

Como bem destaca Cunha, sobre o tema do transexual e o Feminicídio, porém, podem surgir duas correntes de pensamento:

> Em eventual resposta à indagação inicial podem ser observadas duas posições: uma primeira, conservadora, entendendo que o transexual, geneticamente, não é mulher (apenas passa a ter órgão genital de conformidade feminina), e que, portanto, descarta, para a hipótese, a proteção especial; já para uma corrente mais moderna, desde que a pessoa portadora de transexualismo transmude suas características sexuais (por cirurgia e modo irreversível), deve ser encarada de acordo com sua realidade morfológica, eis que a jurisprudência admite, inclusive, retificação de registro civil. 12

Analisando a questão sob o prisma estritamente jurídico, parece que realmente assiste razão ao entendimento de que o transexual devidamente reconhecido como mulher no registro civil e com alterações em sua genitália pode perfeitamente ser vítima de Feminicídio ou do crime em estudo, e não somente isso, passa a fazer jus a toda proteção

12 CUNHA, Rogério Sanches. Lei do Feminicídio: breves comentários. Disponível em www.jusbrasil.com.br , acesso em 16.04.2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

jurídica diferenciada concedida às mulheres nas mais várias searas (v.g. Lei 11.340/06, Legislação Trabalhista, civil etc.).

Este também é o entendimento de Rogério Greco, quando trata da questão do Feminicídio:

> Se existe alguma dúvida sobre a possibilidade de o legislador transformar um homem em mulher, isso não acontece quando estamos diante de uma decisão transitada em julgado. Se o Poder Judiciário, depois de cumprido o devido processo legal, determinar a modificação da condição sexual de alguém, tal fato deverá repercutir em todos os âmbitos de sua vida, inclusive o penal. 13

Atualmente, porém, o STJ, por sua 6ª. Turma reconheceu essa aplicabilidade de legislações que protegem a mulher às mulheres transexuais, de forma muito mais ampla, sem exigência de alteração do registro civil ou mesmo mudança anatômica do sexo (STJ, Recurso Especial 1977124/SP (2021/0391811-0), 6ª. Turma, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, j. 05.04.2022). Ademais, nada mais fez o STJ do que dar o devido alcance à manifestação do STF, sempre sob os influxos da "Ideologia de Gênero", quanto aos requisitos para mudança de registro civil de transexuais, conforme RE 670.422, onde restou estabelecido o seguinte:

> i)O transgênero tem direito fundamental subjetivo à alteração de seu prenome e de sua classificação de gênero no registro civil, não se exigindo, para tanto, nada além da manifestação de vontade do indivíduo, o qual poderá exercer tal faculdade tanto pela via judicial como diretamente pela via administrativa;
> ii) Essa alteração deve ser averbada à margem do assento de nascimento, vedada a inclusão do termo 'transgênero';
> iii) Nas certidões do registro não constará nenhuma observação sobre a origem do ato, vedada a expedição de certidão de inteiro teor, salvo a requerimento do próprio interessado ou por determinação judicial;
> iv) Efetuando-se o procedimento pela via judicial, caberá ao magistrado determinar de ofício ou a

13 Apud, Op. Cit.

> requerimento do interessado a expedição de mandados específicos para a alteração dos demais registros nos órgãos públicos ou privados pertinentes, os quais deverão preservar o sigilo sobre a origem dos atos. 14

4-TIPO OBJETIVO

O verbo do tipo é "causar". Causar o quê? "Dano emocional à mulher". Qualquer dano? Não, aquele que "prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões".

A lei também estabelece os meios pelos quais esse dano emocional poderá ser causado pelo autor: "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".

Embora sejam apresentados meios específicos para a causação de dano emocional à mulher, não se pode afirmar que se trate de um chamado "crime de forma vinculada", mas sim de um "crime de forma livre". 15 Isso porque o verbo "causar" empresta à conduta toda uma amplitude praticamente inabarcável. Poderia ser que os meios dispostos na lei para essa causação viessem a conferir alguma determinação à conduta, mas fato é que em todos os casos não há determinação alguma. Por exemplo, pode-se ameaçar alguém de muitas formas, chantagear também, ridicularizar, isolar, humilhar etc.

É bem verdade que o legislador tenta utilizar a chamada "interpretação analógica", expondo exemplos de condutas e fechando a redação com a fórmula genérica "qualquer outro meio que cause prejuízo à sua saúde psicológica e autodeterminação". Acontece que fracassa miseravelmente porque as casuísticas pretendidas são tão indeterminadas quanto a fórmula genérica que as sucede. Ou seja, há um grave problema de indeterminação semântica, violador, como já se disse, do "Princípio da Legalidade Estrita".

---

14 Cf. COELHO, Gabriela. STF define tese autorizando pessoa trans a mudar nome sem cirurgia. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia , acesso em 01.05.2022.

15 Barros explica a classificação dos crimes de acordo com a "especificação dos meios de execução": "a)de forma livre: admitem inúmeros meios de execução"; "b)de forma vinculada: só podem ser executados através de meios especificados no tipo legal". Cf. BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal – Parte Geral*. Volume 1. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 178.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O mesmo fenômeno corre com o resultado previsto para a conduta, qual seja, a causação de "dano emocional" à mulher. O que seria um "dano emocional"? A expressão é completamente indeterminada e indeterminável. Tanto é fato que quando o legislador tenta empreender alguma determinação, estabelecendo que se trataria do dano que "prejudique e perturbe seu pleno desenvolvimento ou que vise a degradar ou a controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões", apenas continua sua saga de emprego de expressões equívocas, sem qualquer conteúdo semântico seguro.

De tudo isso, a única coisa que se pode concluir, mesmo assim apenas pela aplicação de um "bom – senso" (bom - senso este que não se pode jamais confiar estar presente no Judiciário, no Ministério Público e nem na Polícia em suas atuações concretas) é que esse "dano emocional" causado à mulher não poderá ser uma bagatela qualquer, até mesmo pela aplicação do "Princípio da Insignificância". Se há exigência de que o dano prejudique o desenvolvimento, degrade, controle as ações, comportamentos, crenças e decisões da mulher, então esse dano deve ser de monta, não se adequando a, por exemplo, um simples contratempo, um mal – estar emocional passageiro, um mero aborrecimento. Talvez uma saída seja utilizar para essa aferição, na tentativa de minimizar a inépcia ou anemia semântica do tipo penal, as orientações jurisprudenciais já firmadas sobre temas como "dano moral" na área cível ou "assédio moral" no âmbito trabalhista. Decisões existem nos seguintes termos:

> Não configura dano moral o mero aborrecimento decorrente de lesão patrimonial, já abrangido pelo dano material. (TJMG. Apelação Cível n. 1.0702.01.008229-6/001. Relator: Des. Maurício Barros, julgada em 23 de novembro de 2005). 16

Porém, é evidente que mesmo essa cautela de bom – senso e o apelo a diretrizes encontráveis na justiça civil e trabalhista jamais podem ser suficientes para salvar o dispositivo em destaque de sua inconstitucionalidade patente face à sua insuperável equivocidade semântica. Além do mais, não se podem fazer passagens artificiais de diretrizes aplicáveis nos âmbitos civil e trabalhista para a seara penal. 17 Isso é uma

16 Na área trabalhista, quanto ao "assédio moral" se afirma: "Desse modo, imprescindível se faz a intenção malévola de prejudicar, para que o ato seja ilícito e capaz de ensejar dano moral, pois não configura dano moral o mero aborrecimento ou o simples sentimento de dor do emprego. A intenção maliciosa do assediador deve ser límpida e transparente para ser considerada juridicamente relevante a ponto de ensejar reparação". SOUZA JÚNIOR, José Rocha de, MORELLO, Evandro José. O Assédio Moral nas Relações de Trabalho: causas e consequências. Disponível em http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/9417f8b2b1c06a283755f255ce954227.pdf , acesso em 01.05.2022.

17 Cf. LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 13 – 14.

confusão extremamente perigosa, já que tais áreas jurídicas não podem ser equiparadas, estando submetidas a regras gerais e princípios totalmente diversos. Uma "civilização" do Direito Penal, não no bom sentido de torná-lo "civilizado" ou "humanizado", mas no de promover uma verdadeira "colonização" do ramo penal, tornando-o uma espécie de parente pobre ou miserável do Cível, pode ser altamente deletéria. Na área cível, por exemplo, não há necessidade de estrita legalidade. É possível que um dispositivo que apenas diga genericamente que aquele que causar dano a outrem está obrigado a indenizar seja aceitável (vide artigos 186 e 927, CC). Isso, por exemplo, seria inviável na área criminal. Seria o correspondente a um tipo penal genérico que estabelecesse uma pena para qualquer ato prejudicial ao bom convívio e à paz social. O Direito Penal não se coaduna com tal abertura, exige a descrição exata e segura de condutas incriminadas, a não ser que nos contentemos com exemplos históricos do Direito Penal Nazista ou Soviético. Zaffaroni demonstra que no pensamento jurídico que marcou o nazismo, a legalidade perde sua força e a argumentação judicial ativista ganha campo. Parte-se para um "intuicionismo jurídico" redutor da "função da lei". A lei passa a ser apenas um facilitador do magistrado para encontrar o Direito. "O juiz é servidor do direito, não da lei, deve dizer o direito, não interpretar a lei, e se o fio da lei der lugar a uma injustiça, deverá evitá-la e decidir segundo o bem, baseando-se de forma independente". 18 Essa espécie de retórica pode até ser sedutora, mas na verdade é manifestação pura de uma "insegurança jurídica programada" típica de regimes totalitários. 19

Eis a importância de procurar sempre saber a origem das concepções e ideias, não se atendo somente ao seu conteúdo racional, argumentativo e até mesmo estético. A História nos mostra frequentemente que as ideias têm consequências e o que os homens podem fazer com elas. Como bem aduz Collingwood:

> Conhecer-se a si mesmo significa saber o que se pode fazer. E como ninguém sabe o que pode antes de tentar, a única indicação para aquilo que o homem pode fazer é aquilo que já fez. O valor da história está então em ensinar-nos o que o homem tem feito e, deste modo, o que o homem é. 20

18 A passagem é atribuída ao jurista nazista Helmut Nicolai. Para mais informações sobre o autor e sua atuação no Partido Nazista e na formulação das bases jurídicas desse regime medonho, vide: HOUSDEN, Martyn. *Helmut Nicolai and Nazi Ideology*. New York: St. Martin's Press, 1992, *"passim"*.

19 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina Penal Nazista*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Flolrianópolis: Tirant lo Blanc, 2019, p. 42.

20 COLLINGWOOD, Robin George. *A Ideia de História*. Trad. Alberto Freire. Lisboa: Presença, 1972, p. 17.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A verdade é que esse tipo penal criado pela Lei 14.188/21 tem o potencial altamente indesejável de ampliar-se indevidamente e abranger situações de recalque pessoal, suscetibilidade exagerada e das chamadas microagressões. Essas reações exageradas são um perigo concreto num mundo em que, conforme destacam Haidt e Lukianoff, o conceito de "trauma" se deslocou até o ponto de admitir a inclusão de qualquer coisa, tomada por uma pessoa (subjetivamente) como emocionalmente danosa. Na atualidade é comum a ideia de que a experiência subjetiva do "dano" se torne definitiva para valorar o "trauma". Trata-se do chamado "giro para o padrão ou modelo subjetivo". 21 Nem mesmo o intento do agente passa a importar, de modo que no corrente conceito de "microagressões" opera-se uma mudança moral fundamental que se refere ao giro da "intenção" para o "efeito". Já não importa mais que o agente queira ou sequer saiba que tal ou qual atitude, gesto ou palavra atinge a suscetibilidade alheia, basta o atingimento para que a pessoa seja execrada. 22 O manejo de um tipo penal aberto como o artigo 147 – B, CP nesse caldo cultural tumultuoso e até insano torna-se altamente arriscado. Além disso, é bom lembrar que quando acima se acenou com o "Princípio da Insignificância" como solução para alguns casos absurdos, isso pode ser contestado porque tanto STJ como STF apontam para o bloqueio do reconhecimento das infrações bagatelares nos casos que envolvam "violência doméstica e familiar contra a mulher" (vide Súmula 589, STJ e RHC 133.043, STF). Essa conjuntura pode afetar até mesmo o correto destaque dado à "intenção" do agente, para além da mera relação de causalidade de sua conduta com o resultado, preconizada pela chamada "Teoria Finalista da Ação", majoritariamente adotada em nosso país. Como bem expõe Cunha:

> Criada por Hans Welzel em meados do século XX (1930 – 1960), a teoria finalista concebe a **conduta como comportamento humano voluntário psiquicamente dirigido a um fim.** A **finalidade**, portanto, é a nota distintiva entre esta teoria e as que lhe antecedem. É ela que transformará a ação num ato de vontade, com conteúdo, ao partir da premissa de que toda conduta é orientada por um querer. Supera-se, com essa noção a "cegueira" do causalismo, já que o finalismo é nitidamente "vidente". 23

Digamos que um namorado simplesmente termine o relacionamento com uma mensagem de texto e não se dê ao trabalho sequer de procurar pessoalmente a ex –

21 HAIDT, Jonathan, LUKIANOFF, Greg. *La Transformación de La Mente Moderna*. Trad. Verónica Puertollano. Barcelona: Planeta, 2019, p. 52 – 53.

22 Op. Cit., p. 76.

23 "Dizia-se 'cego' o causalismo porque a conduta, para esta corrente, não enxerga nada – não se destina a um fim". CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 169.

namorada. É claro que isso pode causar um abalo emocional que mobilizará vários sentimentos conforme a situação e a pessoa envolvida (tristeza, raiva, revolta, indignação etc.). No entanto, é evidente que essa espécie de interação intersubjetiva não deve ser objeto do Direito Penal. No máximo se trata de uma falta de sensibilidade, de educação, cortesia, a qual pode perfeitamente ser considerada como reprovável sob o prisma moral. Mas, nada mais que isso. Acontece que a redação do tipo penal permitiria que um agente público e a própria envolvida concluísse que se trata de um crime!

Simplesmente anunciar um cônjuge ao outro que não pretende mais a vida em comum, tem o potencial de ensejar a incidência do tipo penal dada a sua abertura. É claro que com bom – senso isso não ocorreria, mas quem pode garantir o bom – senso das pessoas em geral e dos aplicadores da lei em particular?

Há muito tempo São Tomás de Aquino já ensinou que "*perfeito* é aquilo que, para ser o que é, não lhe falta nada", bem como que a "perfeição dos efeitos é proporcional à perfeição da causa de que provêm". 24 Muito bem, o tipo penal em estudo de forma alguma contém tudo que precisa conter para ser um verdadeiro tipo penal obediente à estrita legalidade. Em razão disso, sua imperfeição nata somente poderá gerar efeitos nefastos. Ainda que se considere haver alguma *boa intenção* na elaboração desse tipo penal, abstraindo a demagogia legislativa, trata-se tipicamente de mais um desses casos em que a sabedoria popular nos diz que "de boas intenções o inferno está cheio". Note-se que, ainda que não intencionalmente, o legislador, com esse tipo penal indeterminado, facilita o *abuso de direito* por sedizentes vítimas movidas por caprichos, suscetibilidades e motivos mais variados possíveis. Há um enorme perigo de que esse dispositivo legal acabe por criminalizar as relações humanas, imiscuindo-se em questões intersubjetivas corriqueiras que devem ser resolvidas e superadas pelos próprios envolvidos e não pelo Estado, muito menos pelo seu aparato penal.

Não é que se deva desconsiderar a efetiva lesão emocional ou psicológica que ocasione, por exemplo, um distúrbio mental à mulher. Porém, é necessário que se faça uma "adequada incriminação" de acordo com as garantias ínsitas ao Direito Penal Moderno, o que é um ingente desafio não somente no Brasil, mas na "generalidade dos países". 25

24 SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem*. Rio de Janeiro: Sidney Oliveira, 2018, p. 207.

25 ZAPATERO, Luís Arroyo. El Derecho Penal Español y la Violencia de Género en la Pareja. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 64, jan./fev., 2007, p. 113.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Uma proposta plausível seria, por exemplo, uma redação que fizesse menção e descrição do fenômeno da chamada "Síndrome da Mulher Maltratada", tornando a conduta incriminada devidamente identificável e determinável. Como aduz Zapatero:

> La esencia y signo diferencial de la violência de los hombres sobre sus parejas no es outra que la necesidad – deseo de domínio sobre la mujer. (...).
>
> Las violências contra la mujer por parte del marido no son tanto un hecho como un proceso y lo más grave en ello no es tanto la lesión misma como la permanente exposición al peligro de repetida lesión física y el permanente dolor del sometimiento al maltrato y a humillación, que es la esencia del atentado a la integridade moral. Los golpes y el dolor duran más o menos, pero el miedo, en no pocos casos verdadeiro terror, la humillación, la impotência, la destrucción de la personalidade, la quebra de la integridade moral hacen que estas violencias y malos tratos sean continuados y permanentes. El processo y la dinâmica de la violencia de género en la pareja están hoy perfectamente identificadas en el "ciclo de la violencia" del "síndrome de la mujer maltratada": voluntad de dominación o manipulación afectiva, escalada y reanudación del ciclo. 26

Semelhante é a descrição levada a efeito por Hirigoyen a qual expõe o fato de que normalmente as violências de gênero são progressivas, iniciando pela coação psicológica até atingir a agressão física que pode chegar não tão raramente na prática de homicídio (Feminicídio). 27

Em estando diante de um quadro como o acima descrito pelo autor espanhol e por Hirigoyen, quem poderia, em sã consciência, negar a necessidade de um tipo penal específico para essa espécie de conduta crudelíssima e bem determinada, assim como reconhecer um elemento de distinção para uma discriminação positiva da mulher? Certamente nem mesmo somente para a mulher, mas para outras pessoas em situação similar de vulnerabilidade como crianças, adolescentes, idosos, doentes, não importando o sexo. O problema é que na legislação brasileira nada disso está claramente estabelecido, possibilitando interpretações e aplicações as mais variadas e tresloucadas.

26 Op. Cit., p.118.

27 HIRIGOYEN, Marie – France. A violência no casal. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, "passim".

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

De qualquer forma, o crime previsto no artigo 147-B, CP é "subsidiário", sendo a sua subsidiariedade expressa, pois que consta do seu preceito secundário que as penas ali previstas se aplicam somente "se a conduta não constitui crime mais grave". Significa dizer que no chamado "conflito aparente de normas" o crime do artigo 147 – B, CP será afastado em prol de outro crime que tenha pena mais gravosa e que se amolde às circunstâncias.

Essa foi a escolha do legislador brasileiro. No Direito Comparado, Zapatero dá conta de que na Espanha essa espécie de incriminação foi modelada para ser compatível com as penas dos delitos que tenham sido cometidos no curso de maus - tratos, estabelecendo expressamente, não a subsidiariedade ou a consunção, mas o concurso de delitos. 28

Embora dotado apenas de um verbo ("causar") pode-se dizer que o crime de "Violência Psicológica contra a Mulher" é um delito de ação múltipla, de conteúdo variado, tipo misto alternativo ou plurinuclear. Ocorre que a causação do dano psicológico à mulher pode dar-se por vários meios descritos no tipo penal, sendo fato que se mais de um desses meios for utilizado pelo agente nas mesmas circunstâncias e contra a mesma vítima, não haverá pluralidade de crimes. Vale dizer que o crime em estudo é submetido ao chamado "Princípio da Alternatividade", ou seja, pode ser perpetrado com uso dos diversos meios de conduta descritos em seu bojo, integrando, em caso de invariância de circunstâncias, apenas um ilícito penal e não vários, considerando o magistrado a pluralidade de núcleos usados na dosimetria da pena. 29

5-TIPO SUBJETIVO

O crime de "Violência Psicológica Contra a Mulher" somente pode ser praticado na modalidade dolosa. Esse dolo é específico, pois é necessário que agente pretenda com a violência psicológica prejudicar ou perturbar o desenvolvimento da vítima ou ainda visar sua degradação ou controle.

Não há previsão de figura culposa e quanto ao dolo eventual, considera-se que seria inviável, pois se torna de muito difícil ocorrência prática, especialmente tendo em vista a necessidade de se visar prejuízo ou perturbação do desenvolvimento ou ainda

28ZAPATERO, Luís Arroyo. Op. Cit., p. 112.

29 Explica Damásio: "Segundo o princípio da alternatividade, a norma penal que prevê vários fatos alternativamente, como modalidades de um mesmo crime, só é aplicável uma vez, ainda quando os ditos fatos são praticados, pelo mesmo sujeito, sucessivamente". JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. Volume 1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 115.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

degradação ou controle da mulher em vários aspectos. É, portanto, muito difícil imaginar uma situação real de dolo eventual, de forma que se trata de um crime por excelência informado pelo "dolo direto". Segundo Gilaberte:

> fica claro que o crime é invariavelmente doloso. Assim, por exemplo, em uma relação conjugal, se um dos cônjuges é indiferente ao outro e isso afeta a autoestima do parceiro a tal ponto que surja um dano emocional limitador da autodeterminação, mas esse processo é desconhecido por aquele que demonstra a indiferença, não há delito a ser apreciado. 30

6-CONSUMAÇÃO E TENTATIVA

O delito se consuma com o efetivo dano psicológico ou emocional causado à mulher.

Na primeira parte do dispositivo o crime é claramente material, exigindo a ocorrência do dano emocional, bem como do prejuízo ou perturbação do desenvolvimento da mulher. Desse modo, é possível (embora seja rara na prática) a ocorrência da forma tentada.

Já na sua segunda parte pode parecer que se trata de crime formal. Porque se exige o dano emocional, mas apenas que este "vise" a degradação ou controle da mulher, não que efetivamente se obtenha tais efeitos. No entanto, nos parece que o crime continua, em sua segunda parte, sendo material. O resultado do dano emocional permanece como exigência para a completude típica. Apenas o efeito desejado de controle ou degradação é que pode ser tão somente uma aspiração e não se concretizar. Trata-se do que se convencionou chamar de "crime incongruente", quando o dolo do agente deve ultrapassar os elementos típicos exigidos para a consumação. 31 Dessa forma o crime estará consumado com o dano emocional, haja ou não a degradação ou controle. Por outro lado, continua sendo possível, ao menos em tese, a tentativa frustrada de provocar o dano emocional. 32

---

30 GILABERTE, Bruno. Análise da Lei 14.188/21: lesão corporal por razões de condição de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher. Disponível em https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher , acesso em 01.05.2022.

31 CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 230.

32 Em acordo com nosso entendimento quanto a se tratar de crime material que admite a tentativa: Cf. GILABERTE, Bruno. Op. Cit.

7-CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

A infração penal em estudo pode ser classificada como:

a)Crime material, pois exige, para sua consumação, a efetiva ocorrência de dano emocional.

b)Crime de ação múltipla, conteúdo variado, tipo misto alternativo ou plurinuclear – apresenta vários núcleos de ação que podem ser perpetrados pelo agente.

c)Crime comum – pode ser praticado por qualquer pessoa, não exigindo a descrição típica especial qualidade do sujeito ativo.

d)Crime de dano – exige dolo de dano ao bem jurídico tutelado e não mero dolo de perigo.

e)Crime comissivo – em regra deve ser praticado por uma ação (verbo "causar"). Entretanto, pode-se dizer que é também um "crime comissivo por omissão" ou "omissivo impróprio", pois é possível, excepcionalmente, causar dano emocional à mulher com deliberadas condutas omissivas maldosas.

f)Crime instantâneo – se consuma imediatamente com o dano emocional sentido pela vítima. A depender da natureza do dano emocional ocasionado pela conduta do agente, poderá ser também um "crime instantâneo de efeitos permanentes". Imagine-se que a mulher, devido ao dano emocional, desenvolva uma psicose maníaco – depressiva crônica.

g)Crime complexo – uma vez que em sua descrição típica pode abranger crimes menores que o compõem, como, por exemplo, o crime de ameaça, ofensas à honra etc.

h)Crime Principal, pois não depende de outro crime para subsistir.

i)Crime Progressivo – o agente muitas vezes se utilizará de crimes menores para chegar à "Violência Psicológica contra a Mulher" (v.g. ameaças).

j)Crime Plurissubsistente – normalmente serão necessárias várias condutas ou fases para sua consumação, de modo a admitir a figura da tentativa.

k)Crime unissubjetivo, monossubjetivo ou de concurso eventual – pode ser praticado por uma só pessoa, embora admita, eventualmente e não necessariamente, o concurso de agentes.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

l)Crime de Forma Livre – não exige uma forma específica para sua prática. Basta "causar dano emocional", não importando como isso se dê.

m)Crime de Fato Transeunte ("delicta facti transeuntis") – normalmente não deixará vestígios da infração penal, ainda que seja um crime material por exigir o resultado de efetivo dano emocional à mulher. Ocorre que o dano emocional é, por natureza, imaterial, não deixando vestígios físicos.

Discordam desse entendimento Morais da Rosa e Ramos, os quais enxergam na necessidade de prova pericial de dano psicológico grave, a existência de vestígios, ainda que imateriais deixados pelo delito. 33 Note-se que a interpretação dos autores é também defensável, especialmente a respeito da necessidade de comprovação de dano psíquico de gravidade para configuração do crime.

n)Crime Pluriofensivo – atinge mais de um bem jurídico (integridade psicológica e emocional da vítima, bem como sua liberdade individual).

o)Crime Subsidiário – somente será aplicado se não conflitar com norma penal mais rigorosa.

8-PENA E AÇÃO PENAL

A pena cominada é de "reclusão, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa". Dessa forma, teoricamente, seria uma infração de menor potencial ofensivo (inteligência do artigo 61 da Lei 9.099/95). No entanto, na maioria dos casos, senão em sua totalidade, estará configurada a situação de "Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher", de modo que será aplicável o artigo 41 da Lei 11.340/06, que veda o alcance de qualquer instituto da Lei 9.099/95. Em geral, portanto, a competência para o processo e julgamento não será dos Juizados Especiais Criminais, mas sim dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, onde já estiverem instalados ou do Juízo Comum onde não estiverem (inteligência dos artigos 1º., 14 e 33 da Lei 11.340/06).

No caso raro (senão inviável) de andamento do feito pelos Juizados Especiais Criminais, o procedimento será o sumaríssimo (artigo 77 a 83 da Lei 9.099/95 c/c artigo 394, § 1º., III, CPP). Já no caso de andamento pelos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher ou Varas Criminais Comuns, o procedimento a ser adotado será o sumário (artigo 538, CPP c/c artigo 394, II e 531 a 536, todos do CPP).

33 ROSA, Alexandre Morais da, RAMOS, Ana Luisa Schmidt. A Criação do Tipo de Violência Psicológica Contra a Mulher (Lei 14.188/21). Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/limite-penal-criacao-tipo-violencia-psicologica-mulher-lei-1418821 , acesso em 01.05.2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Não há no tipo penal do artigo 147 – B, CP qualquer observação quanto à ação penal, de modo que esta é "Pública Incondicionada", nos termos do artigo 100 e seu § 1º., CP c/c artigo 24, CPP.

9-ALGUMAS DISTINÇÕES NECESSÁRIAS

a)Crime de ameaça (artigo 147, CP) – em caso de crime de ameaça, este será aplicado somente quando o autor não visar dano emocional à mulher. Em ocorrendo o dolo específico do crime de "Violência Psicológica", este prevalecerá sobre o delito de ameaça, que deverá ser absorvido como crime – meio, uma vez que se trata de crime menos grave com pena bem menor.

b)Constrangimento Ilegal (artigo 146, CP) – nos casos de constrangimento ilegal deve-se analisar cada situação. Em se tratando de crime simples e sem a prática de lesões corporais, a solução é idêntica àquela acima exposta para a ameaça. Na forma qualificada, prevista no artigo 146, § 1º., CP, as penas ficam idênticas, mas tendo em vista o concurso de agentes e/ou emprego de armas, parece que o constrangimento ilegal ganha foros de maior gravidade, de modo que a natureza subsidiária do artigo 147 – B, CP, o afastará, restando então o constrangimento ilegal qualificado. Finalmente, no caso de constrangimento ilegal simples em concurso com crime violento (v.g. lesão corporal – artigo 129, § 13, CP), prevalecerá a responsabilização pelos crimes de constrangimento e lesão qualificada, pois que as penas, em sua somatória, serão muito mais gravosas, exsurgindo novamente os efeitos da subsidiariedade expressa da norma em estudo.

c)Crimes contra a Honra (artigos 138 a 140, CP) – nesses casos há previsão específica de proteção na Lei Maria da Penha para a chamada "Violência Moral" (artigo 7º., V, da Lei 11.340/06) que faz menção expressa aos crimes de injúria, difamação e calúnia. Esse fato certamente foi o que impediu o legislador de constar a expressão "diminuição da autoestima" e a palavra "insulto", presentes na descrição da "Violência Psicológica" no artigo 7º., II, da Lei Maria da Penha, na redação dada ao tipo penal do artigo 147 – B, CPP, conforme Lei 14.188/21. Fica claro que o tratamento dos crimes contra a honra se cinge à "Violência Moral" e deve ser tratado em apartado. Em havendo, porém, ofensas à honra e ainda intento de causação de dano emocional diverso do insulto ou diminuição da autoestima, será possível o concurso formal impróprio de crimes (desígnios diversos – inteligência do artigo 70, segunda parte, CP).

d)Crime de Perseguição (artigo 147 – A, CP) – novamente fica nítido que o legislador pretendeu tratar os casos separadamente. Não repetiu as expressões descritivas da violência psicológica contra a mulher constantes do artigo 7º., II, da Lei

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

11.340/06, consistentes na "vigilância constante" e "perseguição contumaz". É claro que isso se deu porque tais expressões estão ligadas diretamente ao delito de "Perseguição" (artigo 147 – A, CP), o qual deverá prevalecer no conflito de normas, pela especialidade. Não se tratará de afastamento do artigo 147 – B, CP devido à sua subsidiariedade expressa porque os crimes se equivalem em gravidade e penas, mas, como se disse, de *especialidade*. Não é, porém, de se afastar a hipótese de concurso formal impróprio se, num caso concreto, houver não somente o dolo de perseguição, mas de dano emocional consistente em outro aspecto que não a própria perseguição (o que certamente é bastante difícil de ocorrer na prática).

e)Registro não autorizado da Intimidade Sexual (artigo 216 – B e Parágrafo Único, CP) – novamente o legislador deixa de copiar uma expressão constante do artigo 7º., II, da Lei Maria da Penha na descrição típica do crime de "Violência Psicológica contra a Mulher". Agora se trata da "violação da intimidade". E , de novo, é possível concluir que o faz porque nesses casos pretende a prevalência do artigo 216 – B e seu Parágrafo Único, CP, pela especialidade, inobstante tenha esse crime pena menor e não fosse capaz de afastar normalmente o artigo 147 – B, CP devido à subsidiariedade. Não é compreensível a atuação do legislador nesse caso, a não ser pelo fato de que o tipo penal do artigo 147 – B, CP é realmente inaplicável, de extrema atecnia e acabaria impedindo também a aplicação do artigo 216 – B, CP. De qualquer forma, novamente, em havendo violação da intimidade sexual da mulher e ainda outra forma de violência psicológica com dano emocional, nada impedirá o concurso formal impróprio ou mesmo o concurso material de crimes (inteligência do artigo 70, CP).

f)Divulgação não autorizada de cena de sexo ou pornografia (artigo 218 – C e seu § 1º., CP) – reitera-se a ausência de menção no tipo penal da expressão constante na descrição de "Violência Psicológica" na Lei Maria da Penha ("Violação da Intimidade"). Nesse caso é evidente que prevalecerá o disposto no artigo 218 – C e seu § 1º., CP, com base tanto na especialidade como na subsidiariedade, pois que se trata de infração muito mais grave e com pena muito mais rigorosa.

g)Sequestro e Cárcere Privado (artigo 148, CP) – mencionando o artigo 147 – B como um dos meios para causar dano emocional, a "limitação" do direito de ir e vir, deve-se ter o cuidado de não confundir as situações de "Violência Psicológica" com as de Sequestro ou Cárcere Privado. Em primeiro plano, a subsidiariedade expressa do artigo 147 – B, CP já o afastaria em caso de algum conflito, uma vez que o crime do artigo 148, CP tem penas bem maiores, tanto em sua forma simples como nas qualificadas. Contudo, em geral, nem sequer haverá conflito aparente e sim a aplicação do dispositivo adequável a cada caso concreto. Acontece que no crime do artigo 147 – B, CP, se fala em "limitação" do direito de ir e vir, enquanto que o crime do artigo 148, CP se refere a "privação" da liberdade mediante sequestro e cárcere privado. É nítida a diferença de grau de lesão à

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

liberdade em um caso e outro. No artigo 147 – B, CP, a "limitação" equivale a uma "redução" do direito de ir e vir, sem sua eliminação completa (v.g. permitir que a mulher somente saia de casa para ir na casa dos pais em dias e horários previamente designados, bem como, em outros casos, somente acompanhada do consorte). Já quando se trata da "privação" da liberdade, conforme dispõe o artigo 148, CP, há uma "eliminação" do direito de ir e vir, eventualmente até mesmo de deambulação.

h)Finalmente importa ressaltar que outra palavra componente da descrição de "Violência Psicológica" no artigo 7º., II, da Lei 11.340/06 não é repetida na descrição típica do artigo 147 – B, CP. Trata-se do vocábulo "exploração". Nesses casos, parece que o legislador deixa a especialidade para situações como extorsão envolvendo intimidade (v.g. sextorsão, "revenge porn" ou vingança pornográfica), exploração da prostituição, Tráfico de Pessoas, Redução à Condição Análoga à de Escravo etc. Também é visível que nos casos em que se tem a proteção prevista para tipos penais específicos como a "Violência Física" (lesões corporais, Feminicídio, Tortura etc.), "Violência Sexual" (estupro e outros crimes contra a dignidade sexual) e "Violência Patrimonial" (crimes contra o patrimônio em geral), deve-se afastar o crime de "Violência Psicológica Contra a Mulher", tendo em vista tanto sua subsidiariedade expressa como o Princípio da Especialidade no conflito aparente de normas.

Muito interessante a exposição de Gilaberte:

> O dano emocional, portanto, necessariamente corresponde a uma lesão psíquica, à qual é agregada a afetação da autodeterminação feminina. Partindo-se desse entendimento, algumas cautelas na subsunção da conduta ao tipo penal em estudo devem ser observadas.
>
> Saliente-se, de início, que lesões psíquicas são espécie do gênero lesão corporal (assim como as lesões anatômicas e as funcionais). Isso significa que, ao menos em tese, a provocação de uma lesão psíquica pode ensejar a capitulação da conduta no art. 129 do CP. Essas lesões, doravante, passam a ser previstas também no art. 147-B (desde que presentes as demais elementares), que é expressamente subsidiário a tipos penais mais graves.
>
> Suponhamos, assim, que, em virtude de recorrente humilhação, praticada pelo sujeito ativo em virtude de menosprezo à condição de mulher, a vítima passe a sofrer de síndrome do pânico,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

mantendo-se reclusa em sua casa por medo de acessar logradouros públicos. Essa situação caracteriza o crime previsto no art. 129, § 13, do CP (lesão corporal contra mulher em razão do sexo feminino), que prevalece sobre o art. 147-B, por ser delito mais grave. A resposta é a mesma se, não existindo a condição de sexo feminino exigida pelo § 13 do art. 129, a lesão é qualificada pelo resultado (por exemplo, se impede o exercício das ocupações habituais por mais de trinta dias, ou se representa enfermidade incurável). Contudo, se não existe a condição de sexo feminino e a lesão é leve, o art. 147-B prevalecerá sobre o art. 129, *caput*, desde que, além da afetação à saúde psíquica, o agente provoque prejuízo à autodeterminação feminina. Inexistindo esse segundo prejuízo, o crime será o do art. 129, *caput*.

Situação curiosa ocorre no confronto do art. 147-B com o crime de violência doméstica, previsto no art. 129, § 9º. Tomemos como exemplo o caso da mãe que pratica violência psicológica contra a filha, sem que essa conduta seja baseada no gênero da vítima (ou seja, o crime não foi praticado porque a vítima é mulher), causando-lhe prejuízo à saúde psíquica e à autodeterminação. Não há se falar no crime do art. 129, § 13, pois a ação não foi motivada por razões de sexo feminino, mas em violência doméstica (art. 129, § 9º). A pena da violência doméstica é simultaneamente menos grave (no que concerne à margem penal mínima, ou seja, três meses de reclusão) e mais grave (em sua margem penal máxima, três anos de reclusão) do que a pena da violência psicológica. Deve ser considerado, no entanto, que o crime do art. 147-B é uma infração de menor potencial ofensivo (se a violência, no exemplo dado, não é baseada no gênero, não incide a Lei nº 11.340/2006), o que torna o art. 129, § 9º, um crime mais grave, fazendo com que esta norma prevaleça. 34

Percebe-se que o novo tipo penal traz consigo muito pouca proteção à mulher em relação ao que já existia e pode prejudicar gravemente eventuais supostos sujeitos ativos (homens ou mulheres), devido à sua inaceitável redação aberta, a qual, por seu

34 GILABERTE, Bruno. Análise da Lei 14.188/21: lesão corporal por razões de condição de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher. Disponível em https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher , acesso em 01.05.2022.

turno, também ocasiona uma série de perplexidades e dúvidas no conflito com figuras penais já existentes. Enfim, a legislação acaba criando mais problemas do que soluções, se é que cria alguma solução.

REFERÊNCIAS

BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal – Parte Geral*. Volume 1. 8ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMUS, Albert. *O Homem Revoltado*. Trad. Valerie Rumjanek. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

COELHO, Gabriela. STF define tese autorizando pessoa trans a mudar nome sem cirurgia. Disponível em https://www.conjur.com.br/2018-ago-15/stf-define-tese-autorizando-pessoa-trans-mudar-nome-cirurgia , acesso em 01.05.2022.

COLLINGWOOD, Robin George. *A Ideia de História*. Trad. Alberto Freire. Lisboa: Presença, 1972.

CUNHA, Rogério Sanches. Lei do Feminicídio: breves comentários. Disponível em www.jusbrasil.com.br , acesso em 16.04.2022.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de Direito Penal Parte Geral*. 2ª. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Trad. Ana Paula Zomer "et al." São Paulo: RT, 2002.

FONTANA, Diogo. *A Exemplar Família de Itamar Halbmann.* Curitiba: Danúbio, 2018.

GILABERTE, Bruno. Análise da Lei 14.188/21: lesão corporal por razões de condição de sexo feminino e violência psicológica contra a mulher. Disponível em https://profbrunogilaberte.jusbrasil.com.br/artigos/1254533892/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher , acesso em 01.05.2022.

HAIDT, Jonathan, LUKIANOFF, Greg. *La Transformación de La Mente Moderna*. Trad. Verónica Puertollano. Barcelona: Planeta, 2019.

HIRIGOYEN, Marie – France. A violência no casal. Trad. Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

HOUSDEN, Martyn. *Helmut Nicolai and Nazi Ideology*. New York: St. Martin's Press, 1992.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito penal*. Volume 1. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

JIMÉNEZ, Daniel. *Deshumanizando al Varón: Pasado, Presente y Futuro del Sexo Masculino*. EBook Kindle, 2019.

LOPES JÚNIOR, Aury. *O novo regime jurídico da prisão processual, liberdade provisória e medidas cautelares diversas*. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. São Paulo: RT, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da, RAMOS, Ana Luisa Schmidt. A Criação do Tipo de Violência Psicológica Contra a Mulher (Lei 14.188/21). Disponível em https://www.conjur.com.br/2021-jul-30/limite-penal-criacao-tipo-violencia-psicologica-mulher-lei-1418821 , acesso em 01.05.2022.

SHATTUCK, Roger. *Conhecimento Proibido*. Trad. S. Duarte. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

SILVEIRA, Sidney. *Cosmogonia da Desordem*. Rio de Janeiro: Sidney Oliveira, 2018.

SIMON & GARFUNKEL. The Sound of Silence. Disponível em https://www.letras.mus.br/simon-e-garfunkel/36245/traducao.html , acesso em 01.05.2022.

SOMMERS, Christina Hoff. *La Guerra Contra Los Chicos: Cómo um feminismo mal entendido está dañando a los chicos jóvenes*. Trad. Lourdes Huanqui. EBook Lectulandia, 2014.

SOUZA JÚNIOR, José Rocha de, MORELLO, Evandro José. O Assédio Moral nas Relações de Trabalho: causas e consequências. Disponível em http://nippromove.hospedagemdesites.ws/anais_simposio/arquivos_up/documentos/artigos/9417f8b2b1c06a283755f255ce954227.pdf , acesso em 01.05.2022.

VERDÉLIO, Andreia. Cerca de 11 mil pessoas tiram a própria vida todos os anos no Brasil. Disponível em https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-09/cerca-de-11-mil-pessoas-tiram-propria-vida-todos-os-anos-no-brasil , acesso em 30.04.2022.

VIÉTTEZ, Adrían. Visiones del Amor: Antonio Machado. Disponível em https://www.zendalibros.com/visiones-del-amor-antonio-

machado/#:~:text=Miro%20alrededor%20y%20est%C3%A1n%20todos,de%20lo%20que%20uno%20piensa, acesso em 01.05.2022.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Doutrina Penal Nazista*. Trad. Rodrigo Murad do Prado. Flolrianópolis: Tirant lo Blanc, 2019.

ZAPATERO, Luís Arroyo. El Derecho Penal Español y la Violencia de Género en la Pareja. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. n. 64, p. 99 – 127, jan./fev., 2007.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONTRIBUIÇÃO DAS PRÁTICAS RESTAURATIVAS NA EFETIVA APLICAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIO EDUCATIVAS

FERNANDA ARRUDA CORRÊA: Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo. [35]

LUIZ RODRIGUES ARAÚJO FILHO[36]

(orientador)

RESUMO: O presente artigo tem como essência um novo método para a resolução dos conflitos no âmbito da justiça infanto-juvenil e a finalidade de reinserir no jovem um novo pensamento social. Nesse sentido o modelo em questão vem de forma a possibilitar que de fato o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) e o Sistema Nacional Socioeducativo (SINASE) estabelece, proporcionando a reparação do dano e a inclusão tanto do infrator, vítima e sociedade. O modelo restaurativo na justiça infantojuvenil aliado com um bom trabalho educativo permite a abertura de um novo caminho, uma nova possibilidade para um resgate da cidadania.

Palavras-chave: Práticas Restaurativas. Socioeducação. Infância e Juventude.

ABSTRACT: The present article has as its essence a new method for the resolution of conflicts in the scope of juvenile justice and the purpose of reinserting a new social thought in young people. In this sense, the model in question comes in order to make it possible for the Statute of the Child and Adolescent (ECA) and the National Socio-Educational System (SINASE) to establish, providing the repair of the damage and the inclusion of both the offender, victim and society. The restorative model in juvenile justice combined with good educational work allows for the opening of a new path, a new possibility for the rescue of citizenship.

Keywords: Restorative Practices. Socioeducation. Childhood and you.

35 E-mail: fernanda.arruda@fasec.edu.br

36 Possui Graduação em Direito pela Fundação Universidade Federal do Tocantins (2005), Especialização em Direito Constitucional pela Fundação Universidade do Tocantins (2007), Especialização em Direito Tributário pela Fundação Universidade do Tocantins (2009) e Mestrado em Direito Tributário pela Universidade Católica de Brasília (2013) e Doutorando em Ciências Jurídicas e Sociais (UMSA) Bueno Aires-Argentina. Atualmente é Auditor Fiscal da Receita nível IV - SECRETARIA DA FAZENDA DO ESTADO DO TOCANTINS e Professor da Universidade Estadual do Tocantins (campus Palmas e Paraíso) e da Faculdade Serra do Carmo - Palmas - TO. FASEC. E-mail prof.luizrodrigues@fasec.edu.br

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca apresentar a contribuição das técnicas restaurativas na efetiva aplicação das medidas socioeducativas, com a finalidade de trazer de volta ao jovem uma saber social que o conduza novamente ao cumprimento de normas sociais.

A justiça restaurativa busca oferecer inclusão tanto ao ofensor quanto a vítima a partir da assistência, fazendo com que os envolvidos ou afetados tenham a oportunidade de participar de processos colaborativos, onde o objetivo principal é a redução do dano causado.

Teria um possível impacto da justiça restaurativa na aplicação das medidas socioeducativas? É portanto, importante que o menor infrator entenda a extensão do dano por ele causado à vítima, nesse contexto um meio muito eficiente seria a justiça restaurativa para auxiliar nesse processo.

Inserir a justiça restaurativa como meio para efetiva aplicação das medidas socioeducativas, é não somente fazer a vítima entender o processo e os benefícios, mas também mostrar ao infrator a extensão do dano por ele causado e com isso iniciar o processo de reeducação para a ressocialização e a possível reintegração ao convívio social.

Para tanto será utilizada a pesquisa bibliográfica, que em outras palavras nada mais é que a pesquisa em material teórico sobre o tema abordado, que se baseia na coleta de informações de natureza numérica que venham demonstrar a eficácia do método.

A pesquisa está dividida em 3 capítulos, além da introdução: no primeiro contém uma do ato infracional e das medidas socioeducativas; no segundo contém uma apresentação da justiça restaurativa e no capítulo terceiro apresenta as medidas socioeducativas e as práticas restaurativas.

1.O ATO INFRACIONAL E AS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Atualmente é largamente divulgado nas mídias o farto de uma criança e/ou adolescente praticar determinado ato infracional, principalmente quando se trata de atos graves. Causando dessa forma, sentimentos de revolva, de busca por “justiça” e até mesmo de vingança.

Ademais os motivos ensejadores dessas práticas são ignorados ou sequer postos em análise, de modo que as práticas se torna na maioria das vezes repetitivas, inserindo

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

cada vez mais adolescentes infratores na fila de um sistema prisional falido, como demonstrado pela revista "The Economist" (de 22.09.12).

1.1 CONCEITO: ATO INFRACIONAL

Tomando por base a Lei 8.069/1990 o ato infracional é um comportamento caracterizado como contravenção penal ou crime como estabelece a lei, cometido por criança e/ou adolescente.

Nesse sentindo uma pessoa menor de 18 anos incompletos não pode responder por um crime, mas por um ato infracional, pois se trata de um inimputável segundo o Art. 228 da CRFB/88, ou seja, não sujeita-se ao que rege o Código de Processo Penal.

Ao praticar um ato infracional, o menor se submete às medidas socioeducativas, tais medidas podem chegar até mesmo a interromper a liberdade do infrator vigente.

De acordo Saraiva (2009, p. 104),

> não haverá culpabilidade e em consequência não haverá sanção socioeducativa, quando houver na conduta do adolescente erro inevitável sobre a ilicitude do fato (art. 21 do Código Penal); erro inevitável a respeito do fato que configuraria uma descriminante – descriminantes putativas (art. 20, § 1º, do Código Penal); obediência à ordem, não manifestamente ilegal, de superior hierárquico (art. 22, Segunda parte, do Código Penal) e ainda a inexigibilidade de conduta diversa na coação moral irresistível (art. 22, primeira parte, do Código Penal).

Consoante o art. 5º, LIV da atual Carta Magna brasileira, será nulo o processo que não observar as legalidade de suas etapas de modo que um indivíduo não pode ser privado de liberdade sem as legalidades estabelecidas conforme a lei.

1.2 MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Como preleciona a Lei que assegura os direitos da Criança e do Adolescente (ECA), as medidas socioeducativas são as regras adotadas para mobilizar no adolescente que comete um ato infracional um novo ponto de vista. Tais normas estão elencadas no supracitado estatuto no Art. 112.

Sendo que as normas não privativas de liberdades estão na competência de aplicabilidade do município, enquanto as privativas de liberdade são aplicadas pelo estado. A padronização de tais normas é feita através da Lei 12.594/2012.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Estas normas objetivam possibilitar ao adolescente infrator cumprir as medidas socioeducativas com o propósito de estabelecer uma relação interpessoal de direitos e deveres, levando o mesmo a fazer uma reflexão quanto às motivações que o levou a determinada prática infracional, despertando sua responsabilidade social de modo a respeitar as diferenças e favorecer a construção de valores que visem o retorno para o convívio familiar e em comunidade com uma visão diferente de se relacionar com as outras pessoas, uma vez que estas normas tem caráter predominantemente educativo.

Quando se finaliza um processo socioeducativo, é esperado que o adolescente infrator reconheça-se consciente da sua responsabilidade ante ao ato infracional por ele praticado e esteja ciente que vivendo em sociedade está sujeito a regras, como também o respeito à individualidade.

É importante salientar que crianças e adolescentes praticam atos infracionais, contudo as medidas adotadas para cada um deles são diferentes. Haja vista que para crianças, adota-se as medidas protetivas, que estão elencadas no Art. 98 c.c Art. 101 do ECA, ao passo que para os adolescentes são empregadas as medidas protetivas e socioeducativas, de acordo com o Art. 112 do ECA.

1.3 O ADOLESCENTE INFRATOR E OS MOTIVOS QUE O DIRECIONAM AO ATO INFRACIONAL

Incontáveis são as motivações que levam um adolescente à prática de ato infracional, sendo a negligência familiar e social um ponto preponderante. Conforme estudos realizados com adolescentes do sexo masculino entre 16 e 17 anos que se encontram em uma internação em Belo Horizonte com a finalidade de expor os motivos que oportunizam os mesmos à pratica do ato infracional:

> [...] O cometimento do ato infracional destes jovens ocorreu após um desentendimento familiar, a perda de algum membro da família, a saída de casa e o encontro com a rua. Os jovens se sentem marcados pelas instituições e se sentem inferiores as outras pessoas da sociedade: se você ficar me devendo e não pagar, eu te mato!" P. (*apud* JOST, 2010, p. 102) Os jovens se julgam sem capacidade de amar e sentem-se capazes de matar. Em relação ao ato infracional os jovens querem se sentir fortes para serem admirados. O ato infracional é visto como uma maneira de realizar um desejo, como uma forma de valorização e de aumento da autoestima. Procuram no

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> ato infracional uma maneira de realização, auto afirmação, esperança e um modo para enfrentar a morte. (JOST, 2010)

Nota-se que a precariedade dos laços e estrutura familiar são grandes ensejadores das práticas e atos infracionais. Outro motivo que é importante ressaltar é o consumismo e os adereços (roupas, joias, celulares, etc.) de marcas que tornam alguém evidente.

Segundo Rolim (2006, p. 183) o jovem:

> [...] reagem em um apelo mudo para afirmar sua existência. A cidade os exclui? Trata-se, então, de ocupar a cidade. Não lhes dão a palavra? Trata-se, então de registrá-la nos muros e nas fachadas com grafite. Sonegam-lhes as quantias em dinheiro para que tenham acesso aos símbolos da juventude? Ora, o dinheiro se pode tomar.

Nesse contexto, os que não adquirem de forma lícita, recorre a outros meios, como o crime contra o patrimônio, e que cada dia mais está alarmante, como pode ser evidenciado dia após dia nos noticiários e outros meios que vinculam a notícia.

Ainda segundo Pelosini (2011, p. 61):

> Muitos adolescentes que cometem ato infracional estão em situação de risco, por inúmeros motivos como: a perda precoce da mãe ou a vivência em uma família com precária condição socioeconômica. O que acarreta em uma criação sem limites esem vínculos afetivos. A utilização das drogas pode ser uma forma de auxílio para viver nas ruas, pois a droga evita a fome, o frio, o medo e a difícil realidade cotidiana. Neste contexto, o ato infracional é uma forma de sobrevivência. Esta pesquisa trouxe dados importantes em relação à escolaridade destes jovens: 73% dosjovens atendidos estavam fora da escola quando cometeram atos infracionais; 30,4%só estudaram até a 5ª série do ensino médio, muitos são analfabetos funcionais e apenas 7,1% chegaram ao ensino médio. Nesta situação encontramos um impasse entre a precária condição das escolas brasileiras e a falta de incentivo que as famíliasfornecem aos jovens. Outro dado interessante é a configuração familiar dos jovens, é percebido que os pais possuem dificuldade em dar limite e regras aos filhose então, delegam esta tarefa a escola, ao conselho tutelar, ao juiz. Isto acarreta nos jovens uma dificuldade em estabelecer uma identidade e uma manifestação agressiva e desafiadora dos seus sentimentos, o ato infracional pode demonstrar uma tentativa do adolescente em pedir limite aos pais.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Como se pode observar, os entorpecentes são uma base relevante para o cometimento do ato infracional. Tanto para alimentar o vício, quanto para levantamento de valores para outras finalidades.

2.JUSTIÇA RESTAURATIVA X JUSTIÇA RETRIBUTIVA

A Justiça Restaurativa apresenta-se como uma contraposição à Justiça Criminal, apontando outros meios para a solução de conflitos, tendo por base a criatividade e sensibilidade, ouvindo as vítimas e também os ofensores.

O processo penal inicialmente é direcionado puramente para a culpa do denunciado, feito isso as garantias e os direitos fundamentais de cada indivíduo são deixados de lado, tornando o processo sem um desfecho satisfatório.

Nesse sentido observa-se que sendo apurada a culpa do autor, conclui-se que o foco está na violação da Lei e não na vítima, à comunidade e infrator.

Contrário a este modelo, destaca-se a Justiça Restaurativa, que volta-se para os prejuízos causados aos envolvidos, focada na reparação do dano, desvirtuando da justiça retributiva que visa somente a retribuição do mal feito, a punição.

Enquanto a Justiça Restaurativa está voltada para a reparação, levando as partes para o centro do processo, dando as mesmas a oportunidade de manifestar suas necessidades, sentimentos, oportunizando um discurso entre as partes de forma equilibrada, promovendo a democracia participativa das partes envolvidas no processo e também a comunidade, visando cura e transformação.

O conceito de crime defendido por cada um dos modelos provavelmente seja sua maior diferença. A justiça retributiva é descrita como sendo a punição por uma violação contra o Estado se trata de uma desobediência à norma.

Embasada em modelos não-punitivos, a Justiça Restaurativa, apresenta respostas às ineficiências do sistema de justiça criminal atual, mudando o foco do processo de culpa x punição, consequências e possíveis soluções.

3.AS MEDIDAS SOIOEDUCATIVAS E AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS

As medidas socioeducativas como são aplicadas atualmente, nos moldes do ECA e seguindo os princípios da justiça formal, tem uma finalidade pedagógica e em sua maioria não atingem seus objetivos finais, o que faz surgir a Justiça Restaurativa como uma alternância para reeducar o infrator em atrito com a lei.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido o autor do ato infracional necessita de um acompanhamento especial, uma vez que o mesmo não consegue discernir a responsabilidade ou prejuízo que possa ter causado a sua vítima. Com o advento da Justiça Restaurativa no ano de 2005 no Brasil, que tinha como o finalidade ser um meio alternativo ao sistema de justiça atual à época de modo que não se ofereçam apenas uma resposta ao crime, mas que fosse um modelo mais adequado e diferenciado capaz de oferecer uma alternativa ao sistema criminal dos dias atuais.

3.1 O ATENDIMENTO SOCIOEDUCATIVO SEGUNDO A LEI FEDERAL Nº 12.594/12

O direito infantojuvenil em vigor no Brasil tem como finalidade endossar às crianças e adolescentes a propenção de sujeitos de direitos. A Constituição atual e a Lei 8.069/1990 (ECA) são os regulamentadores da responsabilização dos adolescentes em atrito com a lei, assegurando e garantindo seus direitos.

Vários órgãos ligados à proteção da pessoa humana e dos direito da criança e adolescente já se reuniram com um propósito de sistematizar e organizar o SINASE, que se representará um norte na implementação das medidas socioeducativas.

O SINASE é fruto da Resolução n.º 119/2006, admitido por meio da Lei n.º 12.594/2012. De acordo com a Secretaria de Direitos Humanos, com a participação de setores governamentais, profissionais ligados à áreas infantil e juvenil dentre outras instituições, ao longo dos últimos anos.

Assim, a Lei n.º 12.594/2012 delibera as competências de cada espera sobre o tema, determinando a inevitabilidade da elaboração de um plano para o atendimento socioeducativo.

O artigo 1º da referida lei, estabelece o sistema que regulamenta o desempenho das medidas voltadas ao adolescente praticante de ato infracional.

> § 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.
>
> § 2º - Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei 8.069, de 13/07/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
>
> II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
>
> III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.
>
> § 3º Entendem-se por programa de atendimento a organização e o funcionamento, por unidade, das condições necessárias para o cumprimento das medidas socioeducativas.
>
> § 4º Entende-se por unidade a base física necessária para a organização e o funcionamento de programa de atendimento.
>
> § 5º Entendem-se por entidade de atendimento a pessoa jurídica de direito público ou privado que instala e mantém a unidade e os recursos humanos e materiais necessários ao desenvolvimento de programas de atendimento. (Art. 1º SINASE).

É irrefutável observar que o Sistema Nacional de Atendimento foi criado para perfazer o lapso do ECA, suprindo as superficialidades das medidas socioeducativas. Assim a Lei n. 12.594/2012, possibilita a aplicação dos procedimentos restaurativos, e ainda, estabelece que na aplicação das medidas devem ser elaborado um plano.

O artigo 52 do SINASE, dispõe que:

> O cumprimento das medidas socioeducativas, em regime de prestação de serviços à comunidade, liberdade assistida, semiliberdade ou internação, dependerá de Plano Individual de Atendimento (PIA), instrumento de previsão, registro e gestão das atividades a serem desenvolvidas com o adolescente.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A coordenação do SINASE é de competência da União e constituído pelos sistemas estaduais, distrital e municipais responsáveis por pôr em prática os seus respectivos programas de atendimento, respeitados o que dispõe a Lei n° 12.954/2012.

A União, em conjunto com os demais entes federativos, fará avaliação constante do aprimoramento e execução dos planos de atendimento socioeducativo por períodos pré-estabelecidos. Objetivando avaliar e verificar o cumprimento ou não das metas estabelecidas.

Terá também uma avaliação com a participação de órgão ligados à proteção integrada dos adolescentes em conflito com a lei. Dessa forma as avaliações serão periódicas de acordo a vigência da lei que institui, ficando responsável o Poder Legislativo federal para conduzir e fiscalizar a tarefa através de comissões adequadas.

3.2 PRATICAS RESTAURATIVAS NO ÂMBITO DA JUSTIÇA INFANTO-JUVENIL

É notável os progressos alcançados na legislação brasileira nos últimos anos na acepção de propor diretrizes às abordagens de situações de violência incluindo menores, em entendimento com acordos internacionais no âmbito das garantias da criança e do adolescente e também junto com a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

O advento da lei nº 12.594/2012, que estabeleceu o Sistema Nacional Socioeducativo (SINASE), proporcionou que as políticas de atendimento destinadas aos adolescentes que praticam os atos infracionais pudessem ser regulamentadas e promovessem a responsabilização das condutas ensejadoras dos atos infracionais.

A Justiça Restaurativa chega como uma referência nova para os conflitos e situações de violência, oferecendo condições para o diálogo embasado no respeito, no compromisso e no cooperativismo. Apresenta-se como uma abordagem inovadora de tratar as infrações, pondo em evidência não somente os atos infracionais, mas também os anseios dos envolvidos e evidentemente a reparação do dano causado.

A definição mais consensual de justiça restaurativa é:

> aquela enunciada na Resolução 2002/12, no qual Justiça restaurativa é "qualquer processo no qual a vítima e o ofensor, e, quando apropriado, quaisquer outros indivíduos ou membros da comunidade afetados por um crime, participam ativamente na resolução das questões oriundas do crime, geralmente com a ajuda de um facilitador"

Segundo Sabadell (2008, p. 244):

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> A ideia central é promover o diálogo entre as partes envolvidas no conflito (vítima, réu e eventuais terceiros interessados), permitindo que eles encontrem uma solução para "superar" os danos causados pela prática delitiva. Em regra, isso ocorre com a presença de pessoal técnico especialmente treinado (mediadores, facilitadores ou colaboradores). São pessoas não envolvidas com o delito que auxiliam as partes na busca de uma solução. A reparação não adquire necessariamente caráter financeiro e punitivo. Os três elementos centrais da justiça restaurativa são a reparação-satisfação da vítima, a conscientização e, por conseguinte, a responsabilização do ofensor e sua reconciliação com a comunidade.

Salmaso (2016, p. 18) comenta em seu artigo:

> O que emerge, com maior força, como "clamor popular, externado e/ou alimentado pela mídia, é a necessidade incessante de "respostas penais duras", com a edição de leis que prescrevam punições das mais severas aos transgressores, no que se inclui a ideia da redução da maioridade penal. Em outras palavras, prega-se a ampliação do poder estatal de punir como única proposta viável para debelar os problemas relativos às pessoas – em especial, aos jovens - envolvidas em situações de violência e em conflito com a lei.

Zehr (apud PALLAMOLLA, 2009, p. 34) revela que:

> A expansão da rede e a ineficácia das alternativas para alterar a situação do sistema penal ocorrem [...] porque tanto a pena de prisão quanto as alternativas se apoiam numa mesma compreensão de crime e justiça, que abrange os seguintes pressupostos: a culpa deve ser atribuída; a justiça deve vencer e esta não se desvincula da imposição da dor; a justiça é medida pelo processo; e é a violação da lei que define o crime.

Penido, Mumme e Rocha (2016, p. 176) comentam que:

> em abril de 2005, como resultado do 1º Simpósio Brasileiro de Justiça Restaurativa, realizada em Araçatuba/SP, foi divulgada a Carta de 27 Araçatuba/SP, que pode ser considerada o primeiro documento "principiológico" sobre a justiça restaurativa no Brasil [ ] , finalmente surge o primeiro diploma legal nacional com expressa referência à

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Justiça Restaurativa; a saber: a Lei do Sinase – Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (Lei n. 12.594/2012), que em seu artigo 35, incisos II e III, dispôs expressamente sobre a aplicação de medidas restaurativas.

A interferência por meio de práticas restaurativas na área da Justiça Juvenil preza pela ressocialização e reinserção dos menores infratores de volta à sociedade, contando então com a participação da vítima, do infrator, bem como seus responsáveis, dos profissionais responsáveis pela proteção dos menores, escolas, atingidos pelo ato danoso e também a sociedade.

A Justiça Restaurativa tomou forma no Brasil a em meados de 2005, com projetos sobre a práticas restaurativas no judiciário brasileiro, que estreou as experiências de Porto Alegre (RS), São Caetano (SP) e Brasília (DF). Logo em seguida no ano de 2010, com seu campo de atuação ampliado, o projeto inicial se projetou para um programa que abrange diversos projetos.

Uma questão importante é que se necessário tenha uma articulação entre os núcleos de Justiça Restaurativa e a rede de assistência, apoiada pelos órgãos públicos e privados, para que seja norteado aos participantes os acordos restaurativos. Para o autor é recomendado que se tenha esta comunicação entre os núcleos envolvidos para que se possa nortear soluções voltadas a reduzir a violência no meio social.

3.3 AS PRATICAS RESTAURATIVAS E A FUNÇÃO PEDAGÓGICA DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

É observado que ao longo dos anos desde a implantação da Lei n. 12.594/2012, que sua aplicabilidade quanto aos adolescentes infratores obteve inúmeros avanços em seus resultados quando a mesma aplicada de forma correta.

Com poucos avanços significativos do sistema carcerário brasileiro onde os aspectos estruturais, violência entre outros, mostra a precariedade que vem sem arrastando ao longo e décadas, violando os direitos fundamentais como o do princípio da Dignidade da Pessoa Humana com a convicção de que a condenação serve para castigar, produzir dor e mais exclusão social, é essencial que se aplique mecanismos eficazes para a ressocialização do indivíduo e não sua exclusão.

Assim a aplicabilidade das leis não conseguem por si só garantir a responsabilização de atos infracionais cometidos por adolescentes, uma vez que os mesmos não entendem o quão grave possa ser seus atos e não aceitam as medidas impostas segundo as leis vigentes.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Para Brasil (2014) o processo restaurativo tem o intuído de levar o adolescente infrator a buscar um comportamento e uma compreensão do ato cometido pelo mesmo, uma vez que as práticas restaurativas seguem uma sistematização dialogada com o infrator buscando soluções para resolver as questões afim de que essa cooperação possa de fato ser positiva e não punitiva.

Com tudo torna-se imprescindível a aplicabilidade das políticas públicas de saúde e assistência social organizadas de forma especifica para cada faixas etárias, afim de que essas medidas possam desenvolver suas especificidades em relação a fragilidade em que se encontram com a lei.

A contribuição educativa traz uma intervenção positiva sobre a vida do adolescente a fim de que, haja modelos de educação em um conceito geral de profissionalizar, deveria existir também a socioeducação, com métodos próprios visando preparar os jovens para que os mesmos possam ter uma convivência social visando uma reeducação a parti das visões críticas, construtivas e reflexivas.

Fundamentado no ECA é, de responsabilidade das entidades que põe em prática as medidas socioeducativas e de internação provisória a garantia ao acesso à educação formal e as medidas que asseguram sua profissionalização para sua anexação ao mercado de trabalho mediante suas habilidades e atitudes.

Nesse sentindo, o SINASE associa-se a Lei 9394/96, que estabelece logo no artigo 1º no tocante da importância da educação nos processos formadores que se desenvolvem na vida familiar assim como na convivência interpessoal em sociedade, nas instituições de ensino, em movimentos sociais e culturais.

Assim educação tem como premissa direcionar o posicionamento de seus sistemas afim de que se possa de fato forma cidadãos, tendo em vista as condições adversas em que cada um se encontra.

Norteado pelo respeito a diversidade e a valorização do ser humano, as práticas pedagógicas em consonância com o sistema de educação visão a alcançar uma compreensão de convivência em sociedade, buscando uma interação positiva e construtiva com uma tomada de consciência respeitando as diversidade e as responsabilidades inerentes a cada um.
Sendo assim, as práticas pedagógicas restaurativas tornam-se caminhos estruturadores para uma melhor compreensão dos direitos e deveres no âmbito do trabalho socioeducativo. De modo a alcançar uma amplitude significativa em meio aos problemas envolvendo os adolescentes e crianças infratores, bem como buscando suas soluções.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo buscou investigar fatores inerentes sobre as práticas restaurativas voltadas a proteção e a ressocialização de crianças e adolescentes em meio a sociedade no âmbito da aplicabilidade das leis especificas vigentes no pais.

O advento da atual Constituição do Brasil em meio as mobilizações da sociedade civil, assim como, a construção e utilização do ECA em nosso pais em 1990, garantiu a proteção e os direitos das crianças e adolescentes.

Com o anseio de padronizar as execuções das medidas socioeducativas e assegurar os objetivos do ECA, em 2006 foi criado o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo-SINASE, aprovado pela Lei n.º 12.594/2012, com a intenção de assegurar os direitos dos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas.

É evidente que o emprego de práticas restaurativas propicia a concepção entre todos que é necessário uma corroboração para que se fortaleça os relacionamentos para a resolução de problemas. Uma vez que é verificado que tanto os governos quanto a sociedade e as famílias dos jovens em conflito com alei que necessitam conviver de forma saudável de modo que os resultados sejam desempenhados. Um dos elementos das práticas restaurativas é o diálogo que e de fundamental importância nas relações humanas, uma vez que está presente nas mediações de conflitos que busca a resolução de problemas que envolve violência. Assim as práticas restaurativas viabilizam as relações entre aqueles envolvidos no processo.

A situação emblemática da criminalidade em jovens a mercê de uma vida desfavorável, e tido como um processo desfavorável a sua aceitação e participação da sociedade. Tal processo está ligado diretamente ao ideário visto como um membro que está a margem de, e que culturalmente e caracterizado por um espaço social em que vive.

A participação da comunidade escolar junto aos projetos desenvolvidos Justiça Restaurativa vem com um destaque positivo em relação a aproximação da justiça e da sociedade, uma vez que essa aproximação vem demostrando a importância de se criar mecanismos para combater a exclusão social. Esta parceria vem demostrando que as práticas de delitos cometidos por participantes das sessões restaurativas diminuiu em consequência das medidas adotadas.

Fica evidenciado que, os resultados das práticas socioeducativas são extremante eficazes uma vez que a existência da preservação das relações entre as vítimas, infratores e a sociedade que estão diretamente ligados, podendo favorecer praticas mais efetivas para a ressocialização do adolescente infrator. Assim temos que, considerar a individualidade e a especificidade de cada adolescente, de cada família e de cada

comunidade na elaboração de medidas legais e eficazes. Ressalte-se que, é reconhecido em nossa Constituição Federal e no âmbito Internacional que a introdução do sistema socioeducativo é capaz de promover e resguardar os direitos das crianças e adolescentes em conflito com a lei e, que é um demonstrativo que resguarda os direitos fundamentais da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Carla Zamith Boin. ***Mediação e justiça restaurativa*: A humanização do sistema processual como forma de realização dos princípios constitucionais. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

Artigo do Site Dourados Agora: Mais de 28 mil menores infratores cumprem medidas socioeducativas no Brasil. Disponível em: https://www.douradosagora.com.br/2011/06/09/mais-de-28-mil-menores-infratores-cumprem-medidas-socio-educativas-no-brasil/Acesso em: 02 abr. 2012.

BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei Federal 8.069, de 13/07/90. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

BRASIL. Diálogos e mediação de conflitos nas escolas: guia prático para educadores. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2014

BRASIL. Sistema Nacional de Atendimento socioeducativo. Lei Federal 12.594 de 18/01/2012. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

CARNEIRO, M. LDB fácil. Rio de Janeiro: Vozes, 2012

COSTA, A. C. Aventura pedagógica: caminhos e descaminhos de uma ação educativa. Belo Horizonte: Modus Faciendi, 2004.

Disponível em: < https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/138/edicao-1/justica-restaurativa**>.** Acesso em**:** 15 nov**.** 2021**.**

Disponível em**:**< https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/justica-restaurativa/#:~:text=A%20Justi%C3%A7a%20Restaurativa%20%C3%A9%20um,concreto%20ou%20abstrato%20s%C3%A3o%20solucionados**>.** Acesso em**:** 15 mar**.** 2022**.**

Disponívelem:<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/noticias/2019/maio/justica-restaurativa-entenda-os-conceitos-e-objetivos**>.** Acesso em**:** 15 mar**.** 2022**.**

MARPEAU, J. O processo educativo. Porto Alegre: Artmed, 2002.

PELOSINI, Roberta Silveira Bueno. Ato Infracional: Uma revisão bibliográfica na base de dados da BIREME. 2011. UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE. Disponível em:https://www.mackenzie.br/fileadmin/OLD/47/Graduacao/CCBS/Cursos/Psicologia/2012/BIBLIOT_DIG_LEVV/Med_Socioeducativo/Roberta_Silveira_Bueno_Pelosini.pdf. Acesso em 20 abril de 2022.

PENIDO, Egberto de Almeida; MUMME, Monica Maria Ribeiro; ROCHA, Vanessa Aufiero da. Justiça Restaurativa e sua humanidade profunda: diálogos com a Resolução 225/2016 do CNJ. Implementação da Justiça Restaurativa no Poder Judiciário: Uma Experiência do Estado do Paraná. In: CRUZ, Fabrício Bittencourt. Justiça restaurativa: horizontes a partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016. p. 165-213. Disponível em: < http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>. Acesso em: 23 abril 2022.

RAMIDOFF, Mario Luiz. Sinase - Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo: Comentários à Lei n. 12.594, de 18 de janeiro de 2012. São Paulo: Saraiva, 2012.

ROLIM, Marcos. A síndrome da rainha vermelha policiamento e segurança pública no século XXI. Centre for Brazilian Studies University OF OXFORD. Rio de Janeiro. 2006.

SARAIVA, João Batista Costa. Adolescente em conflito com a lei da indiferença à proteção integral. 3ª ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

LICENCIAMENTO AMBIENTAL, UM INSTRUMENTO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE: COMO SE ENCONTRA APÓS 40 ANOS DA SUA PROMULGAÇÃO?

LUIS ALBERTO ALVES DA COSTA: Graduando em Direito pela Faculdade Serra do Carmo. [37]

LÍVIA HELENA TONELLA BRASIL[38]

(coautora)

RESUMO: Esta pesquisa discute o licenciamento ambiental, um instrumento da política nacional do meio ambiente: e visa refletir sobre como se encontra após 40 anos da sua promulgação. Neste estudo com abordagem qualitativa utilizou-se de levantamento bibliográfico para dar melhor inteligibilidade ao problema proposto. Por meio da pesquisa foi possível compreender que socialmente e juridicamente foram surgindo ideias e propostas na intenção de solucionar problemas ambientais, os quais podem ser desde questões físicas, biológicas e políticas. O direito ambiental já se encontra consolidado no Brasil, uma vez que possui princípios próprios, com bases constitucionais e com regramento infraconstitucional complexo e moderno, mas é perceptível uma inquietação sócio ambiental sob a influência do governo e lobbies do empresariado em fragilizar o licenciamento ambiental, ferindo assim preceitos fundamentais, entre eles a vida das pessoas pela ambição desastrosa em simplificar o licenciamento ambiental. Observa-se que o licenciamento ambiental é construído por etapas distintas e incomprimíveis sendo outorgada por meio de licenças de instalação e operação. É notório e relevante perceber que as normas ambientais estão embutidas nas demais normas jurídicas, isto é, a proteção ambiental presente nos demais ramos do Direito.

Palavras-chave: Direito Ambiental, Meio Ambiente, Licenciamento Ambiental

ABSTRACT: This research aimed to discuss environmental licensing, an instrument of national environmental policy: how it stands after 40 years of its enactment. In this study, bibliographic research was used, with a qualitative character. Through the research it was possible to understand that socially and legally ideas and proposals were emerging in order to solve environmental problems which can be from physical, biological and political issues.

[37] E-mail: albertoasafe@uol.com.br

[38] Doutora em Ecologia de Ambientes Aquáticos Continentais pela Universidade Estadual de Maringá, Brasil (2021). Professora da Faculdade Serra do Carmo, Brasil. E-mail: prof.liviahelena@fasec.edu.br

Environmental law is already consolidated in Brazil, since it has its own principles, with constitutional bases and with complex and modern infra-constitutional rules, but a socio-environmental concern is perceptible under the influence of the government and business lobbies to weaken environmental licensing, injuring as well as fundamental precepts, including people's lives due to the disastrous ambition to simplify environmental licensing. It is observed that the environmental licensing is constructed by distinct and incompressible stages, being granted through installation and operation licenses. It is relevant to realize that environmental norms are embedded in other legal norms, that is, environmental protection present in other branches of law.

Keywords: Environmental Law, Environment, Environmental Licensing

1 INTRODUÇÃO

Inicialmente destaca-se a escolha do tema deste trabalho de conclusão de curso que é o licenciamento ambiental, um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente. Como problema de pesquisa temos a pergunta norteadora: "Como se encontra o licenciamento ambiental após 40 anos da sua promulgação".

Antes de tratar do tema principal é preciso elencar e criar bases sólidas sobre a importância do direito ambiental para a sociedade, para tanto foram elencadas as características do meio ambiente e do direito ambiental, trazendo o teor da natureza jurídica, como também os princípios aplicáveis a essa vasta seara.

O meio ambiente se tornou um bem jurídico e os seres humanos estão diretamente inseridos e totalmente dependente dele para sobreviver, dessa maneira são grandes e desafiadoras as reflexões sobre as ações que visão melhorar as condições de vida no planeta. O efeito das ações humanas sobre o meio ambiente foi norteado pelo aumento populacional e, como consequência, estamos diante de uma grande crise da biodiversidade que esta vem sendo ameaçada em escala global. Espécies vêm sendo extintas a taxas extremamente elevadas. A diversidade, em suas distintas escalas, está em declínio acentuado e há um número imenso de populações e espécies que provavelmente serão extintas ainda este século.

Diante disso, a Política Nacional do Meio Ambiente é uma ferramenta jurídica de proteção ao meio ambiente. E em seu artigo 9° elenca a maior pretensão no âmbito ambiental no qual foram apontados doze instrumentos com o objetivo de colocar em pratica a política ambiental do Brasil. Entre esses instrumentos está o licenciamento ambiental.

Nesse sentido, é necessário entender e compreender o objetivo da Política Nacional do Meio Ambiente, bem como um dos seus principais instrumentos, o licenciamento

ambiental. Dessa forma, neste trabalho busca-se destacar os avanços normativos, retrocessos e perspectivas após quatro décadas de sua implantação.

Neste contexto, intenta-se averiguar o "Como se encontra o licenciamento ambiental, um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, após 40 anos da sua promulgação?" Para atingir o objetivo central (que é ter uma resposta ao problema deste projeto de pesquisa) adota-se o método exploratório descritivo, por se tratar de uma classificação quanto aos objetivos que melhor se adequa aos pressupostos deste trabalho. Segundo Gil (2010, p. 27), uma pesquisa exploratória descritiva: "(...) tem como propósito proporcionar maior familiaridade com o problema, com vistas a torna-lo mais explícito ou a construir hipóteses."

Para tornar mais próximo dos assuntos a serem estudados realiza-se um levantamento bibliográfico, que dará condições de entender sobre o tema a ser abordado. Os procedimentos são divididos em: Leituras de jornais, revistas, artigos já publicados, livros, consultas a sites na internet onde o Direito Ambiental se faz presente.

Visando alcançar os objetivos apresentados o presente trabalho segue estruturado em três subtítulos, a saber: o primeiro trata de discutir teoricamente o que é meio ambiente e seus principais elementos, no segundo trata da Política Nacional do Meio Ambiente e o licenciamento ambiental. Por fim, o terceiro subtítulo apresenta os avanços e retrocessos do licenciamento ambiental a nível Federal e a nível do Estado do Tocantins.

2 MEIO AMBIENTE

Para alcançar de forma fundamentada, segura e com eficácia as análises desta pesquisa é necessário, a priori, entender as particularidades e excepcionalidades referentes ao meio ambiente, dessa forma, neste subtítulo são apresentados alguns conceitos teóricos que orientam o estudo. Sendo assim, as próximas linhas trazem noções e enunciados relacionados ao meio ambiente.

De acordo com Belchior (2011), a expressão 'meio ambiente' adotada pelo direito brasileiro vem se revelando redundante e isso se deve ao fato de que 'meio' e 'ambiente' são termos sinônimos e ambos significam aquilo que envolve o entorno onde se vive. Em países como Itália e França, o constituinte adotou apenas 'ambiente', já na Espanha fez a mesma opção que o Brasil utilizando a nomenclatura 'meio ambiente'. Logo, é possível inferir que a escolha do termo/expressão é meramente formal e não influencia no alcance da sua projeção jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

De maneira geral, o conceito de meio ambiente é significado como "(...) a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas." (SILVA, 2002, p. 20). O meio ambiente compreende o ser humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas. Relações essas que se constroem com a apropriação dos bens naturais que, por serem submetidos à influência humana, são transformadas em recursos essências para vida humana em quaisquer de seus aspectos (BELCHIOR, 2011).

Já a Lei nº 6.938 (BRASIL, 1981) define o meio ambiente como "(...) o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas." (BRASIL,1988, texto digital).

Ainda no sentido de conceituar o que é meio ambiente a Constituição Federal preconiza na letra do art. 225 (BRASIL, 1988) a expressão 'qualidade de vida', colocando os seres humanos no centro das preocupações ambientais. Nos termos da CF; todas as pessoas "(...) têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preserva-lo para as presentes e futuras gerações." (BRASIL, 1988, texto digital).

Corroborando com o que está na CF, Trennepohl (2020) explica que é de grande importância a interação do homem com a natureza, pois dela depende efetivamente seu bem maior que é a vida. O autor acrescenta ainda que:

> (...)há quem reconheça uma ordem eco jurídica, com a interconexão dos problemas globais e melhores condições de encontrar soluções apropriadas para esses problemas. O direito ambiental apresenta-se como instrumento de adequação das políticas de crescimento, promovendo um ajustamento dos custos privados aos custos públicos e sociais; certamente, esse ramo do Direito também representa objetivos econômicos, mas que não podem ser distanciados da preservação, compelindo o desenvolvimento a uma atitude mais racional e controlada de insumos naturais. (TRENNEPOHL, 2022, p. 6).

Diante desse quadro, compreende-se que socialmente e juridicamente foram surgindo ideias e propostas na intenção de solucionar problemas ambientais os quais podem ser desde questões físicas, biológicas, políticas, etc. Atualmente, prevalece a perspectiva do desenvolvimento sustentável que, de fato, fora consagrado em 1992, sem o abandono da visão da gestão dos ecossistemas no interesse do desenvolvimento dos países e das populações (TRENNEPOHL, 2022).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Uma vez apresentado as significações do conceito de meio ambiente, no próximo subtítulo são discutidas as políticas que tratam do tema.

3 POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE E O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

3.1 HISTÓRICO DA POLÍTICA NACIONAL DO MEIO AMBIENTE

Para iniciar a discussão da Política Nacional do Meio Ambiente destaca-se que em junho de 1972, em Estocolmo, ocorreu a Conferência das Nações Unidas, evento histórico que abordou o tema: 'Meio Ambiente Humano' e seu futuro. O objetivo foi alertar acerca do destino conjunto da espécie humana e do planeta Terra. Tal evento desencadeou em um movimento que ainda persiste na atualidade e acarretou na elevação do grau de consciência dos governos e da própria sociedade. É, portanto, uma narrativa do presente contínuo e em movimento de ideias e realizações (MILARÉ, 2014).

Em pouco tempo, o Direito Ambiental amadureceu no Brasil. Isto porque, até a década de 1970, não havia um perfil constitucional ou legislações que reconheciam o meio ambiente como bem *per se.* Com a Lei n. 6.938 (BRASIL, 1981), conhecida como Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e a Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988), o meio ambiente passou a ser efetivamente protegido. Assim sendo, pode-se concluir que o Direito Ambiental já está consolidado no Brasil, uma vez que possui princípios próprios, com bases constitucionais e com regramento infraconstitucional complexo e moderno. Ademais, dispõe de uma especializada estrutura administrativa entre os aparatos do Estado e também de instrumentos eficazes de implementação (MILARÉ, 2014).

As normas ambientais estão embutidas nas demais normas jurídicas, isto é, a proteção ambiental está presente em todos os ramos do Direito. Dentre os "novos direitos" – que emergiram a partir da década de 1960 – o mais notável é o Direito Ambiental. Ainda sobre os "novos direitos", vale destacar que, esses são essencialmente os direitos de participação oriundos de uma crise de legitimidade na ordem tradicional que não anexa a manifestação direta dos cidadãos na resolução de seus problemas imediatos. Assim, os movimentos da sociedade conquistam novos espaços políticos, os quais resultaram em leis de conteúdo, função e perspectivas diversas daquelas já conhecidas pela ordem jurídica tradicional (MILARÉ, 2014).E é neste contexto de discussões internacionais e nacionais sobre o meio ambiente que a legislação brasileira avança. Dito isso, no próximo subtítulo discute-se o licenciamento ambiental, como instrumento da Política Nacional de Meio Ambiente.

3.2 LICENCIAMENTO AMBIENTAL NO BRASIL

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O licenciamento ambiental, conforme afirma o art. 9º, IV, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938) (BRASIL, 1981), é um instrumento de caráter preventivo de proteção do meio ambiente. Não é um mero ato administrativo, mas sim um conjunto de atos que formam um procedimento administrativo. Ademais, ressalta-se que a licença administrativa constitui ato vinculado, o que a distingue da licença ambiental. Isto porque, a licença ambiental constituída como ato discricionário é; "(...) uma outorga concedida pela Administração Pública aos que querem exercer uma atividade potencialmente ou significativamente poluidora." (SIRVINSKAS, 2012, p. 85).

A licença ambiental, enquanto mera licença, deixa de ser um ato vinculado para ser um ato com discricionariedade *sui generis*, pois a não vinculatividade do Poder Público. Isso se deve ao fato de que o Estudo de Impacto Ambiental (EIA) não responde de forma objetiva e simples sobre os prejuízos ambientais que uma obra ou atividade possa acarretar. O EIA elenca os convenientes e inconvenientes do empreendimento, assim como oferta as medidas cabíveis à mitigação dos impactos ambientais negativos e as medidas compensatórias (SIRVINSKAS, 2012).

Ressalta-se aqui que existem diferenças entre a licença ambiental e a licença administrativa. Uma das distinções refere-se à exigência de uma forma de avaliação prévia de impactos corporificada pelo EIA. Assim, sempre que a atividade ou obra a ser licenciada for passível de causar notável degradação ao meio ambiente (FIORILLO, 2008) deve-se realizar um EIA. Outra diferença diz respeito ao desdobramento da licença ambiental em três subespécies de licença: prévia, de instalação e de operação. As quais correspondem respectivamente a detectar, mitigar, monitorar e repelir os danos ambientais.

A mais importante distinção é que a licença ambiental não garante ao seu titular a manutenção do *status quo* no tempo que sua expedição estava em vigor. Visto que possui prazos de validade, sendo necessário renovar por meio de exigências supervenientes à análise e ao aceite do estado da técnica, tendo essa evolução célere, e da alteração das características ambientais de determinada época e de determinado local. Assim sendo, caracteriza-se pela estabilidade temporal, não podendo ser fundida com a precariedade das autorizações nem com o caráter definitivo das licenças tradicionais (MILARÉ, 2014).

Portanto, há a garantia, em seu lapso de tempo, à inalterabilidade das regras impostas no momento da outorga, exceto quando houver recomendação contrária do interesse público. Isto é, em benefício da sociedade, o ato deverá ser revisto. Valendo citar o art. 19 da Resolução nº 237 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) (BRASIL, 1997, texto digital)39, que afirma que: "O órgão ambiental competente, mediante decisão

39 A Resolução "Dispõe sobre conceitos, sujeição, e procedimento para obtenção de Licenciamento Ambiental, e dá outras providências" (BRASIL, 1997, texto digital).

motivada, poderá modificar os condicionantes e as medidas de controle e adequação, suspender ou cancelar uma licença expedida, quando ocorrer.". Exemplificando, uma atividade que fora licenciada, provoque odores e passe a incomodar os vizinhos pode ser suspensa ou cancelada. A sustentação contrária conferiria ao empreendedor seria como um cheque em branco, permitindo-lhe que, baseando-se em licença pretérita, causasse toda e qualquer degradação ao meio ambiente (MILARÉ, 2014).

Destaca-se que, em conformidade com o art. 1º, II, da Resolução nª 237 (BRASIL, 1997); a licença ambiental é:

> (...) o ato administrativo pelo qual o órgão ambiental competente estabelece condições, restrições e medidas de controle ambiental que deverão ser obedecidas pelo empreendedor, pessoa física e jurídica, para localizar, instalar, ampliar e operar *empreendimentos* ou atividades utilizadoras dos recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou aquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental. (MILARÉ, 2014, p. 801).

Nota-se que a licença ambiental é concedida pelo Poder Público para aquele que pretenda exercer uma atividade potencialmente nociva ao meio ambiente. De tal modo, todo aquele que pretender construir, instalar, ampliar e colocar em funcionamento estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores; deverá requerer a licença ambiental, obrigatoriamente, ao órgão público competente (MILARÉ, 2014).

Sendo assim, a licença é um ato administrativo, isto é, uma manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que tem por finalidade adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados (MILARÉ, 2014).

Sobre os atos administrativos, cumpre salientar a sua classificação como:

> *(...) atos normativos, aquele que impõem uma obrigatoriedade a todos os administrados como, por exemplo, decretos, regulamentos, resoluções, entre outros; atos ordinatórios, isto é, aqueles que determinam uma ordem aos funcionários de uma repartição como, por exemplo, portarias, circulares, avisos, entre outros; atos negociais que são aqueles emanados da Administração Pública resultantes do pedido feito pelo administrado, coincidindo, de ordinário, a vontade exteriorizada através do pedido feito pelo requerente com a do*

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> *Poder Público como, por exemplo, licença, autorização e permissão; atos enunciativos que são aqueles em que se certificam ou atestam um fato preexistente como, por exemplo, certidão, atestado e parecer; e, por fim, atos punitivos sendo estes aqueles que impõem uma penalidade pelo descumprimento de normas regulamentares ou quaisquer atos administrativos emitidos pela Administração Pública como, por exemplo, advertência, multa simples, multa diária, entre outras. (SIRVINSKAS, 2012, p. 222).*

Ainda sobre as distinções entre licença e autorização o autor acrescenta que:

> *A validade do ato administrativo está condicionada a determinados requisitos, tais como: competência (o ato administrativo deve ser emanado de órgão público competente); finalidade (o ato deve ter uma razão, isto é, atender uma finalidade pública); forma (o ato deve observar determinada formalidade necessária para sua validade quando houver exigência legal); motivo (o ato deve ser fundamentado por um motivo relacionado com o interesse público, tratando, em regra, de ato vinculado pela lei); e, por último, o objeto (o ato deve ter um objeto que, no caso, é a aquisição, a transferência, a modificação, a extinção ou a declaração de direitos). (SIRVINSKAS, 2012, p. 222)..*

Nesse passo, destaca-se que os atos administrativos devem ser imediatamente cumpridos pelos administrados e pela Administração Pública observando os princípios da supremacia do interesse público, da presunção de legitimidade do ato administrativo e da autoexecutoriedade do ato administrativo (FIORILLO, 2008).

Resumidamente, a licença ambiental, mesmo com prazo de validade estipulado, possui caráter de estabilidade (de *jure*). Desta forma, não pode ser suspensa ou revogada por mera discricionariedade, nem por arbitrariedade do administrador público. A renovabilidade não entra em conflito com a estabilidade. Entretanto, a licença está sujeita à revisão acarretando em sua suspensão ou cancelamento, no que concerne aos interesses públicos, ilegalidade incidentes ou descumprimento dos requisitos preestabelecidos no processo de licenciamento ambiental, segundo Fiorillo (2008).

Por fim, ressalta-se ainda que, o licenciamento ambiental é feito em três etapas distintas e insuprimíveis, sendo elas: a outorga da licença prévia; a outorga da licença de instalação; e a outorga da licença de operação (MILARÉ, 2014). Entre as etapas poderá ser necessário fazer o Estudo de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

(EIA/RIMA) e audiências públicas, as quais serão estudadas no presente trabalho de conclusão de curso.

3.3 DOS ESTUDOS DE IMPACTOS AMBIENTAIS

O estabelecimento de qualquer atividade que possa degradar o meio ambiente deve impreterivelmente ser submetido a analises e controle. Esta ação visa prevenir eventuais riscos e impactos ambientais, inclusive a atividade pode vir a ser encerradas se for nocivas ao meio ambiente.

O Estudo de Impacto Ambiental – EIA e o Relatório de Impacto Ambiental -RIMA está fundamentado no princípio da prevenção do dano ambiental, sendo um dos mais importantes instrumentos de proteção ao meio ambiente, portanto sua essência é de caráter preventivo.

A análise prévia do impacto ambiental tornou-se matéria constitucional, após a vigência da Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988). Antes, eram verificadas somente a existência de um instrumento parecido na Lei de Zoneamento Industrial (Lei n. 6.803) (BRASIL, 1980), que em seu art. 10, §3º, exigia um estudo prévio a respeito das avaliações de impacto para a aprovação das zonas integrantes do zoneamento urbano. Contudo, o meio estatuído na Lei de Zoneamento (BRASIL, 1980) não previa a participação pública o que ocorre no EIA/RIMA. Ademais, a área de aplicação era limitada aos casos de aprovação de estabelecimento das zonas estritamente industriais e não integrava um procedimento de licenciamento ambiental, conforme descreve o Manual de direito Ambiental de Sirvinskas (2012).

O EIA/RIMA tornou-se um instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente, de acordo com o art. 9º, III, da Lei nº 6.938 (BRASIL, 1981). Porém, não exigia um conteúdo mínimo, nem trouxe expressamente disposição que determinasse o prévio estudo ao desenvolvimento do empreendimento (BRASIL, 1981; SIRVINSKAS, 2012)

Assim, através do prisma legislativo a ação protetiva e de controle exercida pelo Poder Público se conduz por um sistema de gestão ambiental, ou seja, uma maneira legítima, racional e orgânica de praticar a proteção do ambiente por meio de instrumentos técnicos e, até mesmo, da participação da população (FIORILLO, 2008)..

Partindo do pressuposto de que todo e qualquer projeto de desenvolvimento interfere no meio ambiente e, também, que o crescimento socioeconômico é imperativo, é necessário discutir quais os instrumentos e mecanismos que os conciliem, reduzindo os

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

impactos ecológicos negativos e, consequentemente, os custos sociais e econômicos (FIORILLO, 2008).

A Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938) (BRASIL, 1981) elencou, como ações preventivas afetas ao Estado, a avaliação de impactos ambientais e o licenciamento para a instalação de obras ou atividades potencialmente poluidoras. O EIA, no ordenamento jurídico brasileiro, é um instrumento de política ambiental, formado por uma série de procedimentos que asseguram, desde o início do processo, a realização de um exame sistemático dos impactos ambientais de uma ação proposta e de suas alternativas, e que os resultados sejam apresentados adequadamente ao público e aos responsáveis pelas tomadas de decisões. Ademais, os procedimentos devem assegurar a adoção das medidas de proteção do meio ambiente determinadas, no caso de decisão acerca da implantação do projeto (FIORILLO, 2008).

Este instrumento de planejamento e controle é de extrema relevância decorrendo do princípio da consideração do meio ambiente na tomada de decisões. Além disso, , e diz com a elementar obrigação de se levar em conta o fator ambiental em qualquer ação ou decisão que possa sobre ele gerar efeitos negativos (SIRVINKAS, 2012).

Como se observa, o EIA é muito abrangente, pois pode ser implementado tanto para projetos que envolvam execução física de obras e processos de transformação, como para políticas e planos que contemplem diretrizes programáticas, restritas ao campo das ideias, ou seja, uma Avaliação Ambiental Estratégica (SIRVINKAS, 2012).

Muitos ambientalistas e autoridades ambientais confundem o instrumento da Política Nacional do Meio Ambiente a "Avaliação de Impactos Ambientais" (AIA) com uma ferramenta do licenciamento ambiental "Estudo de Impacto Ambiental" (EIA), e está indistinção prejudica a extração instrumental representada pelas técnicas e metodologias de AIA, bem como as consequências úteis e possíveis (SIRVINKAS, 2012).

Além do AIA EIAe o Rimasão documentos distintos entre si. O estudo (EIA) é mais abrangente que o relatório (Rima), consequentemente, o engloba. O EIA levanta a literatura científica e legal atinente, trabalhos de campo, análises de laboratório e a redação do relatório.

O Rima, por sua vez, tem por finalidade específica o esclarecimento das vantagens e consequências ambientais do empreendimento refletindo as conclusões daquele. Portanto, o EIA é complexo e detalhado, enquanto o Rima é mais compreensível e 'traduz' os procedimentos, isto é, trata-se de um instrumento de comunicação do EIA ao administrador e ao público (FIORILLO, 2008).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Arrematando, segundo Antunes (1999), no Brasil, os estudos de impactos ambientais foram instituídos dentro da Política Nacional do Meio Ambiente, por meio da resolução do Conselho Nacional de Meio Ambiente n º 001 (BRASIL, 1986), de 23 de janeiro de 1986.

Vale ainda citar que existem outros estudos de impacto ambiental, como por exemplo: o Estudo de impacto de vizinhança (EIV); o plano de controle ambiental (PCA); o plano de gerenciamento de resíduos sólidos (PGRS) e o laudo agroambiental. Após a discussão sobre estas questões, no próximo subtítulo adentra-se ao impacto ambienta propriamente dito.

3.4 DO IMPACTO AMBIENTAL

A expressão impacto ambiental40 é conceituada pelo Direito Ambiental como qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam a saúde, a segurança e o bem-estar da população. No entanto qualquer alteração no meio ambiente capaz de alterar o equilíbrio pode ser considerada impacto ambiental.

O Conama estabeleceu, através da resolução n. 1 (1986), a obrigatoriedade da elaboração do Estudo de Impacto Ambiental - EIA(com função de qualificar e quantificar o impacto ambiental), assim como o Relatório de Impacto Ambiental – RIMA, usado para uma serie de qualificações modificadoras do meio ambiente, onde cita expressamente, estradas de rodagens com duas ou mais faixas de rolamento, ferrovias, portos, e terminais de minério, petróleo e produtos químicos, conforme definido em Lei pelo inciso I, Art. 48, do Decreto-lei (BRASIL, 1966).

Desse modo o EIA pode ser considerado como um procedimento administrativo de prevenção e de monitoramento de danos ambientais, ou seja, é um estudo de prováveis transformações de várias características econômicas biofísicas do meio ambiente.

Entretanto, aa prática o que mais acontece são estudos ambientais desenvolvidos em momentos oportunos apenas com efeito de defesas prévias contra as normas ambientais, mediante a omissão de dados e informações relevantes com a finalidade de conseguir licenças ambientais, tornando uma pratica comum, fugindo assim do controle do órgão ambiental (TRENNEPOHL, 2022).

40 Formada pelo termo impacto que significa a colisão e/ou forçar contra.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

De acordo com o autor, o que importa de fato é observar que o EIA/RIMA deve ser elaborado por uma equipe técnica com formação compatível com as áreas de conhecimento abordadas, de modo que os profissionais respondam pelas informações e análises constantes do estudo (TRENNEPOHL, 2022).

4 AVANÇOS E RETROCESSOS DO LICENACIAMENTO AMBIENTAL NO BRASIL E NO ESTADO DO TOCANTINS

Sob a influência de diversos setores, principalmente a do empresariado, a Câmara dos Deputados aprovou a Projeto de Lei nº 3729 de 2004 (BRASIL, 2004), um projeto que altera significante as regras de licenciamento ambiental no Brasil, fragilizando assim o licenciamento compulsório para diversos tipos de empreendimento, onde o risco fica eminente de tragédias com esse grande impacto ambiental.

Aprovado na Câmara dos deputados e submetido à apreciação do Senado Federal "Dispõe sobre o licenciamento ambiental; regulamenta o inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal; altera as Leis nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e 9.985, de 18 de julho de 2000; revoga dispositivo da Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988" (PROJETO..., 2021, texto digital).

O projeto de Lei 3.729 (PROJETO..., 2004)41 já nasce falido, pois ameaça o equilíbrio climático, em todas as suas formas. O referido equilíbrio precisa ser protegido, pois os seres humanos dependem da natureza para sobreviver e da terra tirar até mesmo o seu sustento.

A aprovação desse projeto de Lei, conforme apresentado acima, implica diretamente em uma ruina desastrosa do licenciamento ambiental no Brasil, no qual haverá grandes violações de preceitos fundamentais, entre eles a vidas das pessoas que podem ser diretamente impactadas pelas grandes construções de infraestruturas, tornando assim um projeto de destruição de florestas, terras, águas e que afetará drasticamente a vida de sujeitos que vivem nessas proximidades em decorrência dessa degradação ambiental que será provocada.

O presente projeto de lei visa ainda acaba com o licenciamento ambiental da maneira como é feito hoje (já explicado em subtítulos anteriores). O texto traz uma lista extensa de 13 atividades de impacto ambiental dispensadas de licenciamento, sendo elas a manutenção em estradas e portos, distribuição de energia elétrica, obras que sejam consideradas de porte insignificante pela autoridade licenciadora.

41 O projeto de lei 3.729 de 2004, está em tramite no Senado e tem como relatora a senadora (pelo estado do Tocantins), Kátia Abreu. Agora com o nome Projeto de Lei n° 2159, de 2021..

Art. 8º Não estão sujeitos a licenciamento ambiental as seguintes atividades ou empreendimentos:

I – De caráter militar previstos no preparo e no emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, nos termos de ato do Poder Executivo;

II – Considerados de porte insignificante pela autoridade licenciadora;

III – não incluídos nas listas de atividades ou de empreendimentos sujeitos a licenciamento ambiental estabelecidas na forma do § 1º do art. 4º desta Lei;

IV – Obras e intervenções emergenciais de resposta a colapso de obras de infraestrutura, a acidentes ou a desastres;

V – Obras e intervenções urgentes que tenham como finalidade prevenir a ocorrência de dano ambiental iminente ou interromper situação que gere risco à vida;

VI – Obras de serviço público de distribuição de energia elétrica até o nível de tensão de 69 Kv (sessenta e nove quilovolts), realizadas em área urbana ou rural;

VII – Sistemas e estações de tratamento de água e de esgoto sanitário, exigível neste último caso outorga de direito de uso de recursos hídricos para o lançamento do efluente tratado, o qual deverá atender aos padrões de lançamento de efluentes estabelecidos na legislação vigente;

VIII – Serviços e obras direcionados à manutenção e ao melhoramento da infraestrutura em instalações preexistentes ou em faixas de domínio e de servidão, incluídas dragagens de manutenção;

IX – Pontos de entrega voluntária ou similares abrangidos por sistemas de logística reversa, nos termos da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010;

X – Usinas de triagem de resíduos sólidos, mecanizadas ou não, cujos resíduos devem ser encaminhados para destinação final

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

ambientalmente adequada, nos termos da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010;

XI – Pátios, estruturas e equipamentos para compostagem de resíduos orgânicos, cujos resíduos devem ser encaminhados para destinação final ambientalmente adequada, nos termos da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010;

XII – Usinas de reciclagem de resíduos da construção civil, cujos resíduos devem ser encaminhados para destinação final ambientalmente adequada, nos termos da Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010; e

XIII – Ecopontos e ecocentros, compreendidos como locais de entrega voluntária de resíduos de origem domiciliar ou equiparados, de forma segregada e ordenada em baias, caçambas e similares, com vistas à reciclagem e a outras formas de destinação final ambientalmente adequada. (PROJETO..., 2021, texto digital).

Diante do exposto, vale destacar as atividades de instalação de saneamento básico, as quais trazem grandes preocupações, pois antes da obrigatoriedade do licenciamento ambiental havia poluições extremas em rios de grande parte do país. No entanto, para as atividades licenciáveis parte delas, caso aprovado este projeto de lei, será licenciada pela modalidade de adesão e compromisso com mero licenciamento auto declaratório sem prévia análise de órgão ambiental.

Nesse sentido, o governo do estado do Tocantins encaminhou à Assembleia Legislativa um projeto de Lei Estadual que altera a Lei n° 261, de fevereiro de 1991 (TOCANTINS, 1991), que dispõe sobre Licenciamento Ambiental no Tocantins. Essa proposta de Lei tem por objetivo a criação de novos tipos de licenças que, segundo o texto apresentado, garantirá a celeridade e economia nos processos ambientais, além disso apresenta propostas de preservação ambiental, conforme texto aprovado pela Assembleia Legislativa e publicado no Diário Oficial do estado do Tocantins, em 29 de julho de 2021 tornando efetiva a Lei nº 3.804 (TOCANTINS, 2021).

Texto de Lei esse que, segundo o governo do estadod o Tocantins, torna o licenciamento simplificado, passando a vigorar outras modalidades, sendo elas: Autodeclaratória por adesão e Compromisso e Corretivo. Atividades essas que passam a ser reguladas com o estabelecimento de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias padrão o que certamente dificulta a prevenção de danos ambientais decorrentes de declarações equivocadas.

Sobre o licenciamento autodeclaratório, a Lei diz que:

> *Art. 29. São passíveis de licenciamento autodeclaratório, dispensados do procedimento de licenciamento ambiental, as atividades e empreendimentos que, em razão de seu porte e seu potencial poluidor, possam ser classificados como de impacto ambiental mínimo, conforme definido pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente - COEMA.*
>
> *§1º O licenciamento autodeclaratório é realizado por meio de cadastramento simplificado da atividade no órgão ambiental.*
>
> *§2º Cabe ao órgão ambiental executar o monitoramento, inspeção e fiscalização das atividades autodeclaradas.*
>
> *§3º A autodeclaração não exime o empreendedor da obtenção de prévia autorização de supressão de vegetação, prévia outorga de uso de recursos hídricos e outras autorizações previstas em lei.*
>
> *§4º Sempre que possível o órgão ambiental licenciador estabelecerá controles eletrônicos prévios para atestar a veracidade das declarações prestadas pelo empreendedor no âmbito do registro eletrônico e a compatibilidade da sua instalação com planos diretores, zoneamentos, áreas especialmente protegidas ou vedadas pela lei. (TOCANTINS, 2021, texto digital).*

A Lei estadual nº 3.804 (TOCANTINS, 2021) alterou significativamente os processos de licenciamento, criando novos tipos de licença, além de prever modalidades de ordem e controle das atividades de licenciamento como o de licenciamento autodeclaratório.

No entanto, o licenciamento autodeclaratório destina-se para as atividades que são classificadas como as de impacto mínimo ao meio ambiente, de modo que demandem de um simples cadastro no órgão ambiental. Na prática essas atividades terão efeitos e fiscalização menos frequentes, pois não exime o empreendedor da obtenção de prévia autorização de supressão de vegetação, prévia outorga de uso de recursos hídricos e outras autorizações, conforme art. 29 § 1° da Lei 3.804 (TOCANTINS, 2021).

No art. 30 da Lei nº 3.804 (TOCANTINS,2021), o Licenciamento por Adesão e Compromisso, será emitido de forma autodeclaratória, em uma única etapa, para as atividades ou empreendimentos enquadrados pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Do licenciamento ambiental por adesão e compromisso, a Lei diz que:

> Art. 30. O Licenciamento por Adesão e Compromisso, será emitido de forma autodeclaratória, em uma única etapa, para as atividades ou empreendimentos *enquadrados* pelo Conselho Estadual de Meio Ambiente - COEMA obedecendo aos critérios e pré-condições estabelecidas pelo órgão ambiental licenciador.
>
> Art. 31. O órgão ambiental licenciador deverá disciplinar antecipadamente as medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias, bem como as ações de monitoramento ambiental relacionadas à instalação e operação dos *empreendimentos* ou atividades submetidos a esta modalidade de licenciamento, por meio de publicação de manual técnico por tipologia de atividade.
>
> Art. 32. Para empreendimentos ou atividades que se enquadrem como Licenciamento por Adesão e Compromisso e requeiram atos administrativos que necessitem de análise prévia, os devidos atos autorizativos deverão ser emitidos anteriormente a emissão da licença.

Art. 33. O órgão ambiental licenciador, sempre que possível, estabelecerá controles eletrônicos prévios para atestar a veracidade das declarações prestadas pelo empreendedor no âmbito da Licença por Adesão e Compromisso - LAC e a compatibilidade da sua instalação com planos diretores, zoneamentos, áreas especialmente protegidas ou vedadas pela lei para a instalação de empreendimentos. (TOCANTINS, 2021, texto digital).

De maneira geral, a Lei Estadual nº 3.804 (TOCANTINS, 2021) inverteu integralmente a lógica da legislação ambiental em vigor. Uma vez que ao dispor sobre o licenciamento ambiental criou mecanismos de flexibilização do procedimento, promovendo a fragilização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, em franco desrespeito ao artigo 225 da Constituição

> Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso *comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.*
>
> *§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:*

> *I - Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas; (Regulamento)*
>
> *II - Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas* à pesquisa e manipulação de material genético; (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento) (Regulamento)
>
> III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a *supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção; (Regulamento)*
>
> *IV - Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade; (Regulamento)*
>
> *V - Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente; (Regulamento)*
>
> *VI - Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;*
>
> *VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais* a crueldade. (BRASIL, 1988, texto digital).

Neste contexto, a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado é dever do Poder Público e da coletividade, sendo o licenciamento ambiental um dos instrumentos centrais da Política Nacional de Meio Ambiente, por sua capacidade de reduzir e compensar as externalidades negativas geradas por atividades e empreendimentos.

Vale ressaltar que o direito ao meio ambiente se constitui como verdadeiro direito fundamental, sendo essencial a sua preservação para a concretização de uma série de outros direitos constitucionais, como o direito à vida e à saúde.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Neste mesmo sentido, o Conama (BRASIL, 1997) 42em consonância com a Carta Magna (BRASIL, 1988) designa, por meio da sua Resolução nº 237, editando norma geral, e cria as três hipóteses únicas de licença de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras que podem ser adotadas pela Administração Pública, a saber:

> Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:
>
> I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;
>
> II - Licença de *Instalação* (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;
>
> III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou *empreendimento*, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes *determinados* para a operação.
>
> Parágrafo único – As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou *atividade*. (BRASIL, 1997, texto digital).

Logo, tendo em vista as normas federais já existentes, cabe ao estado do Tocantins legislar supletivamente sobre o tema, jamais contrariamente aos dispositivos federais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esta pesquisa teve como objetivo discutir o licenciamento ambiental, um instrumento da política nacional do meio ambiente: buscando compreender como se encontra após 40 anos da sua promulgação. Ficando claro e evidente a importância do respeito ao meio ambiente e aos princípios do direito ambiental, a fim de que a preservação ambiental seja observada e praticada na sociedade e principalmente na vida

Resolução **Conama**nº **237**, de 19 de dezembro de 1997 (BRASIL, 1997, texto digital): "Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental.". .

das pessoas. Ao logo do texto discute-se que os atos administrativos devem ser imediatamente cumpridos pelos administrados e pela Administração Pública, observando os princípios da supremacia do interesse público, da presunção de legitimidade do ato administrativo e da autoexecutoriedade do ato administrativo.

Com este estudo foi possível identificar que o Conama é o conselho que estabelece através de resoluções a obrigatoriedade da elaboração de Estudo de Impacto Ambiental que tem a função de qualificar e quantificar o impacto ambiental, assim também o Relatório de Impacto Ambiental, utilizado para uma série de qualificações modificadoras do meio ambiente, na qual cita expressamente, estradas de rodagens, ferrovias, portos, e terminais de minério, petróleo e produtos químicos, conforme definido em Lei (BRASIL, 1997).

Outro aspecto que foi abordado refere-se a análise prévia do impacto ambiental na qual todo e qualquer estabelecimento de qualquer atividade que possa vir a degradar o meio ambiente deve impreterivelmente ser submetido a análises e controle, sendo essa uma ação necessária para prevenir eventuais riscos e impactos ambientais, podendo até mesmo ser encerradas as atividades que se façam nocivas ao meio ambiente.

Portanto, considera-se que todos os objetivos desta pesquisa foram alcançados, e recomendam-se outros estudos voltados nesta área por se tratar de um tema de extrema relevância e possui muitas áreas a serem exploradas.

Assim, pode-se afirmar que a presente pesquisa contribuiu mais ainda para uma conscientização ambiental por parte deste presente trabalho, enfatizando a importância da aplicação do direito ambiental na sociedade e na vida das pessoas.

REFERENCIAS

ANTUNES, P. de B. **Direito ambiental.** 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Jures, 1999.

BELCHIOR, G. P. N. **Hermenêutica Jurídica Ambiental.** São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 237, de 19 de dezembro de 1997**. Dispõe sobre a revisão e complementação dos procedimentos e critérios utilizados para o licenciamento ambiental. Brasília, DF. Disponível em: https://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/CONAMA%20237_191297.pdf . Acesso em: 8 maio 2022

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília,DF: Presidência da República, [2022]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituiçao.htm. Acesso em: 8 jan. 2017.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Conselho Nacional do Meio Ambiente. **Resolução nº 001, de 23 de janeiro de 1986**. Define as responsabilidades, os critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente. Brasília, DF. Disponível em: http://www.ibama.gov.br/sophia/cnia/legislacao/MMA/RE0001-230186.PDF. Acesso em: 8 maio 2022

BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.938%2C%20DE%2031%20DE%20AGOSTO%20DE%201981&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20a%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,aplica%C3%A7%C3%A3o%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias.Acesso em: 8 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 6.803, de 2 de julho de 1980.** Dispõe sobre as diretrizes básicas para o zoneamento industrial nas áreas críticas de poluição, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6803.htm. Acesso em: 8 maio 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 32, de 18 de novembro de 1986. Institui o Código Brasileiro do Ar. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del0032.htm. Acesso em: 8 maio 2022.

FIORILLO, C. A. P. **Curso de direito ambiental**. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2008.

GIL, A. C. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MILARÉ, É. **Direito do Ambiente.** 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

PROJETO de Lei 3.729, de 2004. Dispõe sobre o licenciamento ambiental, regulamenta o inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, e dá outras providências. NOVA EMENTA: Dispõe sobre o licenciamento ambiental; regulamenta o inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal; altera as Leis nºs 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e 9.985,

de 18 de julho de 2000; revoga dispositivo da Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988; e dá outras providências. Brasília, DF, 2004. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=25716. Acesso em: 01 maio 2022.

PROJETO de Lei 2159, de 2021. Dispõe sobre o licenciamento ambiental; regulamenta o inciso IV do § 1º do art. 225 da Constituição Federal; altera as Leis nºs 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, e 9.985, de 18 de julho de 2000; revoga dispositivo da Lei nº 7.661, de 16 de maio de 1988; e dá outras providências. Brasília, DF, 2021. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/148785#:~:text=Projeto%20de%20Lei%20n%C2%B0%202159%2C%20de%202021&text=Disp%C3%B5e%20sobre%20o%20licenciamento%20ambiental,1988%3B%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAncias. Acesso em: 01 maio 2022.

SILVA, J. A. da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

SIRVINSKAS, L. P. **Manual de Direito Ambiental.** 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 221.

TRENNEPOHL, T. **Manual de direito ambiental.** 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

TOCANTINS. **Lei nº 3.804, de 29 de julho de 2021.** Dispõe sobre a política ambiental do Estado do Tocantins e dá outras providências. Palmas, TO. Diário Oficial nº 5897. Disponível em: https://www.al.to.leg.br/arquivos/lei_3804-2021_55768.PDF. Acesso em: 8 de maio de 2022.

TOCANTINS. **Lei nº 261, de 20 de fevereiro de 1991**. Dispõe sobre a política ambiental do Estado do Tocantins e dá outras providências. Palmas, TO. Diário Oficial nº 60. Disponível em: https://central3.to.gov.br/arquivo/225856/. Acesso em: 8 maio de 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

MULHER TRANSEXUAL NO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO: POLÍTICAS PRISIONAIS DE ENCARCERAMENTO E COMBATE AO PRECONCEITO TRANSFÓBICO E À TRANSMISOGINIA NAS UNIDADES DE RESSOCIALIZAÇÃO

EVERTON DE SOUZA ALENCAR OLIVEIRA: Graduando do curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo – FASEC. [43]

ANDREIA AYRES GABARDO

(orientadora)

RESUMO: O sistema carcerário brasileiro é arcaico, entretanto, a transexualidade e a identidade de gêneros fazem parte da sociedade contemporânea. A evolução do sistema prisional para garantir os direitos sociais e humanos às mulheres transexuais infratoras é um desafio social necessário e urgente. As políticas públicas prisionais devem estar alinhadas com a nova realidade de identidade de gênero e transexualidade, enquanto, é dever da sociedade e Estado garantir a todos os direitos sociais, humanos e dignidade humana. Nesse sentindo, indaga-se, como o sistema prisional brasileiro promove a ressocialização da mulher transexual infratora? O presente estudo tem por objetivo identificar as políticas de encarceramento e combate aos preconceitos transfóbico e à transmisoginia as mulheres transexuais no sistema prisional. A abordagem de tais questões será realizada por meio da pesquisa de revisão bibliográfica, desenvolvida pelo método dedutivo, com abordagem qualitativa. Nesse sentido, ficou demostrado a existência de mulheres transsexuais privadas de liberdade, assim como, políticas de encarceramento voltadas para a mulher transexual, podendo ainda, ser observado que estas têm a capacidade de promover a reeducação da mulher transexual de forma digna, combatendo o preconceito transfóbico e à transmisoginia nas unidades de ressocialização, desde que, aplicadas na sua integridade.

Palavras-Chave: Mulher transexual; Sistema carcerário; Políticas de encarceramento.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO; 2. DIREITO PENAL E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO; 2.1 Sistema Penal; 2.1.1 Sistema carcerário brasileiro; 3. IDENTIDADE DE GÊNERO E TRANSEXUAL; 3 .1 Conceito de Identidade de Gênero; 3.2 Conceito de transgênero e transexual; 4. A MULHER TRANSEXUAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO; 4.2 Políticas

43 E-mail: hevertonoliveiraalencar@gmail.com. Palmas Tocantins.

de Encarceramento da Mulher Transexual e combate ao preconceito transfóbico e à transmisoginia nas unidades de ressocialização; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS.

1. INTRODUÇÃO

O sistema carcerário brasileiro é arcaico, desenvolvido antes do Estado Democrático de Direito, em que, as principais normas regulamentadoras foram formuladas antes da carta magna, posto que, o Código Penal é do ano de 1940, Código de Processo Penal 1941 e a Lei de Execução Penal 1984.

Nesse ínterim, a transexualidade e a identidade de gêneros fazem parte da sociedade contemporânea, e neste contexto, a mulher transexual é uma realidade no sistema prisional brasileiro e um debate social, político e econômico necessário para adequação dos mecanismos de ressocialização, de modo a acolher a nova realidade social.

A evolução do sistema prisional para garantir os direitos sociais e humanos às mulheres transexuais infratoras é um desafio social necessário e urgente. As políticas públicas prisionais devem estar alinhadas com a nova realidade de identidade de gênero e transexualidade, na medida em que, é dever da sociedade e Estado garantir a todos os direitos sociais, humanos e dignidade humana.

A sociedade atual é fundamentada nos preceitos da liberdade, seja ela de expressão, sexual, ou de identidade de gênero. Os discursos que defendem a tese do indivíduo nascer sem um gênero pré-definido, vêm ganhando força nos últimos anos e fomentando os debates acerca da temática. Entretanto, as pessoas transexuais ainda são vítimas de preconceitos e discriminação, ficando as margens da sociedade, dos direitos básicos e fundamentais inerentes a qualquer cidadão, independentemente de sua religião, cor, raça ou sexualidade.

A identidade de gênero e transexualidade ainda é um tabu, em especial, para a sociedade "conservadora e religiosa", fato este, que pode atrasar a evolução das políticas públicas de combate ao preconceito e discriminação, inclusive, no sistema de ressocialização brasileiro.

A mulher transexual no sistema prisional não é um tema amplamente debatido na sociedade, tampouco observado e discutido ao formular as políticas de encarceramento e ressocialização, em que, o Brasil ainda tem um sistema binário de organização. No entanto,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

a temática é de relevância e interesse social, visto que, é dever de todos promover uma sociedade justa e igualitária.

O sistema prisional brasileiro, via de regra, é conhecido por sua superlotação, sendo este, organizado a parte de uma lógica binária de gênero, ou seja, sistema prisional masculino e feminino. Nesse sentindo, indaga-se, como o sistema prisional brasileiro promove a ressocialização da mulher transexual infratora?

À vista disso, este estudo tem por objetivo geral identificar as políticas de encarceramento e combate aos preconceitos transfóbico e à transmisoginia as mulheres transexuais no sistema prisional. A *priori*, busca-se verificar a existência desse público nos presídios e, consequentemente, analisar como o sistema carcerário brasileiro garante os direitos sociais e humanos à infratora transexual, e, quais as políticas de combate o preconceito transfóbico e à transmisoginia nas unidades de ressocialização.

Nesse sentido, e com base nas poucas informações em massa sobre as mulheres transexuais no sistema prisional brasileiro, em especial em relação às políticas de encarceramento, e a vulnerabilidade, surge o interesse em discorrer sobre a temática, objetivando principalmente, colocar o tema em debate social e político, buscando ainda, demonstrar a fragilidade do sistema prisional brasileiro em relação à garantia dos direitos inerente a mulher transexual e identidade de gênero.

A abordagem de tais questões será realizada por meio da pesquisa de revisão bibliográfica, desenvolvida pelo método dedutivo, com abordagem qualitativa. Nesse sentindo, serão analisadas teses firmadas em artigos científicos, doutrinas, normas e jurisprudências publicadas no período de 2016 a 2022.

Contudo, o presente estudo é dividido em três tópicos: a princípio serão apresentados o Direito Penal e a evolução do sistema prisional brasileiro; o segundo tópico é dedicado a discutir sobre identidade de gênero e transexualidade; e o terceiro e último, irar discorrer sobre a mulher transexual no sistema prisional brasileiro e as políticas de encarceramento da mulher transexual e combate ao preconceito transfóbico e à transmisoginia nas unidades de ressocialização.

2. DIREITO PENAL E O SISTEMA PENAL BRASILEIRO

O sistema prisional está diretamente ligado ao Direito Penal, em que, um ato para ser considerado crime, previamente deve ser tipificado pelo Direito penal. Salvo raras

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

exceções, as prisões ocorrem em decorrência de um ato anteriormente tipificado pelas normas penais como crime.

Os povos ao longo da história sempre buscaram maneiras para melhorar a convivência em sociedade, estabelecendo regras para coibir condutas danosas e promover a harmonia entre os povos, e para isso, o ordenamento jurídico foi dividido, ficando o ramo do Direito Penal responsável em selecionar as condutas que julga danosas para o bem da coletividade.

O Direito Penal é o ramo do Direito Público cuja finalidade é estudar as relações humanas de convivência e paz social. Seu objetivo é regulamentar o poder de punir atribuído ao Estado, fixando limites e definindo as regras inerentes a sua aplicação ao caso concreto, buscando garantir os direitos fundamentais dos cidadãos (NUCCI, 2020).

Desse modo, o Direito Penal pode ser definido sob dois aspectos: formal e social. Em relação ao seu conceito formal, é um conjunto de normas criadas pelo Estado com o intuito de proibir condutas, ações ou até mesmo omissões. Para coagir o indivíduo a cumprir o estabelecido é determinado sanções penais consoante a gravidade da conduta de cada um, sendo ainda atribuição das normas desde sua criação estabelecer os princípios gerias e os seus pressupostos de aplicabilidade. Quanto ao seu conceito social, é um mecanismo de controle, o qual só é utilizado em casos extremos, de forma subsidiário aos outros, por exemplo, Direito Civil (ESTAFAM; GONÇALVES, 2020).

A finalidade do direito Penal é delimitar as ações do Estado ao reprender o indivíduo e, em simultâneo, combater a criminalidade, protegendo assim, tanto a coletividade quando o indivíduo de forma igualitária, garantindo os direitos de todos os cidadãos. O dever de punir do Estado e o sistema prisional, surge logo após a definição do conceito de crime. O conceito de crime no Brasil não é legalmente definido, em que a responsabilidade em estabelecer este conceito foi delegada a doutrina.

Nesse sentido, Greco (2017) salienta que o mais próximo legalmente do conceito de crime na legislação brasileira é encontrado no artigo 1° da Lei de Introdução ao Código Penal, entretanto, esse dispositivo não consegue destacar todos os elementos e características do crime, isto é, não é um conceito completo, claro e definido.

Desse modo, várias teorias doutrinariam foram surgindo e ganhando destaque no âmbito jurídico. O conceito de crime é complexo, pois, envolve diretamente as fontes do

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Direito Penal, principalmente os costumes, assim, os atos considerados crimes evoluem de acordo com costumes, moral e da ética da sociedade.

De acordo com Estafam e Gonçalves (2020), o conceito de crime pode ser definido sob a ótica material; formal; e analítico. Cada uma dessas categorias emprega um proposito distinto e definido.

Sob a ótica material, crime é a noção da sociedade sobre qual e quais as condutas humanas podem e devem ser proibidas por meio do Direito Penal. Em outras linhas, o conceito material é anterior ao Código Penal. O conceito formal é a tipificação da conduta como crime, a formalização do conceito material. Segundo o princípio da legalidade, não há crime se não houver uma lei que o defina como crime anterior a conduta prática, ou seja, não existe crime, se não houver uma lei que proíba a conduta, sob sujeição a aplicação de pena (NUCCI, 2020).

O sistema penal nasce após estabelecer o conceito de crime e a finalidade do Direito Penal, entretanto, as formas de punição aos infratores no Brasil sofreram diversas mudanças ao longo dos anos, evoluindo conforme os direitos individuas conquistados, principalmente, os direitos constitucionais e os direitos humanos.

2.1 Sistema Penal

O sistema penal brasileiro surgiu após a evolução do Direito Penal, em especial, aos mecanismos de punição, denominados pena. Desde os primórdios, ainda quando a sociedade era organizada em tribos, já existia o espírito de punir atos lesivos a terceiros.

Consoante a Estefam (2018), a pena aplicada inicialmente se diferencia e muito das atuais, pois, nesse período a punição era voltada para satisfazer os ensejos privados daquele que foi lesado, não sendo respeitado qualquer princípio ou garantia. Assim, enquanto surge a humanidade, surge a pena e o Direito Penal.

A princípio, o instituto das penas no Direito Penal ficou conhecido como o "Período da Vingança" com os povos primitivos, em que, ofendido ou um parente deste poderia se vingar do agressor, porém, está vingança acabava sendo desproporcional a ofensa, excessiva e injusta (AGUIAR, 2016).

Corroborando com essa tese, Jéssica Conceição Calaça de Medeiros salienta que:

> Inicialmente, a pena de prisão não exercia a função de condenação principal ao violador da norma, servindo apenas como meio de

> custódia de natureza cautelar, meramente processual. Isto ocorria porque era utilizada para aguardar o julgamento final, que, em regra, condenaria a uma pena de morte ou penas corporais (2016, p. 03).

A pena de prisão passou por várias fases e adequação social, inicialmente, antes do Estado Democrático de Direito, em um período que ainda não se falava em direitos humanos, a prisão era utilizada apenas para garantir a aplicação da sanção penal, isto é, a restrição de liberdade não era considerada um instrumento de penalidade, e sim, uma medida cautelar.

Com a evolução da sociedade, as penas passaram a não ser somente a morte, obtendo uma leve nota de moderação, surgido então, a mutilação, perda de bens e banimento, este último, poderia ser perpetuo ou temporário, aplicado conforme a gravidade de cada ato considerado criminoso. É nesse cenário que nasce a pena de talião, buscando-se justiça acima de tudo, dado que, o infrator deveria sofrer o mesmo mal que praticou, o famoso "olho por olho, dente por dente" (ESTEFAM, 2018).

Após o Código Penal de 1940 e a Constituição Federal de 1988, pena passou a ser conceituada como:

> Sanção penal é a resposta estatal, no exercício do *ius puniendi* e após o devido processo legal, ao responsável pela prática de um crime ou de uma contravenção penal. (...) Pena é a reação que uma comunidade politicamente organizada opõe a um fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura e, assim, é definido na lei como crime (MASSON, 2019, p. 771/772).

Pena é o mecanismo de punição utilizado pelo Estado para garantir a harmonia e a paz social, sendo esta, aplicada àquele indivíduo que descumpra as normas estabelecidas pela sociedade. Ao aplicar a pena, é dever do Estado garantir aos reeducando direitos fundamentais básicos introduzidos no ordenamento jurídico brasileiro através do Estado Democrático de Direito.

Sob a ótica de Capez (2017, p. 22), salienta que "Estado Democrático de Direito é muito mais do que simplesmente Estado de Direito", pois não é apenas a igualdade entre os seres, é a busca por uma sociedade justa, solidária, livre, e principalmente, humana.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

À vista disso, atualmente, o instituído da pena tem objetivo de reeducar o infrator para este poder conviver em harmonia na sociedade. Desse modo, o Código Direito Penal e Lei de Execução Penal, traz diversas categorias de pena, em que, a mais severa é a restritiva de liberdade, ou seja, a prisão.

Legitimando a tese acima, Medeiros aponta que "a pena de prisão é fundamentada por meio da teoria da prevenção especial positiva, presente na Lei de Execução Penal" (2017, p.5). A pena de restrição de liberdade nasce com a finalidade de tirar do convívio social aquelas pessoas que colocam em risco a paz e bem-estar social, dever do Estado ressocializar este indivíduo, para que, futuramente possa voltar ao âmbito social.

Para o cumprimento da pena de prisão, o Estado criou as cadeias públicas, penitenciárias, colônias agrícolas, industriais ou similares, casas do albergado, hospitais de custódia e tratamento psiquiátrico e patronatos. Nesse sentido, nas palavras de Bocaleti e Oliveira, estes locais podem ser definidos como "estabelecimento oficial de reclusão ou detenção, ao qual deverão ser recolhidos os seres humanos condenados pela Justiça, por cometer algum tipo de delito ou infração contra as leis do Estado" (2017, p.4).

Os conceitos e finalidade de cada ambiente de ressocialização são definidos nos artigos 84 a 104 da Lei de Execução Penal – LEP, em que:

> A Penitenciária destina-se ao condenado à pena de reclusão, em regime fechado. A Colônia Agrícola, Industrial ou similar destina-se ao cumprimento da pena em regime semi-aberto. A Casa do Albergado destina-se ao cumprimento de pena privativa de liberdade, em regime aberto, e da pena de limitação de fim de semana. O Hospital de Custódia e Tratamento Psiquiátrico destina-se aos inimputáveis e semi-imputáveis referidos no art. 26 e seu parágrafo único do Código Penal. A Cadeia Pública destina-se ao recolhimento de presos provisórios (BRASIL, 1984).

Denota-se que cada estabelecimento tem uma finalidade específica de ressocialização. O objetivo dessa subdivisão é aplicar a pena restritiva de liberdade consoante a gravidade de cada infração. Entretanto, a realidade do sistema prisional brasileiro é caótica e preocupante, posto que, o Estado não consegue de fato ressocializar os infratores e adequar o sistema prisional a realidade social do século XXI.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O sistema prisional no Brasil tem objetivos e finalidade claras, em que a própria legislação define as condições dos estabelecimentos Estatais de cumprimento da pena, deixando evidente as obrigações e deveres do Estado. Entretanto, nos últimos anos o sistema prisional brasileiro se tornou um desafio social, político e econômico.

Nesse ínterim, "a superlotação é um dos efeitos, e não causa primeira, de desarranjos estruturais relacionados ao sistema penal e ao sistema de justiça criminal" (CNJ, 2021, p. 9). A crise no sistema prisional está genericamente ligada a superlotação, entretanto, é apenas uma das consequências de um sistema de ressocialização ineficaz e falta de políticas de encarceramento capazes de proporcionar a dignidade do apenado.

Esse cenário pode ser ainda mais preocupante quando se fala da ressocialização da mulher transexual infratora. Por uma questão histórica de preconceito e exclusão, este público esteve as margens da sociedade, refletindo este mesmo cenário no sistema prisional brasileiro, em que este, não está preparado para atender as diversidades de gêneros e garantir os direitos básicos fundamentais, como, por exemplo, a dignidade da pessoa humana, e ainda, em alguns casos, a integridade física e moral das mulheres transexuais infratoras.

2.1.1 Sistema carcerário brasileiro

Os costumes e a sociedade estão em constante evolução e modificação, dado que, é dever do Estado promover o bem-estar de todos, independentemente de cor, raça, etnia, religião ou sexualidade, por políticas que possam englobar todos para garantir os direitos fundamentais.

A transexualidade e a identidade de gênero é um fenômeno social que nos últimos anos ganhou evidencia, chamando a atenção para assistencialismo do Estado a este grupo social, isto é, como o Estado está garantindo os direitos deste, principalmente em relação ao sistema carcerário, visto que, o sistema prisional brasileiro é arcaico, organizado a partir de uma lógica binaria de gênero, refletindo assim, um sistema preconceituoso e limitado, em que, o indivíduo é rotulado apenas como homem ou mulher.

Congro ao Conselho Nacional do Ministério Público — CNMP (2018), o sistema carcerário vem chamando atenção das autoridades para atender os preceitos dos direitos humanos, segurança pública e política criminal. É notório que o sistema carcerário brasileiro se tornou desumano e fora dos preceitos legais.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Todavia, a transexualidade e a identidade de gênero é um debate que fica em segundo plano diante da atual realidade do sistema, cujo principal foco é combater a superlotação. Os debates em torno do sistema prisional brasileiro não buscam ressocializar a comunidade carceraria, ou tampouco, discutir medidas para assegurar a dignidade da pessoa humana, sendo ainda mais grave, quando se fala em direitos humanos voltados para as infratoras transexuais.

Nessa perspectiva, Cleber Masson explica que:

> Fala-se atualmente em função social da pena. (...) Não basta a retribuição pura e simples, pois, nada obstante a finalidade mista acolhida pelo sistema penal brasileiro, a crise do sistema prisional transforma a pena em castigo e nada mais. A pena deve atender aos anseios da sociedade, consistentes na tutela dos bens jurídicos indispensáveis para a manutenção e o desenvolvimento do indivíduo e da coletividade, pois só assim será legítima e aceita por todos em um Estado Democrático de Direito, combatendo a impunidade e recuperando os condenados para o convívio social (MASSON, 2019, p. 771/772).

A pena de prisão tem função social, entretanto, o simples fato de restringir a liberdade de ir e vir do cidadão, não consegue gerar o efeito pretendido com a aplicação da pena de prisão. A superlotação e as condições precárias do sistema, torna a pena de prisão como um castigo, fugindo totalmente de seus objetivos sociais e penal.

Desse modo, a pena de prisão deve atender os anseios sociais para tutelar o bem jurídico indispensável para a evolução do ser em coletividade, para que esta, possa ser legítima no Estado Democrático de Direito. O sistema prisional brasileiro atual, seja a forma em que este é organizado, ou os mecanismos utilizados para ressocializar o indivíduo, torna a pena de prisão incompatível com os Direitos conquistados após a Constituição Federal de 1988, e até mesmo, com a sua finalidade social.

Corroborando com a tese acima, Glaucia Tavares enfatiza que:

> A superlotação dos estabelecimentos tornou as prisões e penitenciárias brasileiras verdadeiros depósitos humanos nos quais homens e mulheres são jogados sem o mínimo respeito à sua dignidade. (...) Isso significa que não há o mínimo esforço por parte

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> dos agentes responsáveis no sentido de manter a dignidade humana do apenado bem como os direitos fundamentais relativos ao mesmo. Infelizmente, esse descaso traz consequências sérias não somente no que diz respeito ao apenado, mas também à sociedade, na medida em que acaba por prejudicar e, não raramente, erradicar a possibilidade de ressocialização do condenado. (2018, p.170)

As penitenciarias brasileiras deixaram de cumprir com a sua função primordial, ressocializar o indivíduo, tornando-se, apenas um depósito de humanos sem direitos a dignidade e direitos fundamentais. Conforme já salientado, a pena de prisão tem o objetivo de garantir a harmonia social, entretanto, a ineficiência do sistema carcerário reflete negativamente em toda a sociedade.

A sociedade contemporânea está desumanizada, em que a mídia e parte dos brasileiros defendem a ideia em que a população carcerária não poderia ter direito a ter direitos, refletindo assim, na normalização de um sistema prisional desumano, arcaico, preconceito, e desrespeitador de direitos, consequentemente, com políticas públicas limitadas e não efetivas em relação a ressocialização, bem-estar e harmonia social (DIAS, 2018). As políticas de encarceramento devem estar alinhas com a realidade fática prisional brasileira, tornando-se efetiva, isto é, em que o sistema prisional consiga executá-las.

Segundo dados apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional — DEPEN (2022), até junho de 2021 havia no Brasil cerca de 673.614 pessoas privadas de liberdade, em que, 4,48% (30.199) são mulheres e 95,52% (643.415) homens. Nesse ínterim, em janeiro de 2020 foi realizado um mapeamento da população carcerária LGBTI, sendo apontado a existência de 10.457 presos declarados LGBTI.

Nesse contexto, Dias (2018) explana que a falta de direitos, exclusão, e preconceitos sofridos pelo grupo GLBT no sistema prisional é apenas um reflexo do contexto social, dado que, estes já são vítimas de preconceitos, discriminação e exclusão, em que o sistema prisional reflete um cárcere heteronormativo patriarcal.

Legitimando a tese ventilada por Dias, a Defensória Publica da União - DPU enfatiza que:

> A vulnerabilidade da população LGBTI+ vivenciada no cotidiano das relações sociais, se acentua ainda mais nos ambientes prisionais,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> tendo em vista que, nestes locais a imposição da cultura de opressão do cárcere reproduz e reforça estigmas, discriminações, violências e preconceitos associados à orientação sexual e a identidade de gênero, ou seja, o caráter fortemente generificado da punição ao mesmo tempo reflete e aprofunda a estrutura generificada da sociedade mais ampla (2020, p.53).

Com base nos dados citados acima, nota-se que a população carcerária GBTI é expressiva, assim como sua vulnerabilidade, principalmente no sistema penitenciário, pois este, com base nas informações vinculadas na mídia, as penitenciárias não apresentam condições dignas de ressocialização. Em outras linhas, o sistema prisional brasileiro reflete de forma acentuada a cultura do machismo e opressão a liberdade de identidade de gênero, reforçando assim, discriminação e preconceitos.

O sistema carcerário brasileiro atualmente, sob uma ótica geral e genérica, busca apenas privar o indivíduo de sua liberdade, embora esse não seja seu objetivo. Por outro lado, este reflete o contexto da sociedade, em que, o Estado não consegue garantir a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais de forma igualitária, onde as minorias ficam as margens da sociedade, senda estes também, parte expressiva da população prisional.

3. IDENTIDADE DE GÊNERO E TRANSEXUAL

A sociedade e a humanidade têm uma capacidade impa de se modificar, evoluir e adapta-se aos novos comportamentos sociais. Assim, os conceitos e definições vão se moldando conforme as características, comportamento e costume de cada povo temporalmente.

Os conceitos e definições de identidade de gênero e transexualidade são teses desenvolvidas pela sociedade moderna e liberal. Em consonância com Melo e Sobreira (2018), para compreender a definição de identidade de gênero e transexualidade é necessário ressaltar as diferenças entre: sexo; gênero; e orientação sexual. Sexo é a expressão biológica utilizada para definir o indivíduo como homem ou mulher, estando esta, relacionado as características físicas, como genitália, hormônios, etc.

Ainda segundo os autores citados acima, o conceito de gênero é mais amplo e complexo, pois leva em considerações aspectos psicológicos e culturais, assim, o gênero é definido em masculino ou feminino. Para definir o gênero de uma pessoa, é observado os

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

traços de masculinidade e feminilidade, por exemplo, a forma de falar, vestir e até mesmo o comportamento social, não sendo necessário analisar se o indivíduo tem vagina ou pênis, é um fato notório, podendo ser visto por qualquer pessoa. Em outras palavras, gênero é a forma em que cada indivíduo se identifica.

Consoante a Defensoria Pública do Estado da Bahia – DPE/BA, orientação sexual "e a atração emocional, afetiva e/ou sexual que uma pessoa sente em relação à outra" (2019, p.07). De outro modo, orientação sexual é a manifestação de afeto que uma pessoa demonstra em relação a outra, podendo ser direcionada a pessoas do mesmo sexo, sexo oposto ou ainda, para ambos os sexos (UFCE, 2020). Nesse sentido, o termo LGBTI+ se referi as Lésbicas, Gays, Bissexuais e Transsexuais, em que o 'I' representa os intersexuais, e o '+' foi adicionado para agregar outros grupos que também não se sentiam parte apenas do LGBT (Melo e Sobreira (2018).

A orientação sexual, embora seja pessoal e íntima, é um tema polêmico e sensível na sociedade, mas, nos últimos anos vem sendo bastante debatida em todos os âmbitos sociais. Entretanto, alguns conceitos e característica do grupo denominado LGBTI+ ainda é desconhecido, confuso ou vago por parte da saciedade, fato este, atribuído ao preconceito em debater o tema e ressaltar os conceitos.

3 .1 Conceito de Identidade de Gênero

Após diversas pesquisas e diálogos sociais, passou a melhor definir o conceito de Identidade de gênero. Essa evolução pode ser um dos benefícios do Estado Democrático de Direito, em que, o cidadão tem a liberdade de escolher como se identifica, sem está atrelado ao conceito de homem ou mulher. E principalmente as políticas de combate ao preconceito, discriminação e valorização da individualidade de cada ser.

Nesse sentido, congro ao explanado por Jesus, identidade de gênero "refere-se a autopercepção íntima e subjetiva que cada indivíduo tem de si e de como se define e quer ser reconhecido, se do gênero masculino, do gênero feminino, ou da interseção de ambos, ou ainda, como fora de ambos" (2018, p.06). Ou por outra, identidade de gênero está diretamente interligada com as características individuais, é como este se identifica, se ver, podendo se identificar com o gênero masculino, feminino ou da combinação dos dois.

Corroborando com esse pensamento, a Defensoria Pública do Estado da Bahia acentua que:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Identidade de gênero é a percepção íntima que uma pessoa tem de si como sendo do gênero masculino, feminino ou da combinação dos dois, independentemente do sexo biológico. A identidade traduz o entendimento que a pessoa tem sobre ela mesma, como ela se descreve e deseja ser reconhecida. Como a identidade de gênero não é sinônimo de orientação sexual, pessoas transgêneros, transexuais e travestis podem ser heterossexuais, homossexuais ou bissexuais (2018, p 10).

Identidade de gênero não pode ser correlacionada com a orientação sexual, dado que, uma pessoa transgênero pode ser homossexual, travestir, etc. Isso porque, identidade de genro é a percepção intima de ser sobre si, é como este se identifica com o gênero, como este deseja desenvolver seu modo de falar, vestir e se comportar em sociedade.

O grupo LBGTI+, mesmo que de forma lenta e sofrendo ainda com exclusão e preconceito, estão conquistou na sociedade seu espaço, isso pode ser observado através dos conceitos e definições apresentados para cada subgrupo dentro deste grupo, políticas de inclusão e defesa dos seus direitos sociais.

3.2 Conceito de transgênero e transexual

Após apresentação do conceito de identidade de gênero, é possível compreender de forma mais específica os termos transgêneros e transexuais. Ademais, essas definições são essenciais para correlacionar a vulnerabilidade de cada subgrupo, isto é, gay, lésbicas, travestir, transexual, transgénero e outros.

As definições de transgêneros e transexuais são similares, todavia, cada uma delas, apresenta suas características e peculiares. Nesse sentido, Cristiana Kaipper Dias enfatiza que:

> O termo transgênero se refere às pessoas que, em sua identidade ou funcionalidade, não se identificam (em diferentes graus e de diferentes formas) com os papéis do gênero que está em concordância com a designação da comunidade a partir do seu nascimento (2021, p.8).

Desse modo, transgêneros são pessoas que não se identifica com o seu gênero pré-definido ao nascimento, ou seja, mulher/homem, questionando assim, a definição do seu

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

sexo. O transgênero modifica apenas seu comportamento social, como vestimenta, sem haver a necessidade de mudanças físicas.

Nesse ínterim, a transexualidade é:

> Pessoa que possui uma identidade de gênero diferente do sexo biológico. Homens e mulheres transexuais podem manifestar a necessidade de realizar modificações corporais, chamado de processo transexualizador, por meio de terapias hormonais e intervenções médico-cirúrgicas, com o intuito de adequar seus atributos físicos (inclusive genitais - cirurgia de redesignação sexual) à sua identidade de gênero. Mulher transexual (mulher trans ou transmulher) é aquela que nasceu com sexo biológico masculino, mas possui uma identidade de gênero feminina e se reconhece como mulher. Em contrapartida, o homem transexual (homem trans ou transhomem) é aquele que nasceu com sexo biológico feminino, mas possui uma identidade de gênero masculina e se reconhece como homem. (DPEBA, 2018, p.10/11).

A transexualidade é a identificação de gênero diferente do sexo biológico. Desse modo, uma pessoa transexual manifesta interesse em modificar seu corpo de acordo com a sua identificação de gênero, isto é, a percepção que esta tem de si mesmo em relação ao seu gênero.

O processo de mudança de gênero é denominado transexualizador, em que, o indivíduo inicia um processo de mundas corporais para adequar sua identidade de gênero, indo desde terapias hormonais a cirurgias. O processo da transexualidade é delicado, principalmente, em relação à aceitação social, pois estes grupos minoritários enfrentam diariamente o preconceito, exclusão e discriminação.

Denota-se que o indivíduo transgênero não se identifica e busca a adequação dessa percepção por meio do comportamento, vestimenta, fala, etc. O transexual, assim como o transgênero busca se adequar ao gênero em que se identifica, entretanto, essa transformação vai além do simples comportamento, é um processo mais amplo e complexo, pois essas mudanças são também corporais. Em outras linhas, o transexual é também um transgênero, ocorrendo a mudança de identidade. Nesse sentido, Melo e

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Sobreia (2018) apontam que estes fazem parte de um único grupo e conceito, inexistindo essa subdivisão.

Nesse ínterim, mulher transexual é uma pessoa que nasceu com as características físicas do gênero biologicamente identificado como masculino, mas, se identifica com o gênero feminino e se reconhece como mulher. A mulher transexual é indivíduo como outro qualquer, dotada de qualidades e defeitos, estando assim, inserida em todas as classes sociais. Entretanto, é notório que este grupo apresenta uma vulnerabilidade social, em decorrência do preconceito enraizado e consequentemente, exclusão, fatores estes, que podem contribuir para a presença da mulher transexuais no sistema carcerário brasileiro.

4. A MULHER TRANSEXUAL NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

A sociedade de modo geral, vem buscando mecanismo que garanta os direitos fundamentais de todos, mas, as medidas adotam estão longe de alcança essa utopia. Nesse ínterim, o sistema prisional vem se modificando para atender os ensejos sociais, entretanto, as políticas de encarceramento ainda são ineficazes sob a ótica prática.

Consoante aos dados apresentados pelo Departamento Penitenciário Nacional — DEPEN (2022), o sistema prisional brasileiro oferece cerca de 15.481 vagas para grupos específicos, sendo eles, estrangeiros, indígenas, idosos, pessoas com deficiência física e LGBT. Para o grupo LGBT é ofertado 3. 417 vagas em todo o sistema prisional, equivalente a 23,36% do tal de vagas. É oportuno destacar, que os estados do Amapá e Alagoas não ofertam vagas especificadas para o público LGBTI.

O Estado do Tocantins, por exemplo, são ofertadas 67 vagas para grupos específicos, dado que, 24 (35,82%) das vagas são destinas ao público LGBTI, no presídio de Cariri. As vagas no sistema prisional destinas aos grupos minoritários (grupos específicos), é sem dúvidas uma conquista das lutas sociais destes. Todavia, não se pode generalizar as suas necessidades, pois, cada um deles, apresentam suas especificidades, demandando assim, por políticas específicas, isto é, voltadas para sua realidade no sistema prisional, tal como, a mulher transexual.

Nesse sentido, Daniella Maria dos Santos Dias interpreta que:

> A divisão sexualizante é, por consequência, permeada de preconceitos. Essa diferença biológica entre sexos serve de justificativa para a dominação masculina. A desconstrução do gênero no sistema prisional passa pela possibilidade de produção de

> medidas protetivas que objetivem coibir qualquer forma de violação e de violências tradicionais, o que depende do conhecimento sobre a população carcerária transgênera no cárcere e suas peculiaridades. Especificamente sobre a população transgênera, podemos afirmar que as violações, o preconceito e a marginalização são ainda mais agudos no cárcere (2018, p. 41).

O sistema prisional apresenta um reflexo da sociedade machista, em que, o gênero masculino é dominador, e qualquer afronta a essa lógica é acompanhada de violência. A mulher transexual foge da logica binaria de gênero, sendo vítima de sua individualidade. Posto isto, o sistema prisional deve passar por um processo de desconstrução de gêneros, utilizando-se de políticas de encarceramentos que tenha como principal objetivo, garantir os direitos fundamentais e a dignidade da mulher transexual.

Para formular políticas eficientes é indispensável realizar um mapeamento da população carcerária transexuais femininas, de modo a conhecer suas características, realidade e suas necessidades específicas, pois, no sistema, as mulheres transexuais podem sofrer preconceito, discriminação, violências e marginalização.

Nesse sentido, no ano de 2020 o Departamento de Penitenciário Nacional fez um mapeamento da população LGBTI carcerária no Brasil, em que, 10.457 presos se autodeclaram LGBTI. Essa população é dívida em, 3165 lésbicas, 2821 gays, 3487 bissexuais, 181 homens trans, 248 mulheres trans, 561 travestis e 14 intersexuais (DEPEN, 2020).

Consoante aos dados citados, em todo o sistema penal brasileiro, existem cerca de 248 mulheres transexuais. Entretanto, não foram encontrados dados concisos das reais condições de cárceres desse público específico. Observa-se, que existe estados brasileiros que não ofertam nenhuma vaga no sistema especifica ao grupo LGBTI. Além disso, as vagas são destinas para gay, lésbicas, travestis, homens e mulheres transexuais, todos que se alto declaram GLBTI, são tratados da mesma forma, sem considerar as suas peculiaridade e necessidades específicas.

Ademais, a forma organizacional dos espaços prisionais por base a lógica binaria de gênero, agravada com a existência de facções, que não permite a existência dos grupos diversos, resulta na exclusão, preconceito, discriminação e até mesmo violência física e moral em decorrência do gênero ou sexualidade, principalmente, em relação às mulheres

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

transexuais. Consoante ao citado anteriormente, o sistema prisional de modo geral, já enfrento a problemática da superlotação, não diferindo em relação às vagas destinadas ao grupo LGBTI, e mesmo quando estes conseguem acesso a celas específicas, são privados de benefícios relacionados aos direitos constitucionais fundamentais, tais como, educação, trabalho, lazer e banhos de sol (DPU, 2020).

À vista disso, as políticas de encarceramento voltada ao grupo LGBTI, mesmo sob uma ótica genérica, logo se nota sua ineficiência, primeiramente, o número de vagas não é capaz de atender a demanda, conseguinte, a generalização ao tratar gays, lésbicas, travestir e trans, deixa claro a sua inabilidade ao tratar a problemática, resultando em um sistema prisional incapaz de sequer garantir a dignidade humana, fomentando a violação de direitos fundamentais.

4.2 Políticas de Encarceramento da Mulher Transexual e combate ao preconceito transfóbico e à transmisoginia nas unidades de ressocialização

As políticas de encarceramento podem ter várias origens, sendo elas, medidas que visam garantir o bem-esta da população prisional e harmonia social ao promover a ressocialização dos detentos com base nos preceitos constitucionais da dignidade da pessoa humana e demais direitos fundamentais. À vista disso, essas medidas adotadas pelo sistema prisional podem ter diversas origens, por exemplo, as oriundas dos movimentos sociais realizada pelo grupo LBGTI, que visam garantir direitos fundamentais aos ressocializando gays, lésbicas, travestis e transexuais.

Nesse sentido, o Departamento de Promoção dos Direitos de LGBT (2020), salienta que o sistema prisional brasileiro vem buscando mecanismo que visem garantir os direitos humanos da comunidade LGBT. Em 2014 após reivindicações deste, foi estabelecida a resolução 01 do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária- CNPCP e do Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de LGBT — CNCD/LGBT, responsável em estabelecer as diretrizes de combate à discriminação e ao preconceito transfóbico e à transmisoginia nas unidades de ressocialização.

A referida resolução tem por objetivo estabelecer diretrizes de acolhimento – políticas de encarceramento – a comunidade LGBTI privadas de liberdade. Assim, embora que de forma vaga e resumida, a resolução defini o conceito de gay, lésbica, travestir e transexuais.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

É notório que a própria sociedade vem se organizando para melhor debater sobre as necessidades sociais, principalmente os grupos minoritários, por exemplo, o público LGBT. Entretanto, a mulher transexual infratora é uma subcategoria social da população LGBT que demandam por polícias especificas de combate ao preconceito transfóbico e à transmisoginia nas unidades de ressocialização.

Nesse sentido, é indubitável que a resolução conjunta 01 de 2014 do CNPCP/CNCD/LGBT ao estabelecer as políticas de acolhimento a mulher transexual, promoveu um marco historio de direitos relacionado a este público no sistema prisional. Desse modo, são direitos das mulheres transexuais privadas de liberdade:

> Artigo 2º A pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade tem o direito de ser chamada pelo seu nome social, de acordo com o seu gênero. Parágrafo único. O registro de admissão no estabelecimento prisional deverá conter o nome social da pessoa presa. (...)
>
> Art. 4º As pessoas transexuais masculinas e femininas devem ser encaminhadas para as unidades prisionais femininas. Parágrafo único. Às mulheres transexuais deverá ser garantido tratamento isonômico ao das demais mulheres em privação de liberdade. Art. 5º À pessoa travesti ou transexual em privação de liberdade serão facultados o uso de roupas femininas ou masculinas, conforme o gênero, e a manutenção de cabelos compridos, se o tiver, garantindo seus caracteres secundários de acordo com sua identidade de gênero (BRASIL, 2014).

É garantido a mulher transexual usar o nome social no sistema prisional, em que, no registro de admissão deve conter este, ser lotada em presídio feminino, podendo escolher o uso de uniforme feminino ou masculino, e manutenção do cabelo longo para garantir suas características de identidade de gênero.

O sistema prisional a cada dia se demonstra menos eficiente e com graves problemas de superlotação, logo, os direitos inerentes aos presos são diariamente violados, principalmente, os relativos aos grupos minoritários, como a mulher transexuais. Der acordo com o DEPEN (2020), o sistema prisional tinha 248 mulheres transexuais

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

privadas de liberdade, entretanto, o mesmo não apresenta informações concisas das reais condições de encarceramento deste público, não sendo possível, afirmar aplicação da resolução conjunta 01 de 2014 do CNPCP/CNCD/LGBT.

As políticas de encarceramento são desenvolvidas de acordo com dados reais do sistema prisional, assim, para melhor garantir os direitos fundamentais e a dignidade das mulheres transexuais é indispensável a realização anual de mapeamento, objetivando conhecer as suas necessidades, condições de encarceramento e desenvolver políticas específicas de combate ao preconceito transfóbico e à transmisoginia nas unidades de ressocialização, além disso, garantir que as políticas existentes sejam de fato cumpridas.

Nesse sentido, em 2020 foi realizado um estudo para identificar a comunidade LGBTI no sistema prisional e obtenção de dados para melhor desenvolver as políticas de encarceramento ao grupo LBGTI. Após esse levantamento, foi estabelecido a Nota Técnica n.º 7/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ, cujo o principal objeto é reforça as garantias contidas na resolução 01 de 2014.

Denota-se, que a Resolução 01 de 2014 é completa, garantindo a mulher transexual a dignidade humana, acesso aos direitos fundamentais, e estabelecendo ainda, diretrizes de combate aos preconceitos transfóbico transmisoginia nas unidades de ressocialização. A problemática circunda a efetivação de tais medidas.

CONCLUSÃO

A transexualidade e a ineficiência do sistema prisional no Brasil são temas de amplo conhecimento social, mesmo que de forma genérica e com base em informações de senso comum. É nesse cenário caótico que as pesquisas científicas ganham destaque e até mesmo relevância social para construir informações específicas e concisas a respeito da mulher transexuais nas unidades de ressocialização.

Sob uma ótica genérica, acreditava-se na falta de políticas de encarceramento voltadas para garantir os direitos fundamentais, a dignidade da pessoa humana, combater ao preconceito transfóbico e transmisoginia no sistema penal. Todavia, ao realizar a presente pesquisa, ficou demostrado a existência de mulheres transexuais privadas de liberdade, assim como, políticas de encarceramento voltadas para a mulher transexual, podendo ainda, ser observado que estas têm a capacidade de promover a reeducação da mulher transexual de forma digna, combatendo o preconceito transfóbico e à transmisoginia nas unidades de ressocialização.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Todavia, com base nas informações apresentada neste estudo acerca do sistema prisional brasileiro, pode-se concluir, que as políticas de encarceramento voltadas para mulheres transexuais é apenas uma utopia, estando o Brasil distante de garantir os direitos fundamentais dos apenados. O Brasil não está conseguindo sequer, resolver o problema da superlotação dentro das unidades prisional, imagina garantir um processo eficiente de ressocialização, para que cada indivíduo tenha direito ao acesso à educação, saúde, emprego e respeito a suas diferenças.

Com base na presente pesquisa sugiram outras indagações, qual a aplicabilidade das políticas estabelecidas na resolução 01 de 2014, o Estado tem condições de promover o bem-esta da mulher transexual para que esta não seja vítima de preconceito, exclusão e violência na unidade prisional. Qual a realidade fática acerca do encarceramento da mulher transexuais, e em quais unidades estão lotadas estas. Essa são perguntas que poderão ser respondidas em outras pesquisas específicas.

Observou ainda com a presente pesquisa um déficit de informações em relação à mulher transexual no sistema prisional. Conforme exposto neste, ficou constata a existência de vagas destinada a grupos minoritários específicos, mas, não foram obtidas informações de quantas mulheres transexuais estão em unidades penitenciárias femininas, se existem a presença destas, nas unidades masculinas, ou ainda, se estão nas vagas destinas ao grupo LBTI. Outra informação obscura é em relação às vagas destinadas ao grupo LBGTI, pois não se sabe como estás vagas são dividias e destinas aos subgrupos que compõe este.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Leonardo. **Evolução Histórica do Direito Penal.** 2016. Disponível em: <https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/324823933/evolucao-historica-do-direito-penal>. Acesso em: 15 mar. 2022.

BRASIL. **RESOLUÇÃO CONJUNTA No- 1, DE 15 DE ABRIL DE 2014 DO CONSELHO NACIONAL DE COMBATE A DISCRIMINAÇÃO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA** - CNPCP. 2014. Disponível em: file:///C:/Users/Iara/Downloads/Resolu%C3%A7%C3%A3o%20Conjunta%20n%C2%BA%201,%20de%2015%20de%20abril%20de%202014.pdf. Acesso em: 05 maio 2022.

BOCALETI, Juliana Maria dos Reis; OLIVEIRA, Débora Goeldner Pereira. **SUPERLOTAÇÃO E O SISTEMA PENITENCIÁRIO BRASILEIRO: É POSSÍVEL RESSOCIALIZAR?** 2007.

Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/Superlotaoeosistemapenitenciriobrasileiro2017.pdf. Acesso em: 17 mar. 2022.

CAPEZ, Fernando. **CURSO DE DIREITO PENAL**, volume 1, parte geral: (arts. 1º a 120) 21. ed. — São Paulo: Saraiva, 2017.

CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **O Sistema Prisional Brasileiro Fora Da Constituição – 5 Anos Depois**. 2021. Disponível em: https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relato%CC%81rio_ECI_1406.pdf. Acesso em: 03 mar. 2022.

CNMP, Conselho Nacional do Ministério Público —. **VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**. 2018. Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/SISTEMA_PRISIONAL_3.pdf. Acesso em: 03 mar. 2022.

DEPEN. Departamento Penitenciário Nacional. **LEVANTAMENTO NACIONAL DE INFORMAÇÕES PENITENCIÁRIAS**. 2022. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen/sisdepen. Acesso em: 17 maio 2022.

DPU, Defensoria Pública-Geral da União. **POPULAÇÃO CARCERÁRIA NO BRASIL**. 2020. Disponível em: https://promocaodedireitoshumanos.dpu.def.br/wp-content/uploads/2021/07/SEI_DPU-4137965-Manifestac%CC%A7a%CC%83o.pdf. Acesso em: 17 maio 2022.

DIAS, Daniella Maria dos Santos. POR UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO SEM PRECONCEITOS E DISCRIMINAÇÕES: O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A GARANTIA DOS DIREITOS DA POPULAÇÃO LGBTI NO SISTEMA PRISIONAL: por um estado democrático de direito sem preconceitos e discriminações: o papel do ministério público para a garantia dos direitos da população LGBTI no sistema prisional. **UMA VISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO SOBRE O SISTEMA PENAL BRASILEIRO**, Brasil, v. 3, n. 3, p. 36-51, 03 maio 2018.

DIAS, Cristiana Kaipper. **A CONSISTÊNCIA DO CONCEITO DE TRANSGENERIDADE NAS "ORIENTAÇÕES SOBRE IDENTIDADE DE GÊNERO: CONCEITOS E TERMOS"**. 2021. Disponível em: http://www.enecult.ufba.br/modulos/submissao/Upload-568/132347.pdf. Acesso em: 03 mar. 2022.

DPE/BA, Defensoria Pública do Estado Bahia. **ENTENDO A DIVERSIDADE SEXUAL**. 1ª. ed. - Salvador: ESDEP, 2018. 24 p. : il.. Disponível em: https://www.defensoria.ba.def.br/wp-content/uploads/2019/01/cartilha_diversidade-sexual.pdf. Acesso em: 03 mar. 2022.

Estefam, André. **DIREITO PENAL**: parte geral (arts. 1º a 120) – 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

ESTEFAM, André; GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. **DIREITO PENAL ESQUEMATIZADO – PARTE GERAL**. Coleção esquematizado/ coordenador Pedro Lenza - 9. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GRECO, Rogério**. CÓDIGO PENAL: COMENTADO**. ed. 11– Niterói, RJ: Impetus, 2017.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **ORIENTAÇÕES SOBRE IDENTIDADE DE GÊNERO: CONCEITOS E TERMOS**. 2018. Disponível em: https://files.cercomp.ufg.br/weby/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83O_TRANS.pdf?1334065989. Acesso em: 17 maio 2022.

LGBT, Departamento de Promoção dos Direitos de. **LGBT NAS PRISÕES DO BRASIL**: DIAGNÓSTICOS DOS PROCEDIMENTOS INSTITUCIONAIS E EXPERIENCIAS DE ENCARCERAMENTO. 2020. Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/fevereiro/TratamentopenaldepessoasLGBT.pdf. Acesso em: 03 mar. 2022.

Masson, Cleber Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120) – vol. 1 / Cleber Masson. – 13. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019.

MEDEIROS, Jéssica Conceição Calaça de. **O COLAPSO DO SISTEMA PRISIONAL E A MERCANTILIZAÇÃO DO CÁRCERE**. 2017. Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/Ocolapsodosistemaprisionaleamercantilizaodocrcere2017.pdf. Acesso em: 05 mar. 2022.

MELO, Talita Graziela Reis; SOBREIRA, Maura Vanessa Silva. **IDENTIDADE DE GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL: PERSPECTIVAS LITERÁRIAS**. Disponível em: https://temasemsaude.com/wp-content/uploads/2018/09/18321.pdf. Acesso em: 03 mar. 2022.

MJSP, Ministério da Justiça e Segurança Pública. **NOTA TÉCNICA N.º 7/2020/DIAMGE/CGCAP/DIRPP/DEPEN/MJ**. 2020. Disponível em: https://www.google.com/search?q=nota+t%c3%a9cnica+n.%c2%ba+7%2f2020%2fdiamge%2fcgcap%2fdirpp%2fdepen%2fmj&oq=nota+t%c3%a9cnica+n.%c2%ba+7%2f2020%2fdiamge%2fcgcap%2fdirpp%2fdepen%2fmj&aqs=chrome..69i57j33i160.1118j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8. Acesso em: 29 abr. 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **MANUAL DE DIREITO PENAL.** ed. 16. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA. 2020.

SALIM, Alexandre; AZEVEDO, Marcelo André de. **DIREITO PENAL: parte geral.** Imprenta: Salvador, JusPODIVM, 2017. 623 p.

UFCE, Universidade Federal do Ceará. **DIVERSIDADE SEXUAL: eu respeito**. 2015. Disponível em: https://progep.ufc.br/wp-content/uploads/2020/09/diversidade-sexual-aterado-1.pdf. Acesso em: 20 maio 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A (IM) POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PODER SANCIONADOR DO CADE AOS ENTES FEDERADOS

SARAH LOPES DE ARAÚJO FREITAS: Mestranda no Programa de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas pela UNIRIO, Pós Graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Direito Civil pela PUC-MG, Especialista em Direito Administrativo pela UCAM, Advogada.44

Resumo: O presente artigo tem por objetivo tratar da questão relativa à ocorrência de infrações à ordem econômica, no âmbito do mercado da concorrência, decorrentes do exercício extrapolado do poder regulamentar e normatizador dos entes federativos. Diante dessa prática, a qual é chamada de abuso de poder regulatório estatal, de acordo com a própria Lei de Liberdade Econômica, ver-se-á qual atuação deve ter o Conselho Administrativo de Defesa Econômica sobre o Estado, em seu sentido amplo, que desafia sua própria Constituição Federal e demais regramentos infraconstitucionais. Pretende-se, pois, averiguar dentro do sistema federalista brasileiro, a (im) possibilidade de aplicação de sanções pelo CADE, como autarquia federal, à própria pessoa jurídica que o criou e aos demais entes federados. Para tanto se utilizar-se-á-de um processo metodológico dedutivo combinado a estudos de casos, a fim de delinear o procedimento seguido, além de promover uma intepretação sistemática entre doutrina, legislação e jurisprudência.

Palavras chave: Federalismo. Abuso de Poder Regulatório. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Sanções Administrativas.

Abstract: This article aims to adress the issue of the occurrence of violations of the economic order , within the scope of the competition market, arising from the exercise of the regulatory and normative power of the federal entities. In view of this practice, which is called regulatory abuse, according to the economic freedom law itself, it will be seen

44 Mestranda no Programa de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas pela UNIRIO, Pós Graduada pela Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Especialista em Direito Civil pela PUC-MG, Especialista em Direito Administrativo pela UCAM, Advogada.

what action the Administrative Council for the Defense of Competition should have on the State, in its broad sense, which challenges its own Federal Constutition, and other infraconstitutional rules. It is intended, therefore, to investigate within the Brazilian federalist system, the (im) possibility of applying sanctions by CADE, as a federal autarchy, to the legal that created it and to the other federated entities. For that, a deductive methodological process combined with case studies will be used in order to outline the procedure followed, in addition to promoting a systematic interpretation between doctrine, legislation and jurisprudence.

Keywords: Federalism. Abuso of Regulatory Power. Administrative Council for Economic Defense. Administractive Sanctions.

Sumário: 1. Introdução. 2. O Federalismo como Forma de Estado. 2.1. O Federalismo no Brasil. 2.2. A Repartição de Competências. 2.3. A Autarquia como pertencente à Administração Indireta. 3. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e seu Poder Sancionador. 4. O Abuso de Poder Regulatório Estatal: Um Auto Reflexo da Arbitrariedade Pública. 4.1. A Normatização de Ilícitos pelos Entes Federados e a Postura do CADE. 5. O CADE e o Federalismo: Abuso ou Exercício Regular de um Direito?.6. Considerações Finais. 7.Referências Bibliográficas.

1. Introdução

O tema aqui proposto gira em torno do abuso de poder regulatório estatal, prática já ocorrente há muito no mercado competitivo, porém que assumiu especial relevo diante da sua positivação expressa na Lei de Liberdade Econômica. Em que pese as inúmeras formas de abuso de poder regulatório nela listada, dar-se-á enfoque no presente trabalho apenas aquela atinente ao abuso existente quando da edição de atos normativos infra legais pelos entes federativos, que, conforme veremos mais à frente, vão de encontro aos princípios delineados no artigo 170 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Dentro desse abuso de poder regulatório estatal ver-se-á que para as infrações à ordem econômica, foi criado dentro do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência uma autarquia federal especialmente designada para identificá-las e reprimi-las, que vem a ser o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE). Não se olvida que as agências reguladoras, pessoas jurídicas de suma importância no âmbito concorrencial e regulatório, também estão inseridas no fomento, normatização, fiscalização e execução dos setores aos quais especialmente designadas para regulação, porém, a fim de não

amplificar por demais o debate e não correr o risco de entrar na celeuma sobre o conflito de competências entre as autoridades antitruste e a regulatória, fincar-se-á apenas na análise da temática sob a ótica do CADE.

Nessa órbita, imperioso ressaltar que a principal problemática e justificativa para a escolha do tema em tela é justamente o fato de que estar-se a lidar com o abuso de poder regulatório estatal, ou seja, cuja autoria é atribuída aos entes federativos (União, Estados e Municípios), ao passo que a entidade responsável pela coibição das transgressões anticoncorrenciais constitui-se de uma descentralização da própria Administração Pública, cuja legalidade dos atos normativos, ora se coloca em pauta.

Vê-se, portanto, um contexto em que é colocada em pauta uma possível crise do federalismo brasileiro. Isso porque de um lado tem-se a autonomia normativa, organizacional, financeira e administrativa dos entes federados perante a União, e de outro, uma autarquia federal, de criação legislativa e funções por ela atribuídas, cujo exercício precípuo de suas funções implicaria em romper as barreiras dessa autonomia conquistada pelos entes federados, na hipótese de fazer-lhes incidir sanções.

Diante disso, indaga-se: será que o CADE pode condenar a União, Estados e Municípios por abuso de poder regulatório? Se sim, quais seriam os limites para tal? Se não, acaso não estaria ocorrendo um esvaziamento de sua finalidade?

Para tentar responder aos questionamentos acimas, os quais, desde já, adianta-se, não gozarem de respostas taxativas ou absolutas, traçar-se-á o trabalho com início da dinâmica do federalismo no Brasil e as ramificações dele decorrentes no que toca à divisão de competências e à administração pública. Posteriormente, tratar-se-á sobre o CADE e suas minúcias (conceito, finalidade, competências, com ênfase nas sanções que a legislação de regência lhe permite aplicar). Ao fim, se debruçar-se-á sobre a questão do abuso regulatório estatal (sua raiz legal, ilustração jurisprudencial) e a (im) possibilidade de atuação do CADE sobre ele.

2. O Federalismo como Forma de Estado

Antes de adentrar ao federalismo brasileiro, em especifico, cumpre tecer alguns esclarecimentos acerca das formas de Estado existentes, com o intuito de melhor entender a organização político administrativa nacional. Para tanto, utilizar-se-á dos ensinamentos do autor Juan Badia, em sua obra *El Federalismo*, na qual assenta com precisão que o

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Estado Federal é mais que um Estado complexo, é um Estado composto, no qual se encontra uma pluralidade de ordenamentos constitucionais, entre os quais figura o ordenamento constitucional superior, ao que se subordinam e em que participam, os órgãos dos ordenamentos inferiores. O Estado Federal possui um poder soberano originário, uma única personalidade internacional, uma só nacionalidade e um só território nacional.45

Difere da Confederação, como forma de Estado, pois naquela prevalecem relações de subordinação, com a soberania pertencendo aos Estados-Membros. Lado outro, também se distingue do Estado Unitário, o qual se caracteriza por ter um único sistema de instituições governantes e constituintes, sendo uno em sua estrutura, com organização política única, pois não comporta mais de um aparato governamental; esta organização política se aplica a uma coletividade e a todo território nacional.

Já dentro do Estado Federal vemos o Estado Federado/Membro, o qual vem a ser um Estado de segundo grau em relação com aquele. São características essenciais do Estado membro: gozar de autonomia constitucional, dar-se sua própria Constituição, criar seus próprios poderes constituídos, não permitir a reforma de sua Constituição sem sua participação e consentimento, e participar na formação da vontade soberana do Estado, tanto em um plano legislativo ordinário, como na ordem constituinte- constituído. 46

Assim, compactua-se da conclusão de Badia de que os Estado-membros se dão, através de seus órgãos constituintes, uma Constituição que deve observar as normas e limites contidos na Constituição Federal. A autonomia constitucional do Estado membro não é absoluta. Em todas as Constituições Federais se limita o poder constituinte do Estado-membro, mediante a repartição de competências entre os poderes federais e os poderes locais estabelecidos pela mesma Constituição Federal. E só corresponde aos órgãos constituintes federais, integrados por representantes dos Estados Membros, determinar a divisão e, portanto, ampliar ou restringir os poderes dos Estados.47

Partindo, em especial, dessa dinâmica estabelecida por Badia da relação entre o Estado Federal e os Estados-membros, adentrar-se-á no estudo do federalismo brasileiro.

45 BADIA, Juan Fernando. **El Federalismo**. Revista de estudios políticos, n. 206, 1976, p. 39.

46 Ibidem, p. 47 e 48.

47 Ibidem, p. 52.

2.1 O Federalismo no Brasil

O constituinte brasileiro, por meio do Decreto nº 1 de 11 de novembro de 1889, posteriormente convalidado na Constituição de 1891, adotou o federalismo como forma de Estado, trazendo consigo uma particularidade que o tornaria atípico, qual seja, de inserção dos Munícipios como dotados de autonomia orçamentária, política e legislativa.

Pouco menos de uma centena de anos depois, vê-se que o poder constituinte da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não só manteve a forma de estado federativa como também os Munícipios como entes formadores desta, conforme redação do seu artigo 1º48.

Nesse trilhar, a forma de federalismo adotada pela República Federativa do Brasil é dita híbrida, eis que considerado uma mescla entre o federalismo competitivo, adotado pelo Estados Unidos da América, e o federalismo cooperativo, surgindo na Alemanha do pós- Segunda Guerra Mundial.

Isso porque no primeiro modelo a centralização do poder é dividida aos âmbitos estadual e federal, trazendo à discussão, portanto, um jogo de poder cujo qual envolve dois núcleos duros, o primeiro absorvido pela centralização estadual e o segundo levando à centralização federal: nesse modelo de federação há um incessante enfrentamento entre os dois polos de poder. Importante frisar ser a história de unificação norte americana, principalmente visualizada pela guerra civil, ponto de justificação da adoção do modelo proposto. Já no segundo modelo ocorre a constante comunicação entre poder federal e poder estadual. A ideia central deste modelo de federação espraia-se na confluência de interesses e apoio entre os dois polos de poder: a autonomia do estado não é cerceada pela federação, contudo a mesma é ouvida com atenção pelos estados, deste modo há uma troca de experiências, motivações e objetivos em prol do bem comum: a nação.49

48 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25/03/2021.

49 NETO, José Alberto Machado. **Federalismo Fiscal em razão da manutenção da ordem econômica**. Mega Jurídico, 2020. Disponível em: https://www.megajuridico.com/federalismo-fiscal-em-razao-da-manutencao-da-ordem-economica/. Acesso em: 25/03/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O modelo misto brasileiro, que ora se aproxima do modelo norte americano e ora se aproxima do modelo alemão, leva o modelo federativo brasileiro a um engessamento, condição esta que podemos verificar no sistema concorrencial, no qual, na maioria das vezes, não há um real equilíbrio entre a legislação federal editada pela União e os atos infra legais editados por Estados e Municípios. No âmbito político-administrativo se verifica uma autonomia desses entes, muitas vezes descaracterizada pelos interesses políticos regionais.

Nessa esteira, o artigo 18 do Texto Maior revela que a organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição50, o que demonstra que essa autonomia pressupõe independência, contrariamente ao que seria se estivéssemos tratando de um Estado Unitário, como acima visto. Desse modo, ausente qualquer relação hierárquica entre os entes da federação. Nas palavras da Ministra Carmen Lucia:

> (...) Na história constitucional brasileira, a Federação é mais que apenas a forma de Estado escolhida e acolhida pelo sistema de Direito: é uma garantia contra as investiduras centralizadoras e antidemocráticas que teimam em rondar o poder. Federação é garantia de democracia no Brasil, por isso mesmo impõe uma vigília.51

Como acima visto, lembre-se do respeito que deve haver ao pacto federativo, como arcabouço jurídico que firma o respeito à autonomia constitucional, administrativa e política dos Entes da Federação, delimitando o campo de atuação de cada.

Passa-se, assim, para o balanço das competências legislativas atribuídas a cada Ente Federado, com relevo à disciplina da repressão ao abuso do poder econômico.

2.2. A Repartição de Competências

Fora destacado alhures que todos os entes federados gozam de autonomia administrativa, legislativa e orçamentária, como previsto pela própria Constituição Federal. Pois bem. Considerando que ela própria faz a repartição de competências entre

50 Ob. Cit.

51 ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.157.

administrativa e legislativa do seu capitulo II ao V, e aqui não focar-se-á na competência material dos referidos, apenas a legislativa, nela mirar-se-á.

Sendo a temática central deste trabalho a defesa da concorrência, tanto pelos entes federados quanto pelas entidades criadas para tal, deter-se-á no trato conferido pela Constituição Cidadã à ela.

Em seu "Título VII - Da Ordem Econômica e Financeira", Capítulo I - Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica, a Constituição Federal traz no bojo do artigo 173, parágrafo 4º52 uma norma de eficácia limitada, relegando ao legislador federal ordinário a atribuição de concretização da forma como se reprimirá o abuso de poder econômico e demais praticas naquele listadas consideradas como ilegais. Com isso, a União editou a Lei 12.529/ 11, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica.

Mais além, o constituinte dispôs, em seu artigo 17453, sobre a posição assumida pelo Estado, aqui entendido em seu sentido amplo, dentro da normatização e regulação das atividades econômica. Sobreleva notar que em ambos os dispositivos constitucionais retro citados, há um transporte da competência legislativa constitucional para o legislador ordinário disciplinar ambas as matérias de infrações e atuação do Estado, no cenário da ordem econômica.

E quanto aos Estados e Municípios dentro da sua autonomia legislativa e administrativa? A eles não foi relegada especificamente a atribuição constitucional de legislar sobre tais temas, porém da leitura dos artigos 25, caput54, e 30, inciso I55, da Carta Magna, nota-se a presença de uma autorização constitucional para que ambos os entes organizem-se e legislem sobre os assuntos considerados a eles pertinentes.

52 § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Ob. cit.

53 Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Ob. cit.

54 Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. Ob. cit.

55 Art. 30. Compete aos Municípios: I - legislar sobre assuntos de interesse local. Ob. cit.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Ressalte-se, contudo, que essa liberdade/poder de legislar é condicionada pelo constituinte originário ao dizer que tanto os Estados quanto os Municípios devem legislar observados/atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição. Ocorre que, como ver-se-á em momento posterior, quando se trata de matéria concorrencial, há, reconhecidamente pelo CADE, a edição de atos infralegais por esses entes que atentam contra a Constituição que lhes concedeu o poder de legislar e a lei federal regente da matéria.

Mas antes, contemple-se dentro da organização administrativa, o que seria o espaço destinado à Administração Pública Indireta, na perspectiva das autarquias, dentre as quais, como já dito é exemplo o CADE.

2.3. A Autarquia como pertencente à Administração Indireta

Conforme leciona Hely Lopes Meirelles, a Administração "é o instrumental de que dispõe o Estado para pôr em prática as opções do Governo"56, ou seja, é a ferramenta disponibilizada ao Estado para buscar a satisfação dos interesses primários e secundários da coletividade, os quais formam o bem comum.

Enquanto de um lado temos a Administração Direta composta por pessoas/entes políticos, que são a União, Estados, Distrito Federal e Município, de outro temos a Administração Indireta, a qual, nos dizeres do Decreto-Lei nº 200/67 compreende as autarquias, fundações públicas, empresas públicas e sociedades de economia mista57, as quais são pessoas criadas por lei ou por autorização legal editada por ente político, para o desempenho de função administrativa ou exploração de atividade econômica.

Fixadas essas premissas básicas, ocupar-se-á, aqui, da autarquia, em cuja natureza jurídica o CADE se encontra. Pode-se conceituar autarquia como sendo a "pessoa jurídica de direito público interno, criada, por lei especifica58 para prestação de serviço público

56 MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

57 BRASIL. **Decreto-Lei nº 200 de 25 de Fevereiro de 1967**. Título I- Da Administração Federal, art. 4, inciso II, alíneas a, b, c, d. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0200.htm. Acesso em : 25/03/2021.

58 Art. 37(...) XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação. Ob. cit.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

específico, com autonomia administrativa, mas submetida a controle finalístico de suas atividades".

O que se pode afirmar, portanto, é que quaisquer dos entes políticos, os quais detém competência legislativa, inovadora, poderão, por uma opção política e por uma questão de técnica de descentralização59, editar, por meio de sua casa legislativa, lei que venha a criar uma outra pessoa jurídica, transferindo para esta nova entidade um serviço público específico. Exemplo disso, como já afirmado exaustivamente, é o CADE, autarquia criada por lei pela União, integrante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Fora dito que a autarquia goza de autonomia administrativa, o que lhe confere capacidade de administrar a si própria, sem subordinação ao ente político que a criou. No entanto, é imperioso ressalvar que autoadministração não se confunde com independência absoluta, de modo que ela está submetida à supervisão da pessoa jurídica criadora a que está vinculada, para fins de assegurar que esteja cumprindo com seus objetivos fixados na lei de sua criação, de forma eficiente e harmônica com a política e programação de Governo, no setor de atuação da entidade.

Coloque-se, então, essa conceituação em termos práticos para os entes versados neste trabalho: se o CADE, como autarquia federal, criada pela União, se submete a um controle finalístico, como seria possível que ele fosse contrariamente aos atos infra legais por ela editados? Isso não seria uma sobreposição da criatura criada sob o ente criador? E mais, poderia a União permitir que sua autarquia federal sancionasse os demais entes políticos?

A partir de tais questionamentos, seguir-se-á, agora, a dar dedicação a autarquia ora falada.

3. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica e seu Poder Sancionador

O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) foi criado pela Lei 12.529/11, como entidade judicante, com natureza jurídica de autarquia federal, tendo por

59 A descentralização por serviços, funcional ou técnica é a que se verifica quando o poder público (União, Estados, Distrito Federal ou Município) por meio de uma lei cria uma pessoa jurídica de direito público – autarquia e a ela atribui a titularidade (não a plena, mas a decorrente de lei) e a execução de serviço público descentralizado. CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

escopo preservar e reprimir às infrações à ordem econômica. Sua raiz constitucional é o inciso IV do art. 170, o qual elenca a livre concorrência dentre os princípios da ordem econômica. Sua estrutura é repartida em três órgãos, que são o Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência Geral e Departamento de Estudos Econômicos, tríade responsável pelos estudos, identificação, análise, processamento e julgamento de potenciais infrações à ordem econômica.

Especial visibilidade merecem os incisos II, III e IV do artigo 9º do diploma legal em debate, eis que neles constam as competências do Plenário do Tribunal do CADE para decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei; decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral; e ordenar providências que conduzam à cessação de infração à ordem econômica, dentro do prazo que determinar60. Destarte, resta certo a competência do CADE para coibição das infrações à ordem econômica, gozando de poder de imposição de sanções administrativas61 para tanto.

Essas infrações são trazidas a partir do Título V da lei supramencionada, e elencadas no rol de incisos do seu artigo 36, sem prejuízo da enumeração, exemplificativa das condutas arroladas em seu §3º. Ato continuo, ao tratar dos procedimentos contra as infrações à ordem econômica (Título VI), o inciso III do artigo 48 traz literalmente o processo administrativo para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica, de incumbência do CADE, em conformidade com o artigo 9º acima.

Dentro dessa lógica, quem seriam então os destinatários da atuação do CADE? A resposta jaz na dicção do artigo 31, o qual diz que:

> esta lei se aplica às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que

60 BRASIL. **Lei 12.529 de 30 de Novembro de 2011**, Art. 9, incisos II, III e IV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 25/03/2021.

61 A sanção administrativa é conceituada, por José dos Santos Carvalho Filho, como o ato punitivo que o ordenamento jurídico prevê como resultado de uma infração administrativa, suscetível de ser aplicado por órgãos da Administração, e infração administrativa como o comportamento típico, antijurídico e reprovável idôneo a ensejar a aplicação de sanção administrativa, no desempenho de função administrativa. Ob. cit.

> temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.62

Ora, se a própria lei de regência do Sistema Brasileiro de Defesa Concorrência permite que seus ditames incidam sobre pessoas jurídicas de direito público, significa dizer que é possível ao CADE aplicar sanções aos entes políticos (que são pessoas jurídicas de direito público)? Porém, ao mesmo tempo, seria essa uma brecha legal para um eventual rompimento do pacto federativo, eis que se afirmativa a resposta, conduziria a um poder sancionador à nível nacional do CADE sobre todos os entes federados, inclusive aquele que o criou?

Antes de examinar como o próprio CADE vem decidindo o alcance do seu poder sancionador, necessário se faz entender o cerne em que envolto a celeuma alhures explanada: o abuso de poder regulatório estatal.

4. O Abuso de Poder Regulatório Estatal: Um Auto Reflexo da Arbitrariedade Pública

O abuso de poder regulatório estatal ganhou positivação com o advento da Lei de Liberdade Econômica (Lei 13.874/19), que em seu artigo 4º dele tratou63, elencando nos incisos as condutas que o constituem. Como apontado no início deste trabalho, concentrar-se-á naquelas que dizem respeito à redação de dispositivos legais e infralegais contrários à livre concorrência.

No entanto, embora disposto normativamente, faltou a lei com a conceituação do que seria esse abuso de poder propriamente dito. Antes de mais nada, deve-se entender que o abuso/excesso de ou em algo significa que, via de regra, esta prática é legitima, apenas o uso desmedido é que lhe é vedado. Assim, o poder regulatório em si é licito, eis que tanto o CADE, quanto as agências reguladoras, e aqui, cabe falar delas também, têm a

62 Ob.cit

63 Art. 4º É dever da administração pública e das demais entidades que se vinculam a esta Lei, no exercício de regulamentação de norma pública pertencente à legislação sobre a qual esta Lei versa, exceto se em estrito cumprimento a previsão explícita em lei, evitar o abuso do poder regulatório de maneira a, indevidamente: II - redigir enunciados que impeçam a entrada de novos competidores nacionais ou estrangeiros no mercado; IV - redigir enunciados que impeçam ou retardem a inovação e a adoção de novas tecnologias, processos ou modelos de negócios, ressalvadas as situações consideradas em regulamento como de alto risco; (...) BRASIL. **Lei 13.874 de 20 de Setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 25/03/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

finalidade de promover a regulação e fiscalização das atividades econômicas desenvolvidas no mercado de competição, restringindo-se as agências reguladoras às indústrias que regulam. Como também já deixado consignado, aqui não entrar-se-á na disputa de competências entre o CADE e as agências reguladoras, de modo que adere-se por um conceito de poder regulatório não só no sentido de regulação *stricto sensu*, mas também englobando o direito antitruste.

Fazendo uma analogia com o poder de mercado dos agentes econômicos, que segundo a legislação de regência da defesa da concorrência, não é um ilícito *per se* (diga-absoluto), pode-se dizer que, *prima facie*, o poder regulatório também não é um ilícito, pois também insculpido nas legislações das agências reguladoras e numa intepretação finalística das normas das Lei 12.529/11, também ao CADE, utilizando-se de um método sistemático de interpretação, o qual ora adotamos.

Quando então é ultrapassada a linha entre o exercício desse poder para o seu abuso? O poder regulatório, como explicado, nada mais é do que o exercício de um direito legal conferido aos entes políticos e administrativos no âmbito da ordem econômica. Por consequência, haverá abuso desse poder, quando usado para criação de atos normativos à revelia dos entes incumbidos da concorrência e regulação, e da própria Constituição.

É importante compreender a quão paradoxal e perigosa é a problemática versada neste tópico: o Estado (aqui compreendidos os quatro entes federativos) a quem incumbe a defesa do Estado Democrático e do bem comum, em favor da coletividade, os quais são pregados pela Constituição Federal e pela Lei 12.529/11, é responsável pela elaboração de atos normativos que vão frontalmente contra aqueles.

4.1. A Normatização de Ilícitos pelos Entes Federados e a Postura do CADE

No ínterim do esposado sobre a edição de enunciados normativos que possam constituir abuso de poder regulatório, cumpre trazer à exemplificação prática de quando o ilícito é cometido pelos próprios entes políticos. A dizer, quando o Estado, aqui especificamente nos referimos entes estaduais e municipais, acabam por editar, no exercício do seu poder regulamentar, atos infralegais, que vão de encontro aos princípios da livre concorrência e iniciativa.

Atente-se, detidamente, aos seguintes casos julgados pelo CADE e qual a postura por ele assumida:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Ato de Concentração nº 08012005516/2001-11: Petrobrás Gás S.A- Gáspetro, Gásgoiano S.A. e Agência Goiana de Gás Canalizado- Goiasgás

Trecho do voto do Conselheiro Relator do CADE- Cleveland Prates Teixeira: (...)**entendo que dada a competência estadual para explorar os serviços locais de gás canalizado, e sendo estes serviços públicos, a sua regulamentação pelo Estado de Goiás não pode ser objeto de revisão por este Conselho**. **O Estado da Federação, por determinação constitucional, dispõe de um poder tão amplo e extenso que é capaz de determinar o padrão concorrencial. Dessa forma, é plenamente possível, sob o ponto de vista estritamente legal, a criação de verdadeiros monopólios" de produção e prestação de serviço**. Em contrapartida, é necessária a substituição do autocontrole do mercado pelo sistema regulamentar, que deve passar a estabelecer as variáveis relevantes a serem contratadas, devendo ser inclusive objeto de fiscalização constante pelo poder concedente.

(...)a exclusividade conferida à Goiasgás, para comercialização de gás canalizado no Estado de Goiás, pelo prazo de 30 anos, não parece ser razoável a princípio, considerando, principalmente, as perspectivas de fornecimento de gás natural naquela região e o fato de que não foi apresentado nenhum estudo sobre os custos de investimentos a serem realizados. Note-se que a constatação de que a atividade de comercialização para grandes consumidores é potencialmente competitiva, a médio e longo prazos, é patente, sugerindo a necessidade de um estudo para a revisão da exclusividade conferida.

(...) **cabe a este Conselho, com base nos problemas aqui identificados sugerir que o Estado de Goiás leve em consideração a necessidade de promover a competição nos segmentos que suportam a concorrência, e a partir de um juízo de conveniência analise as possibilidades de revisão do contrato de concessão no que se refere à exclusividade conferida a Goiasgás para a comercialização de gás canalizado para os grandes**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

consumidores, pelo período estabelecido, incluindo cláusulas que viabilizem o acesso de terceiros a rede de dutos da distribuidora. (grifo nosso)64

CONSULTA Nº 0034/99

INTERESSADO: Rádio Taxi Brasilia Ltda

REFERÊNCIA: Decreto 20.126 de 29/03/99 do Governador do Distrito Federal

CONSELHEIRA RELATORA: Lucia Helena Salgado e Silva

VOTO

Ementa: Consulta acerca da legalidade/ inconstitucionalidade do Decreto 20.126/99 do Governo do Distrito Federal. Limitação de descontos nas tarifas de taxi do Distrito Federal. Pela ilegalidade do Decreto, determinando a expedição de ofícios ao Governador do Distrito Federal, à Secretaria de Direito Econômico, ao Ministério Público do Distrito Federal e ao Senhor Delegado da 10ª Delegacia de Polícia do Lago Sul (Brasília-DF)

(...) No presente caso, verifico que muito embora seja principio constitucional os Estados Federados poderem organizarem-se e regerem-se por Constituições e leis que adotarem, deverão, primeiramente, observarem os princípios estabelecidos na Constituição Federal, artigo 25, caput e §1º, o que não ocorreu quando da edição do Decreto 20.126/99, por ter o mesmo violado o artigo 170, caput e incisos IV e V, os quais estabelecem, dentre outros, os princípios da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa do consumidor, tendo o referido decreto limitado a possibilidade de descontos. Por consequência, infringiu também, o estabelecido na Lei 8.884/94, uma vez que o Governo do Distrito

64 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração Sumário nº 08012005516/2001-11**. Conselheiro Relator: Cleveland Prates Teixeira. Data do Julgamento: 29/01/2004. Disponívelem:https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXg6Pj2eoYmtGdxJe6o8LrZUCmTCcgv0B6JHck7GWaiD. Acesso em: 25/03/2021.

> Federal prejudicou a livre concorrência e a livre iniciativa, privando os consumidores da oferta de serviços a preços mais baixos, conforme vinha ocorrendo.
>
> **Muito embora, considerando que com a edição do referido Decreto, o Governo do Distrito Federal contrariou preceitos constitucionais, prejudicando os maiores interessados, ou seja, os consumidores, quando influenciou claramente as condições do mercado, reconheço que o ato praticado pelo Governo do Distrito Federal (edição de decreto visando seu interesse), seja ato de estado, portanto, dentro dos limites constitucionais, não cabe a esta Autarquia o poder de constrição aos entes públicos** (...) (grifei)65

Pode-se ver dos votos acima colacionados, que o CADE, em ambos os casos concretos analisados, reconheceu pela ilegalidade de atos infralegais que concediam predileção a determinados agencias econômicos em detrimento dos demais, criando, assim barreiras à entrada de novos competidores, por via normativa. Forçoso nos faz reconhecer o ente estadual, em ambos os casos, agiu com abuso do poder de regulação, eis que ultrapassando os limites da competência outorgados pela Constituição Federal, editou atos normativos secundários, que culminavam na diminuição da competição inerente ao mercado.

Trazendo para a sistemática da Lei 13.874/19, poder-se-ia enquadrar o ente estadual no caput do seu artigo 4º, o que lhe suscitaria medidas administrativas e as judiciais, cabíveis.

No entanto, embora reconhecida essa ilegalidade, percebe-se que o CADE, em nenhum dos dois casos acima transcritos, exerceu uma postura ativa. Pelo contrário, constatou a ilegalidade/inconstitucionalidade, porém, eximiu-se em sancionar o ente

65 Ibidem. **Ato de Concentração Ordinário 08012.000034/1999-90**. Ministra Relatora: Lúcia Helena Salgado e Silva. Data do Julgamento: 04/01/1999. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceAyd36WYqmI4RFpGNXs6JGBWBJhcG-sruQ3kKSw4LSz Acesso em: 25/03/2021.

federativo respectivo, por entender, consoante as explicações dos conselheiros acima, não estar na alçada da autarquia assim agir.

Sendo assim, plausível afirmar, que, a princípio, o próprio CADE responde à questão sobre se ele poderia fazer incidir sanções sobre os entes federados. Todavia, ainda assim, cumpre insistir na questão, não estaria havendo, com tal posicionamento, um esvaziamento da finalidade máxima da entidade autárquica?

5. O CADE e o Federalismo: Abuso ou Exercício Regular de um Direito?

Assim como o abuso de poder regulatório vem a ser um espelhamento da obsessão do Estado na exorbitância do seu poder regulamentar/normativo, qualificando-o tanto como infrator quanto como vítima, o federalismo, igualmente, também é posto numa posição delicada se pensada na possibilidade de aplicação de sanções administrativas pelo CADE sobre todos os entes políticos que naquele incorrerem.

De fato, já se viu que o próprio CADE esposa entendimento que não poderia adentrar na orbita de competência dos entes federativos, eis que seria sobrepor-se à própria Constituição, em última instancia, uma vez que por ela outorgadas as competências de cada ente. Por isso, permitir que uma autarquia federal seja capaz de ditar e até punir um ente político implicaria subverter a lógica do federalismo, pelo qual o Estado Federal, como centralizador da soberania, estaria submisso à autonomia de uma entidade administrativa, cuja criação só foi possibilidade por aquele, em primeira mão.

Não obstante o raciocínio acima, o qual compreende-se com fortes argumentos, é necessário levar em conta também, que permitir a edição de atos infralegais pelos entes políticos, contrários aos princípios basilares da Ordem Econômica e Social, sem qualquer vislumbre de punição a eles, é como criar uma imunidade político- administrativa pelo simples fato de comporem a República Federativa.

Nessa senda, o limitador da autonomia concedida aos Estados membros vem a ser a própria Constituição que aquela lhes confere, eis que dentro da hermenêutica constitucional, o Texto Maior de uma nação dever ser interpretado como um sistema unitário de normas, sem hierarquia entre elas (princípio da unidade constitucional); além disso, é de fornecer a máxima efetividade às normas que compõe o corpo constitucional,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

a fim de garantir a melhor realização do regramento ali previsto (princípio da máxima efetividade).66

Desse modo, se a própria Constituição diz que a lei reprimirá o abuso de poder econômico e demais práticas ilícitas a ele correlatas, e, como consequência emergiu o CADE, cujo fim último é proceder à prevenção e repressão de infrações contra a concorrência, a aplicação de sanções aos entes federativos por aquele não constituiria rebaixamento da autonomia desses, mas sim atendimento aos preceitos constitucionais e da legislação de regência, de hipótese de subsunção do fato gerador da atuação do CADE.

A fim de corroborar a postura ativa do CADE frente às situações de abuso de poder regulatório estatal, que impliquem, por via reflexa, infrações concorrenciais, exemplifica-se o recente pronunciamento exarado pelo Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 1.083.95567, no qual atestada a peculiaridade técnica de que goza a referida autarquia federal para opinar, avaliar e decidir matérias atinentes à temática para a qual foi criada. Veja-se, *in verbis*, trecho elucidativo do acordão:

> **"1.** A capacidade institucional na seara regulatória, a qual atrai controvérsias de natureza acentuadamente complexa, que demandam tratamento especializado e qualificado, revela a reduzida *expertise* do Judiciário para o controle jurisdicional das escolhas políticas e técnicas subjacentes à regulação econômica, bem como de seus efeitos sistêmicos.
>
> **2**. O dever de deferência do Judiciário às decisões técnicas adotadas por entidades reguladoras repousa na *(i)* falta de *expertise* e capacidade institucional de tribunais para decidir sobre intervenções regulatórias, que envolvem questões policêntricas e prognósticos especializados e *(ii)* possibilidade de a revisão judicial ensejar efeitos sistêmicos nocivos à coerência e dinâmica regulatória administrativa.

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

67 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.083.955**. Relator :min. Luiz fux. Data de Julgamento: 28/05/2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5287514. Acesso em: 16/03/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

3. A natureza prospectiva e multipolar das questões regulatórias se diferencia das demandas comumente enfrentadas pelo Judiciário, mercê da própria lógica inerente ao processo judicial.

4. A Administração Pública ostenta maior capacidade para avaliar elementos fáticos e econômicos ínsitos à regulação. Consoante o escólio doutrinário de Adrian Vermeule, o Judiciário não é a autoridade mais apta para decidir questões policêntricas de efeitos acentuadamente complexos (VERMEULE, Adrian. *Judging under uncertainty: An institutional theory of legal interpretation*. Cambridge: Harvard University Press, 2006, p. 248–251).

5. A intervenção judicial desproporcional no âmbito regulatório pode ensejar consequências negativas às iniciativas da Administração Pública. Em perspectiva pragmática, a invasão judicial ao mérito administrativo pode comprometer a unidade e coerência da política regulatória, desaguando em uma paralisia de efeitos sistêmicos acentuadamente negativos.

6. A *expertise* técnica e a capacidade institucional do CADE em questões de regulação econômica demanda uma postura deferente do Poder Judiciário ao mérito das decisões proferidas pela Autarquia. O controle jurisdicional deve cingir-se ao exame da legalidade ou abusividade dos atos administrativos, consoante a firme jurisprudência desta Suprema Corte.

7. Os controles regulatórios, à luz do consequencialismo, são comumente dinâmicos e imprevisíveis. Consoante ressaltado por Cass Sustein, "*as normas regulatórias podem interagir de maneira surpreendente com o mercado, com outras normas e com outros problemas. consequências imprevistas são comuns. Por exemplo, a regulação de novos riscos pode exacerbar riscos antigos (...). As agências reguladoras estão muito melhor situadas do que os tribunais para entender e combater esses efeitos"* (SUSTEIN, Cass R., "Law and Administration after Chevron". *Columbia Law Review*, v. 90, n. 8, p. 2.071-2.120, 1990, p. 2.090).

> **8.** A atividade regulatória difere substancialmente da prática jurisdicional, porquanto: "a *regulação tende a usar meios de controle ex ante (preventivos), enquanto processos judiciais realizam o controle ex post (dissuasivos); (...) a regulação tende a utilizar especialistas (...) para projetar e implementar regras, enquanto os litígios judiciais são dominados por generalistas*" (POSNER, Richard A. "Regulation (Agencies) versus Litigation (Courts): an analytical framework". *In:* KESSLER, Daniel P. (Org.), *Regulation versus litigation*: perspectives from economics and law, Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 13).
>
> (...)
>
> **10.** O Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE detém competência legalmente outorgada para verificar se a conduta de agentes econômicos gera efetivo prejuízo à livre concorrência, em materialização das infrações previstas na Lei 8.884/1994 (Lei Antitruste).
>
> **11.** As sanções antitruste, aplicadas pelo CADE por força de ilicitude da conduta empresarial, dependem das consequências ou repercussões negativas no mercado analisado, sendo certo que a identificação de tais efeitos anticompetitivos reclama expertise, o que, na doutrina, significa que *"é possível que o controle da "correção" de uma avaliação antitruste ignore estas decisões preliminares da autoridade administrativa, gerando uma incoerência regulatória. Sob o pretexto de "aplicação da legislação", os tribunais podem simplesmente desconsiderar estas complexidades que lhes são subjacentes e impor suas próprias opções*" (JORDÃO, Eduardo. *Controle judicial de uma administração pública complexa: a experiência estrangeira na adaptação da intensidade do controle*. São Paulo: Malheiros – SBDP, 2016, p. 152-155)."(grifei)

Por isso, obstar o poder sancionador do CADE aos entes federativos implica, do ponto de vista ora defendido neste artigo, desacreditar o papel desta autarquia

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

especializada justamente no combate às infrações à ordem econômica, cuja própria lei que a gerou lhe permite a punição de pessoas jurídica de direito público, sem ressalvas.

Por conseguinte, aonde o legislador não vedou, não cabe ao interprete fazê-lo, sob o risco de os destinatários da norma colocarem as vestes de legisladores positivos e negativos, quando a situação de infração lhes aprouver.

6. Considerações Finais

Pelas considerações tecidas, observam-se fortes argumentos para ambas as posições aqui explanadas e, como dito na parte introdutória, não é absoluta a pretensão em sedimentar a problemática em pedra, com respostas prontas que somente em um pensamento utópico, agradaria a todos os envolvidos.

Demonstrou-se, pois, que o federalismo, como cláusula pétrea que é (artigo 60, parágrafo 4º, inciso I, da Constituição Federal) deve ser respeitado, sobretudo pelas máximas do bem comum, desenvolvimento sócio econômico nacional /regional/municipal/ distrital, além da manutenção da ordem constitucional, que foi toda construída pelo constituinte de 1988 sob as bases da soberania do Estado Federal, como vemos pelo próprio inciso I do artigo 1 redigido por aquele.

Noutro viés, pode-se também enxergar que ocorre uma deterioração dessa mesma Constituição quando os entes políticos responsáveis pela união indissolúvel da República Federativa do Brasil empreendem uma malversação das competências legislativas e regulamentares a eles atribuídas para editar atos antagônicos às regras e princípios por aquela preconizados e pelas legislações que a circundam.

Conclui-se pela salutar importância que o CADE possui na batalha contra esse abuso de poder regulatório estatal, a qual ganha reforço com a lei de liberdade econômica. E, conquanto deveras arriscado ao pacto federativo, quando se trata da pratica de condutas normativas ou fáticas que violem a ordem econômica, e, por via direta ou indireta, impeçam o crescimento da economia de mercado do país, inevitável se faz a movimentação da entidade concebida para resguardá-la.

7. Referências Bibliográficas

BADIA, Juan Fernando. **El Federalismo**. Revista de estudios políticos, n. 206, 1976, p. 39.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25/03/2021.

_____. **Lei 12.529 de 30 de Novembro de 2011**, Art. 9, incisos II, III e IV. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12529.htm. Acesso em: 25/03/2021.

_____. **Lei 13.874 de 20 de Setembro de 2019**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm. Acesso em: 25/03/2021.

_____. Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência. **Ato de Concentração Sumário nº 08012005516/2001-11**. Conselheiro Relator: Cleveland Prates Teixeira. Data do Julgamento: 29/01/2004. Disponívelem:https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBcXg6Pj2eoYmtGdxJe6o8LrZUCmTCcgv0B6JHck7GWaiD. Acesso em: 25/03/2021.

_____. **Ato de Concentração Ordinário 08012.000034/1999-90**. Ministra Relatora: Lúcia Helena Salgado e Silva. Data do Julgamento: 04/01/1999. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?0c62g277GvPsZDAxAO1tMiVcL9FcFMR5UuJ6rLqPEJuTUu08mg6wxLt0JzWxCor9mNcMYP8UAjTVP9dxRfPBceAyd36WYqmI4RFpGNXs6JGBWBJhcG-sruQ3kKSw4LSz Acesso em: 25/03/2021.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

MEIRELES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

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

NETO, José Alberto Machado. **Federalismo Fiscal em razão da manutenção da ordem econômica**. Mega Jurídico, 2020. Disponível em: https://www.megajuridico.com/federalismo-fiscal-em-razao-da-manutencao-da-ordem-economica/. Acesso em: 25/03/2021.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. **República e Federação no Brasil: traços constitucionais da organização política brasileira**. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.157.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 1.083.955**. Relator :min. Luiz fux. Data de Julgamento: 28/05/2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5287514. Acesso em: 25/03/2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR E A CONTAMINAÇÃO DE ALIMENTOS POR RESÍDUOS DE AGROTÓXICOS

FRANCULINO JOSÉ DA SILVA FILHO: Advogado graduado pelo Instituto Camillo Filho (ICF), pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Escola do Legislativo da ALEPI, pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Advocacia (ESA - OAB-PI).

LEANDRO CARDOSO LAGES

(orientador)

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo fazer uma análise do uso dos agrotóxicos no Brasil frente ao direito à informação do consumidor apontando a existência ou não de riscos e danos ao meio ambiente e a saúde do consumidor e a necessidade ou não do consumidor ser informado no rótulo do produto de que o alimento foi produzido com agrotóxico. Isso porque desde 2001 a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) realiza o Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA) onde constatou que, em média, 30% das amostras de alimentos analisadas apresentavam resíduos de agrotóxicos acima dos parâmetros estabelecidos ou continham resíduos de agrotóxicos proibidos. Diante desta problemática e pelo fato do Brasil ser um dos maiores consumidores de agrotóxicos do mundo, órgãos como o Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA) e a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), entidades como a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco) e profissionais da saúde, dentre outros, alertam para as consequências da utilização dos agrotóxicos para a saúde do consumidor. Foi abordado a importância da informação como um dos meios mais importantes que os consumidores têm para exercer a sua liberdade de adquirir ou não produtos e serviços, tendo em vista que a informação esclarece, educa, adverte e informa os consumidores das consequências e riscos do consumo, possibilitando ao consumidor fazer a sua escolha. Para tanto, adotou-se uma metodologia de pesquisa de natureza qualitativa com o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Direito à Informação do Consumidor. Agrotóxicos. Código de Defesa do Consumidor. Meio ambiente.

ABSTRACT: The goal of the present work is to analyze the usage of agrochemicals in Brazil in face of the consumer's right to information, highlighting the existence or inexistence of risk and damage to the environment and to the consumer's health. It also highlights the need, or lack of it, of informing consumers on the usage of agrochemicals in the making of aliment on its package. That is because, since 2001, the National Agency of Sanitary Surveillance (ANVISA) executes the Analysis of Agrochemical Residues in Aliments Program (PARA), which found that, in average, 30% of aliment samples presented residues of forbidden agrochemicals. Therefore, and due to the fact that Brazil is one of the biggest consumers of agrochemicals in the world, institutions such as the José Alencar Gomes da Silva National Institute of Cancer (INCA), the Oswaldo Cruz Foundation (Fiocruz), the Brazilian Association of Collective Health (Abrasco) and health practitioners, amongst others, warn the population on the consequences of the usage of agrochemicals to the consumer's health. This study will also embrace the importance of information as one of the most important means that consumers have to practice their freedom to acquire products and services or not, keeping in mind that information widens knowledge, educates, warns and informs consumers on the consequences and risks of consumption, making it possible for the consumer to make their choice. Hence, a research methodology of qualitative nature with technical procure of bibliographical research was adopted.

Keywords: Consumers' Right to Information. Agrochemicals. Consumers' Defense Code. Environment.

SUMÁRIO: 1 INTRODUÇÃO. 2 AGROTÓXICOS. 2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E NOÇÕES DE AGROTÓXICOS. 2.2 LEGISLAÇÃO VIGENTE SOBRE OS AGROTÓXICOS NO BRASIL. 2.3 QUANTIDADE E QUALIDADE DOS AGROTÓXICOS UTILIZADOS NO BRASIL. 3 RISCOS E DANOS NA UTILIZAÇÃO DE AGROTÓXICOS. 3.1 EXISTÊNCIA OU NÃO DE RISCOS E DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE POR AGROTÓXICOS. 3.2 EXISTÊNCIA OU NÃO DE RISCOS E DANOS CAUSADOS POR AGROTÓXICOS A SAÚDE DO CONSUMIDOR. 3.2.1 Reavaliação do registro de agrotóxicos. 3.2.2 Agrotóxicos proibidos em outros países que ainda têm registro e são utilizados no Brasil. 3.2.3 Casos de resíduos de agrotóxicos no sangue, na urina, no leite materno, na água para consumo humano e o Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA). 3.2.4 Segurança dos parâmetros do DL50, da IDA e do LMR. 4 O DIREITO À INFORMAÇÃO. 4.1 DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR NO CDC. 4.2 DIREITO À INFORMAÇÃO NO CDC E A PROTEÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DO CONSUMIDOR. 4.3 PROJETOS DE LEI Nº 6448/2009 E Nº 1297/2015.

4.4 SOCIEDADE DE RISCO. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. 6 REFERÊNCIAS.

INTRODUÇÃO

No final do século passado e início século XXI a sociedade passou por grandes transformações em todos os seus aspectos, principalmente no que diz respeito a produção de alimentos. No Brasil a produção agrícola, antes predominantemente familiar para o consumo próprio, dá lugar à produção em larga escala, a chamada agroindústria. Não há dúvidas de que o surgimento desse modelo de produção agrícola em larga escala trouxe grandes avanços e melhorias para a sociedade em geral, mas junto com esses avanços e melhorias vieram também polêmicas e problemas relacionados à produção agrícola, um deles é a presença de resíduos de agrotóxicos em alimentos.

O Brasil desde 2008 é um dos maiores consumidores de agrotóxicos do mundo, mesmo não sendo o maior produtor de alimentos. Tal constatação é preocupante diante da potencialidade danosa dos agrotóxicos.

É importante destacar que, em regra, a grande maioria dos consumidores de produtos agrícolas, compram tais produtos nas gôndolas dos supermercados sem saber das etapas de produção e conservação que eles percorreram até chegarem às prateleiras dos supermercados. O consumidor adquire o produto ou serviço sem ter informação de como ele foi produzido, mas em contra partida todas as informações importantes e indispensáveis ao consumidor devem constar no rótulo do produto para informar, esclarecer, advertir e dar a liberdade de escolha ao consumidor.

Dessa forma, o presente trabalho visa fazer uma análise do uso dos agrotóxicos no Brasil frente ao direito à informação do consumidor, apontando a existência ou não de riscos e danos ao meio ambiente e a saúde do consumidor, bem como a necessidade do consumidor ser informado no rótulo do produto de que ele foi produzido com agrotóxicos.

A problemática do trabalho em questão pode ser resumida da seguinte forma: diante do panorama do uso indiscriminado dos agrotóxicos no Brasil e a existência de resíduos de agrotóxicos em alimentos existe a necessidade ou não de alimentos produzidos com agrotóxicos trazerem essa informação no rótulo, tendo em vista o direito à informação do consumidor?

O objetivo geral do trabalho é fazer uma análise do uso dos agrotóxicos no Brasil e relacioná-lo com o direito à informação do consumidor. Os objetivos específicos são: analisar a legislação dos agrotóxicos no Brasil; analisar a quantidade e qualidade dos agrotóxicos utilizados no Brasil; analisar a existência ou não de riscos e danos causados ao meio ambiente e a saúde do consumidor por agrotóxicos; analisar o direito à informação do consumidor abordando os Projetos de Lei nº 6448/2009 e 1297/2015; e analisar a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

necessidade ou não de alimentos produzidos com agrotóxicos trazerem essa informação no rótulo para o consumidor.

A relevância do tema e os motivos que o justificam são a existência de discursões envolvendo a utilização dos agrotóxicos e suas consequências para o meio ambiente e a saúde do consumidor, diante de resíduos de agrotóxicos em alimentos, em que muitos consideram ser um problema de saúde pública. Recentemente o Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA), que é um órgão do Ministério da Saúde, em carta aberta à população, alertou as pessoas para o uso indiscriminado dos agrotóxicos e suas consequências para a saúde humana. No mesmo sentido do INCA, a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), por meio do Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA), a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco) dentre outras entidades e profissionais da saúde demonstram preocupação com o uso indiscriminado dos agrotóxicos.

O legislador brasileiro também demonstra preocupação na utilização indiscriminada dos agrotóxicos e o direito à informação do consumidor, tanto é que existem dois projetos de lei em tramitação na Câmara dos Deputados para regulamentar o direito à informação quando o alimento for produzido com agrotóxicos.

Diante de todo esse panorama, a academia, sendo um ambiente de discursão e produção de conhecimento, não pode ficar de fora e deixar de debater um tema tão importante que afeta toda população. Assim, a importância da pesquisa desse tema está no fato de discutir a problemática de resíduos de agrotóxicos em alimentos e o direito à informação do consumidor, produzindo conhecimento e buscando caminhos mais adequados para lidar com esse problema.

Para tanto, o presente trabalho é dividido da seguinte forma: primeiramente serão abordados alguns aspectos históricos e noções iniciais sobre os agrotóxicos. Em um segundo momento será abordado a legislação sobre os agrotóxicos no Brasil, mais especificamente a Lei nº 7.802/89 e o Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002. Posteriormente será feita a análise da quantidade e qualidade dos agrotóxicos utilizados no Brasil. Em seguida será abordada a existência ou não de riscos e danos causados ao meio ambiente e a saúde do consumidor por agrotóxicos onde serão abordadas algumas informações e dados técnicos, principalmente da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA), como a reavaliação do registro de agrotóxicos; agrotóxicos proibidos em outros países que ainda têm registro e são utilizados no Brasil; casos de resíduos de agrotóxicos no sangue, na urina, no leite materno, na água para consumo humano; o Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA); e a segurança dos parâmetros do DL50, da IDA e do LMR. Logo em seguida discorrera-se sobre o direito à informação

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

abordando o direito à informação no Código de Defesa do Consumidor e a proteção da saúde e da segurança do consumidor; os Projetos de Lei nº 6448/2009 e nº 1297/2015 e algumas considerações sobre a "sociedade de risco" para ao final tecer-se as considerações finais.

Como metodologia de pesquisa adotou-se um estudo de natureza qualitativa com o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica. Serão utilizadas como fontes da pesquisa bibliográfica a legislação, a doutrina, princípios, relatórios e artigos publicados em revistas científicas.

2 AGROTÓXICOS

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS E NOÇÕES DE AGROTÓXICOS

A indústria química, historicamente, teve seu desenvolvimento e expansão atrelada as duas grandes Guerras Mundiais. Os produtos químicos produzidos nessa época eram utilizados como arma química para destruir as plantações dos inimigos dentre outras aplicações. No período pós-guerra a indústria química procurou outras aplicações para os seus produtos migrando, assim para a produção agrícola.68

Nesse sentido, Bárbara Geremia69, em sua dissertação de Mestrado, esclarece que:

> Os estudos científicos e investimentos voltados ao desenvolvimento de produtos químicos ganharam força na Segunda Guerra Mundial, pois eram utilizados como arma para destruir, por via aérea, as colheitas dos inimigos. Desde então, uma variedade de fórmulas foram desenvolvidas pela indústria química, as quais até hoje são difundidas no mercado mundial como insumos para a agricultura moderna.

No pós-guerra a indústria química, com a produção dos agrotóxicos, foi uma das responsáveis pela chamada "Revolução Verde" em meados de 1950. Desde então a variedade e o consumo de agrotóxicos na produção agrícola só aumentou em todo o

68 LONDRES, Flavia. Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011, p. 17.

69 GEREMIA, Bárbara, Agrotóxicos: o emprego indiscriminado de produtos químicos no ambiente de trabalho rural e a responsabilização por danos à saúde, 2011, p. 12. Disponível em:< https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/600/Dissertacao%20Barbara%20Geremia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 fev. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

mundo. No Brasil essa introdução dos agrotóxicos fica mais evidente com os incentivos do governo para a agricultura e para a instalação de indústrias de agrotóxicos no país. Nesse sentido, Flavia Londres70 esclarece que:

> Neste processo, teve papel central a criação, em 1965, do Sistema Nacional de Crédito Rural, que vinculava a obtenção de crédito agrícola à obrigatoriedade da compra de insumos químicos pelos agricultores. Outro elemento chave foi criação, em 1975, do Programa Nacional de Defensivos Agrícolas, no âmbito do II Plano Nacional de Desenvolvimento (PND), que proporcionou recursos financeiros para a criação de empresas nacionais e a instalação no país de subsidiárias de empresas transnacionais de insumos agrícolas.

Percebe-se que o Estado teve e tem uma participação direta no desenvolvimento da indústria dos agrotóxicos concedendo incentivos. Feito essa pequena introdução dos aspectos históricos dos agrotóxicos, passa-se agora ao seu conceito.

De forma simples e objetiva os agrotóxicos podem ser conceituados como sendo "[...] toxinas utilizadas para matar, controlar ou afastar organismos indesejados na lavoura [...]."71 Podem ser conceituados ainda como sendo"[...] produtos químicos utilizados na agricultura, com o objetivo de combater pragas e organismos patógenos que possam comprometer a produção agrícola [...]."72

Embora o termo agrotóxico seja o mais utilizado no Brasil para designar essas substâncias químicas, Frederico Peres73 ensina que:

> Agrotóxicos, defensivos agrícolas, pesticidas, praguicidas, remédios de planta, veneno. Essas são algumas das inúmeras denominações relacionadas a um grupo de substâncias químicas utilizadas no controle de pragas (animais e vegetais) e doenças de plantas [...]. Tão

70 LONDRES, Flavia. Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011, p. 17.

71 VAZ, Paulo Afonso Brum. O Direito Ambiental e os agrotóxicos: responsabilidade civil, penal e administrativa. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006, p. 22.

72 BOHNER, Tanny Oliveira Lima; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso; NISHIJIMA, Toshio. O impacto ambiental do uso de agrotóxicos no meio ambiente e na saúde dos trabalhadores rurais. Rio Grande do Sul. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, vol. 8, 2013. Disponível em:< http://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/8280/4993#.V3Bf_qjIaWE>. Acesso em: 26 jun. 2016.

73 PERES, Frederico; MOREIRA, Josino Costa (orgs.). É veneno ou é remédio? agrotóxicos, saúde e ambiente. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003, p. 21.

> extensa quanto a lista de efeitos nocivos dos agrotóxicos à saúde humana é a discussão sobre a nomenclatura correta dessa gama de produtos, a qual, de acordo com os interesses de grupo (ou grupos) envolvido(s), pode dar-lhes conotações muitas vezes opostas ao sentido real.

Do trecho transcrito acima percebe-se que esses produtos químicos podem receber várias denominações e que a depender destas podem assumir outros sentidos diferentes do sentido mais adequado. Já a legislação Brasileira que disciplina os agrotóxicos, Lei nº 7.802/89, os define no art. 2º, I, "a", da seguinte forma:

> Art. 2º Para os efeitos desta Lei, consideram-se:
>
> I - agrotóxicos e afins:
>
> a) os produtos e os agentes de processos físicos, químicos ou biológicos, destinados ao uso nos setores de produção, no armazenamento e beneficiamento de produtos agrícolas, nas pastagens, na proteção de florestas, nativas ou implantadas, e de outros ecossistemas e também de ambientes urbanos, hídricos e industriais, cuja finalidade seja alterar a composição da flora ou da fauna, a fim de preservá-las da ação danosa de seres vivos considerados nocivos;[74]

Percebe-se que a Lei nº 7.802/89 (Lei dos agrotóxicos) adota um conceito bastante amplo para definir o que são essas substâncias. Feita essa introdução dos aspectos históricos dos agrotóxicos e seu conceito, passa-se agora a analisar a legislação que disciplina esse tema.

2.2 LEGISLAÇÃO VIGENTE SOBRE OS AGROTÓXICOS NO BRASIL

Quando o tema é legislação sobre os agrotóxicos, no âmbito federal, destaca-se a Lei nº 7.802/89 e o Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002 no qual a primeira disciplina os agrotóxicos e o segundo regulamenta a primeira. Mas, antes de adentrar na análise dessas duas legislações, para melhor entender o regramento dos agrotóxicos no Brasil, será abordado alguns dispositivos pertinentes da Constituição Federal de 1988 para

74 BRASIL. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre os agrotóxicos. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm >. Acesso em: 13 mar. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

verificar a competência legislativa de cada ente federado para tratar de agrotóxicos, como se ver a seguir.

Inicialmente estabelece o art. 125, § 1º, V, da Constituição Federal de 1988, que para garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, compete ao poder público "controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente."75

Nessa mesma perspectiva de proteção ao meio ambiente, tratando de competência comum dos entes federados, estabelece o art. 23, VI e VII, da Constituição Federal de 1988, que é competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente, combater a poluição em qualquer de suas formas, preservar as florestas, a fauna e a flora.

Com o amparo constitucional, a Lei nº 7.802/89, em seus artigos 9º, 10 e 11 divide a competência legislativa, em relação aos agrotóxicos, da seguinte forma:

> Art. 9º No exercício de sua competência, a União adotará as seguintes providências:
>
> I - legislar sobre a produção, registro, comércio interestadual, exportação, importação, transporte, classificação e controle tecnológico e toxicológico;
>
> II - controlar e fiscalizar os estabelecimentos de produção, importação e exportação;
>
> III - analisar os produtos agrotóxicos, seus componentes e afins, nacionais e importados;
>
> IV - controlar e fiscalizar a produção, a exportação e a importação.
>
> Art. 10. Compete aos Estados e ao Distrito Federal, nos termos dos arts. 23 e 24 da Constituição Federal, legislar sobre o uso, a produção, o consumo, o comércio e o armazenamento dos agrotóxicos, seus componentes e afins, bem como fiscalizar o uso, o consumo, o comércio, o armazenamento e o transporte interno.

75 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.

> Art. 11. Cabe ao Município legislar supletivamente sobre o uso e o armazenamento dos agrotóxicos, seus componentes e afins.76

Da leitura do texto legal acima, percebe-se que a União tem competência legislativa ampla para disciplinar os agrotóxicos e os Estados e o Distrito Federal uma competência mais restrita, ficando os Municípios com a competência legislativa supletiva para disciplinar o uso e o armazenamento de agrotóxicos.

O importante a ser destacado aqui é a competência legislativa que todos os entes federados têm para legislar sobre agrotóxicos, dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e pela Lei nº 7.802/89.

Feitas essas considerações a respeito da competência legislativa sobre o tema, passa-se a analisar agora os pontos mais relevantes da Lei nº 7.802/89 e o Decreto nº 4.074/02. Primeiramente, o art. 1º, da Lei nº 7.802/89, dispõem que:

> Art. 1º A pesquisa, a experimentação, a produção, a embalagem e rotulagem, o transporte, o armazenamento, a comercialização, a propaganda comercial, a utilização, a importação, a exportação, o destino final dos resíduos e embalagens, o registro, a classificação, o controle, a inspeção e a fiscalização de agrotóxicos, seus componentes e afins, serão regidos por esta Lei.

Percebe-se, pela leitura deste artigo, que os principais pontos da temática dos agrotóxicos são todos disciplinados por esta Lei. Logo em seguida, no art. 2º da Lei, tem-se o conceito legal de agrotóxicos que já foi abordado anteriormente, mas destaca-se que vários dos termos utilizados na Lei nº 7.802/89 são definidos pelo Decreto nº 4.074/02 em seu art. 1º.77

O art. 3º, da Lei nº 7.802/89, estabelece que os agrotóxicos só poderão ser produzidos, exportados, importados, comercializados e utilizados, se previamente registrados em órgão federal competente. Regulamentando o referido artigo, o Decreto nº 4.074/02, em seu art. 2º, afirma ser de competência do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), do Ministério da Saúde e do Ministério Meio Ambiente, no âmbito de suas respectivas áreas, o registro de agrotóxicos, dentre várias outras

76 BRASIL. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre os agrotóxicos. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm >. Acesso em: 13 mar. 2016.

77 BRASIL. Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002. Regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

competências estabelecidas pelo decreto. Os procedimentos e as formas de registros são regulamentados pelos art. 8º ao art. 42, do Decreto nº 4.074/02. Um ponto importante a ser destacado aqui é a multidisciplinariedade que envolve os agrotóxicos tendo procedimentos de registro em três Ministérios.

O art. 5º, da Lei nº 7.802/89, traz os legitimados para requerer o cancelamento ou a impugnação do registro de agrotóxicos e afins, quando estes causarem danos ao meio ambiente e a saúde humana. E os arts. 32 ao 36, do Decreto nº 4.074/02, regulamenta o procedimento para requerer o cancelamento e a impugnação do registro de agrotóxicos.

Os arts. 6º e 7º, da Lei nº 7.802/89, estabelecem, respectivamente, os requisitos que as embalagens de agrotóxicos devem obedecer e as informações que devem conter nessas embalagens. Os arts. 43 ao 60, do Decreto nº 4.074/02, regulamentam os arts. 6º e 7º, da Lei nº 7.802/89, além de estabelecerem procedimentos para a destinação final de sobras e de embalagens de agrotóxicos.

O art. 8º, da Lei nº 7.802/89, estabelece que a propaganda comercial de agrotóxicos, conterá advertência sobre os riscos do produto à saúde do homem e ao meio ambiente. O art. 61, do Decreto nº 4.074/02, que regulamenta o art. 8º, da Lei nº 7.802/89, dispõem que "será aplicado o disposto na Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996, e no Decreto nº 2.018, de 1º de outubro de 1996, para a propaganda comercial de agrotóxicos, seus componentes e afins."78

O art. 1º, da Lei nº 9.294/96, estabelece que "o uso e a propaganda de produtos fumígeros, derivados ou não do tabaco, de bebidas alcoólicas, de medicamentos, terapias e de defensivos agrícolas estão sujeitos às restrições e condições estabelecidas por esta Lei, nos termos do § 4° do art. 220 da Constituição Federal."79

O art. 8º, da Lei nº 9.294/96, estabelece que:

> A propaganda de defensivos agrícolas que contenham produtos de efeito tóxico, mediato ou imediato, para o ser humano, deverá restringir-se a programas e publicações dirigidas aos agricultores e pecuaristas, contendo completa explicação sobre a sua aplicação, precauções no emprego, consumo ou utilização, segundo o que dispuser o órgão competente do Ministério da Agricultura e do

78 BRASIL. Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002. Regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

79 BRASIL. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

> Abastecimento, sem prejuízo das normas estabelecidas pelo Ministério da Saúde ou outro órgão do Sistema Único de Saúde.80

Outro ponto importante da Lei nº 7.802/89 é o art. 13 que estabelece que a "venda de agrotóxicos e afins aos usuários será feita através de receituário próprio, prescrito por profissionais legalmente habilitados [...]."81 E os arts. 64 ao 67, do Decreto nº 4.074/02, regulamenta esse artigo.

O art. 14, da Lei nº 7.802/89, estabelece as responsabilidades administrativa, civil e penal pelos danos causados à saúde das pessoas e ao meio ambiente por agrotóxicos. A Lei nº 7.802/89 estabelece ainda a fiscalização e controle no registro, produção, comercialização e aplicação dos agrotóxicos, além de trazer infrações administrativas e penais.

De modo geral, a legislação sobre os agrotóxicos apresentada acima, do ponto de vista normativo, disciplina bem o tema. Passa-se agora a analisar quantidade e qualidade dos agrotóxicos utilizados no Brasil.

2.3 QUANTIDADE E QUALIDADE DOS AGROTÓXICOS UTILIZADOS NO BRASIL

Segundo dados do IBAMA, em 2008, "o Brasil assumiu o posto de maior mercado consumidor de agrotóxicos do mundo,"82 essa realidade pode ser explicada por alguns fatores: primeiro, pelo fato do Brasil ser um dos maiores produtores agrícola do mundo; segundo pelo próprio incentivo do Estado que cria planos de desenvolvimento que incentivam a utilização dos agrotóxicos e concede isenção ou redução de tributos (IPI, PIS/PASEP, COFINS e ICMS) sobre agrotóxicos; terceiro pela utilização em grande escala de plantação de transgênicos cuja principal característica geneticamente modificada é ser

80 BRASIL. Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

81 BRASIL. Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Dispõe sobre os agrotóxicos. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm >. Acesso em: 13 mar. 2016.

82 INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Produtos agrotóxicos e afins comercializados em 2009 no Brasil: uma abordagem ambiental. Brasília: Ibama, 2010, p. 17. Disponível em:< http://www.ibama.gov.br/phocadownload/Qualidade_Ambiental/produtos_agrotoxicos_comercializados_brasil_2009.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

resististe aos agrotóxicos; quarto pela falta de fiscalização na utilização dos agrotóxicos; e quinto pela falta de conscientização do produtor rural.83

Atualmente, segundo o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA)84, o Brasil é um dos maiores consumidores de agrotóxicos do mundo. No ano de 2000, o Brasil consumiu 162.461,958 (cento e sessenta e duas mil quatrocentos e sessenta e um toneladas e novecentos e cinquenta e oito quilos) de agrotóxicos (ingrediente ativo), já no ano de 2014 foram 508.556,84 (quinhentos e oito mil quinhentos e cinquenta e seis toneladas e oitenta e quatro quilos) de agrotóxicos (ingrediente ativo). Isso representa um aumento de aproximadamente 213% (duzentos e treze por cento) no consumo de agrotóxicos na produção agrícola brasileira entre os anos de 2000 a 2014. Em termos financeiros o mercado dos agrotóxicos movimentou cerca de US$ 12.24985 (doze bilhões e duzentos e quarenta e nove milhões de dólares) no Brasil em 2014.

Ressalta-se que o consumo de agrotóxicos no Brasil deve ser 20% (vinte por cento) maior do que os números apontados acima, isso por que, segundo o Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para Defesa Vegetal (Sindiveg)86, cerca de 20% (vinte por cento) de todo o agrotóxico consumido no Brasil entra de forma ilegal no país.

Demonstrado, de forma resumida, a quantidade de agrotóxicos utilizados no país segue-se agora a uma breve análise da qualidade dos agrotóxicos utilizados nas lavouras brasileiras.

Primeiramente temos a classificação dos agrotóxicos realizada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), quanto a sua toxidade para a saúde humana, divididos em quatro graus que é representado por uma cor no rótulo do produto da seguinte forma: classe I - extremamente tóxica (faixa vermelha); classe II - altamente tóxica

83 LONDRES, Flavia. Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. – Rio de Janeiro: Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011, p. 30.

84 INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Relatórios de Comercialização de Agrotóxicos - Boletim Anual de Produção, Importação, Exportação e Vendas de Agrotóxicos no Brasil. Disponível em:< http://www.ibama.gov.br/areas-tematicas-qa/relatorios-de-comercializacao-de-agrotoxicos/pagina-3>. Acesso em: 03 jul. 2016.

85 Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Brasil). Estatísticas e dados básicos de economia agrícola: 2016. Disponível em:< http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/Pasta%20de%20Junho%20-%202016(1).pdf>. Acesso em: 03 jul. 2016.

86 SINDICATO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA DEFESA VEGETAL (Brasil). Balanço 2015. Disponível em:< http://www.sindiveg.org.br/docs/balanco-2015.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

(faixa amarela); classe III - medianamente tóxica (faixa azul); e classe IV - pouco tóxica (faixa verde).87

Comentando essa classificação dos agrotóxicos, Maria José Guazzelli88 esclarece que:

> Quanto à toxicidade, a classificação foi estabelecida em função dos efeitos agudos que eles podem provocar na saúde das pessoas, ou seja, aqueles que aparecem imediatamente ou algumas horas após a exposição a doses elevadas do produto. [...] Essa classificação toxicológica dos agrotóxicos é feita com base em estudos de laboratório, onde ratos ou outros animais são expostos a concentrações crescentes de um determinado produto. São medidas as contaminações por via oral (boca), pela pele e pela inalação (através do nariz). Estes estudos determinam a Dose Letal (DL50), ou seja, quantos miligramas do produto tóxico por quilo de peso corporal são necessários para matar 50% das cobaias expostas durante um período predeterminado de tempo.

Percebe-se da leitura do trecho acima que à avaliação da toxidade do agrotóxico para a saúde humana, em um primeiro momento, só leva em consideração os efeitos agudos sem considerar os em efeitos em longo prazo, efeitos crônicos.

Em relação aos riscos e danos ao meio ambiente, os agrotóxicos são classificados pelo IBAMA em quatro categorias também da seguinte forma: classe I - produto altamente perigoso; classe II - produto muito perigoso; classe III - produto perigoso; e classe IV - produto pouco perigoso. Segundo Rafaela Maciel Rebelo (org.)89:

> A Avaliação do Potencial de Periculosidade Ambiental, conduzida pelo Ibama, se baseia nas características do produto como as

87 Ibid., p. 20.

88 GUAZZELLI, Maria José; SPERB, Miriam (orgs.). Agrotóxicos: guerra química contra a saúde e o meio ambiente. Disponível em:<http://www.centroecologico.org.br/cartilhas/Agrotoxicos.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2016.

89 INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS. Produtos agrotóxicos e afins comercializados em 2009 no Brasil: uma abordagem ambiental. Brasília: Ibama, 2010. p. 24. Disponível em:< http://www.ibama.gov.br/phocadownload/Qualidade_Ambiental/produtos_agrotoxicos_comercializados_brasil_2009.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> propriedades físico-químicas e sua toxicidade para os variados organismos encontrados na natureza; quanto o produto se acumula em tecidos vivos; se persiste por muito tempo no ambiente; e se consegue se deslocar (solo, ar ou água). Ainda são analisados os perigos de causar mutações, câncer, más-formações em fetos ou embriões, e se podem colocar em risco a reprodução de aves e de mamíferos. Para efeito de classificação quanto ao potencial de periculosidade ambiental de um agrotóxico, seus componentes e afins, são atribuídas 19 características individuais, entre as citadas, que resultarão na classificação final do produto [...].

Da leitura do trecho acima fica evidente que à avaliação da periculosidade dos agrotóxicos para o meio ambiente engloba outros aspectos (variáveis) que não são abordados para definir o grau de toxidade do agrotóxico para a saúde humana.

Além dessas duas classificações realizadas pela ANVISA e pelo IBAMA apresentadas acima, outras situações fáticas demonstram à qualidade dos agrotóxicos utilizados no Brasil. A primeira delas é o processo de reavaliação toxicológica dos agrotóxicos realizado pela ANVISA, esse processo tem como objetivo reavaliar a toxidade do agrotóxico para a saúde humana e verificar a necessidade de cancelar ou não o seu registro, proibindo assim, se for o caso de cancelamento do registro, o seu uso no Brasil. Desde 2006 a ANVISA já concluiu a reavaliação toxicológica de 13 agrotóxicos, sendo que 10 deles foram proibidos (o registro foi cancelado) e os outros 3 o registro foi mantido com restrições.90 Isso demonstra que 100% dos agrotóxicos comercializados no Brasil que foram reavaliados pela ANVISA representam riscos a saúde humana e por isso foram proibidos ou tiveram sua utilização restringida.

Uma segunda situação indicativa da qualidade dos agrotóxicos utilizados no Brasil é a existência de muitos agrotóxicos banidos na União Europeia e em outros países que ainda são permitidos no Brasil. Ressalte-se que esses agrotóxicos foram banidos da União Europeia pelo fato de provocarem danos ao meio ambiente e a saúde humana.91

90 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Reavaliação de agrotóxicos. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/agrotoxicos/produtos/reavaliacao-de-agrotoxicos>. Acesso em: 06 jul. 2016.

91 MARIA, Adriana Matos de. Dispositivos legais de registro e controle do uso de agrotóxicos no Brasil: um estudo de caso no Estado do Tocantins. - Manaus: UFAM, 2009, p. 67-72. Disponível em:< http://www.ppgcasa.ufam.edu.br/pdf/dissertacoes/2009/Adriana%20Matos.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A terceira situação indicativa da qualidade dos agrotóxicos é a constatação do Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para Defesa Vegetal (Sindiveg)92 de que cerca de 20% (vinte por cento) de todo o agrotóxico consumido no Brasil entra de forma ilegal no país. Esse fato relava duas situações preocupantes relatadas pela ANVISA, à constatação de agrotóxicos em alimentos que não têm registro no Brasil e até mesmo os que já foram proibidos no país.93

Feitas essas considerações a respeito da quantidade e qualidade dos agrotóxicos utilizados no Brasil, passa-se agora a verificar a existência ou não de riscos e danos causados por agrotóxicos ao meio ambiente e à saúde do consumidor.

3 RISCOS E DANOS NA UTILIZAÇÃO DE AGROTÓXICOS

3.1 EXISTÊNCIA OU NÃO DE RISCOS E DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE POR AGROTÓXICOS

Inicialmente destaca-se a importância da abordagem do tema da existência ou não de riscos e danos causados ao meio ambiente por agrotóxicos tendo em vista que as problemáticas ambientais são um dos temas mais relevantes e debatidos do século XXI, sabe-se que o consumidor, na sociedade de consumo em massa, tem um papel fundamental nas questões ambientais.

A Lei nº 6.938/1981 que instituiu a política nacional do meio ambiente, em seu art. 3º, I, definiu meio ambiente como sendo "o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas". 94 Percebe-se que o conceito legal de meio ambiente é bastante amplo e complexo.

92 SINDICATO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA DEFESA VEGETAL (Brasil). Balanço 2015. Disponível em:< http://www.sindiveg.org.br/docs/balanco-2015.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2016.

93 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA). Brasília-DF, 2013. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/446359/Programa+de+An%C3%A1lise+de+Res%C3%ADduos+de+Agrot%C3%B3xicos+-+Relat%C3%B3rio+2011+e+2012+%281%C2%BA+etapa%29/d5e91ef0-4235-4872-b180-99610507d8d5> Acesso em: 11 mar. 2016.

94 BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Dito isso, nesse subtópico, para ser mais didático, enfatiza-se os principais elementos que formam o meio ambiente como o ar, o solo, a água, a fauna e a flora, sob a perspectiva da existência ou não de riscos e danos ao meio ambiente provocados por agrotóxicos.

Antes de adentrar na análise desses elementos que compõem o meio ambiente, é de suma importância destacar que os agrotóxicos, em sua grande maioria, são produtos químicos não biodegradáveis, isso quer dizer que quando lançadas no meio ambiente os organismos vivos não conseguem fazer a decomposição das substâncias químicas e por isso vão se acumulando ao longo da cadeia alimentar contaminando até mesmo o ser humano (fenômeno conhecido como bioacumulação). [95]

Feito essas considerações, o primeiro desses elementos que compõem o meio ambiente a ser analisado é o ar. Pelo fato dos agrotóxicos serem aplicados por meio de pulverização, seja ela manual, por tratores ou aeronaves, ocorre o fenômeno chamado de "deriva técnica" que é porcentagem de agrotóxico que não atinge a sua finalidade na aplicação e vai para o ar, solo e água. Segundo Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira96, em média, 19% (dezenove por cento) do agrotóxico aplicado nas plantações vai para o ar, por conta do vento e da evaporação. Essas pequenas partículas de agrotóxicos que ficam suspensas no ar podem viajar por quilômetros contaminando o meio ambiente.

O segundo elemento a ser analisado é a contaminação do solo. Segundo Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira97, cerca de 49% (quarenta e nove por cento) do agrotóxico aplicado nas plantações vai para o solo. Por conta disso termina exterminando várias formas de vidas benéficas para as plantações deixando o solo pobre de nutrientes. Nesse sentido, Aldemir Chaim 98 explica que:

> A contaminação do solo tem provocado grandes variações nas populações de organismos não-alvo, principalmente aqueles que degradam a matéria orgânica e melhoram a fertilidade. Muitas vezes,

95 CARDOSO, Mayara. Magnificação Biológica. Disponível em:<http://www.infoescola.com/ecologia/magnificacao-biologica/> Acesso em: 21 abr. 2016.

96 FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. A pulverização aérea de agrotóxicos no Brasil: cenário atual e desafios. Revista de Direito sanitário. São Paulo v.15 n.3, p. 18-45, nov. 2014/fev. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/97324/96336>. Acesso em: 28 jul. 2016.

97 Ibid., p. 25.

98 CHAIM, Aldemir. Tecnologia de aplicação de agrotóxicos: fatores que afetam a eficiência e o impacto ambiental. In: SILVA, Célia Maria Maganhotto de Souza; FAY, Elisabeth Francisconi (Orgs.). Agrotóxicos e ambiente. Brasília: Embrapa; 2004, p. 294. Disponível em: < https://www.agencia.cnptia.embrapa.br/Repositorio/Chaim_AgrotoxicoAmbiente_000fgp2794702wyiv8020uvkp2st4aal.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2016.

> essas perdas são responsáveis por desequilíbrios favoráveis ao aparecimento de novas pragas e doenças. O solo contaminado pode ser levado pelas águas da chuva para rios, açudes e lagos, colocando em risco não só aquelas populações que vivem nesses sistemas, mas também as espécies que utilizam essa água para sua sobrevivência, como os animais e o próprio homem.

A contaminação do solo por agrotóxicos acaba exterminando tanto os organismos ("pragas") alvo do veneno como também outros organismos que não são alvos. Esses organismos que não alvos dos agrotóxicos são benéficos para o solo e para as plantações.

Patric Vinicius Silva Gomes et al.99 esclarece ainda que:

> Com base nos estudos que foram desenvolvidos, expõe-se que o uso de agrotóxicos quando analisado em curta escala, proporciona benefícios para a produtividade. Entretanto com o passar das colheitas o solo vai sendo degradado e diminui a sua oferta de nutrientes para as culturas. Os compostos usados como agrotóxicos, possuem substâncias com altas concentrações que causam danos a todo ecossistema que circunda o terreno e configura uma nova caracterização para o solo, diferente daquela original.

Em síntese, a contaminação do solo termina por modificar as suas propriedades e eliminando formas de vida que seriam benéficas para as plantações, ocasionando assim um desequilíbrio, o que demanda a utilização de mais fertilizantes e agrotóxicos em um ciclo vicioso.

Em terceiro lugar termos a contaminação das águas por agrotóxicos. Embora estes produtos químicos não sejam lançados diretamente sobre as águas, estas substâncias chegam os rios, aos lagos e nas águas subterrâneas através da ação da chuva, do vento e pelo descarte irregular de embalagens e de restos de agrotóxicos. Muitas vezes a contaminação das águas por agrotóxicos está presente até mesmo na água "potável" para consumo humano. Nesse sentido Flávia Londres alerta que:

> Pesquisadores da Universidade Federal do Ceará investigaram em 2009 a presença de agrotóxicos na água na região da Chapada do

99 GOMES, Patric Vinicius Silva et al. Poluição do solo causada pelo uso excessivo de agrotóxicos e fertilizantes – zona rural, Viçosa - MG. Disponível em: < http://www.cbcn.org.br/simposio/2010/palestras/agrotoxicos.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Apodi. Foram coletadas 24 amostras em torneiras e caixas d'água públicas e residenciais, nos canais que abastecem as comunidades e em poços profundos. As amostras foram encaminhadas para análise em um laboratório da Universidade Federal de Minas Gerais. Em todas as amostras foi detectada a presença de venenos. Somente nas caixas d'água públicas, em que a água já estava armazenada para ser canalizada para as residências, foram encontrados pelo menos 5 venenos diferentes. Em uma delas havia 8 tipos de agrotóxico. Em alguns pontos de coleta foram detectados mais de 12 agrotóxicos diferentes na mesma amostra de água!100

O relato acima é alarmante uma vez que trata da contaminação de água que já estava pronta para consumo humano. Como dito acima, até mesmo as águas subterrâneas a mais de 100 (cem) metros de profundidade estão contaminadas por agrotóxicos.

> Entre estes 73 poços monitorados, a Companhia escolheu dez para coletar amostras para análise de resíduos de agrotóxicos. E encontrou venenos agrícolas em 6 deles (justamente os venenos usados na produção de banana e abacaxi). Este fato é incrivelmente alarmante, considerando-se a extensão do aquífero e o volume de água nele contido. São águas que estão a mais de cem metros abaixo da terra e que já estão contaminadas!101

Vale ressaltar que a contaminação das águas por agrotóxicos termina por contaminar todos os seres vivos que dependem e que estão em contato com ela, contaminando assim toda a cadeia alimentar. Demonstrado a contaminação do ar, do solo e da água, passa-se agora a analisar a contaminação da fauna e da flora.

A principal finalidade do agrotóxico é eliminar as "pragas" (vida animal ou vegetal indesejadas e prejudicial para as plantações). Até aí tudo bem, mas, por diversas razões, as substâncias químicas dos agrotóxicos que não são biodegradáveis, portanto acumulam-se nos organismos, atingem quase todas as formas de vida (fauna e flora). Onde os agrotóxicos são aplicados ocorre à contaminação ou até mesmo a morte de diversas formas de vida, provocando assim um desiquilíbrio no meio ambiente.

Para exemplificar como os agrotóxicos terminam contaminando e prejudicando a fauna e a flora, cita-se a ocorrência do desaparecimento das abelhas, tendo como uma das

100 LONDRES, Flavia. Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011, p. 65.

101 Ibid., p. 66.

causas à utilização dos agrotóxicos. Destacando a importância das abelhas na polinização para o meio ambiente, Maria Cecília de Lima e Sá de Alencar Rocha102 explicam que:

> A polinização é um dos processos-chave oferecidos pela biogeocenose. É por meio dela que se estabelece a produtividade das plantas e dos animais em quase todos os ecossistemas terrestres (NABHAN; BUCHMANN, 1996). É um processo que envolve a transferência do grão de pólen da antera para o estigma, no caso das angiospermas (BRIGS, 1997), ou diretamente para o óvulo, no caso das gimnospermas, sendo considerada essencial para a reprodução sexuada das plantas e, na sua ausência, a manutenção da variabilidade genética entre os vegetais não ocorre.

A polinização é fundamental para a manutenção e equilíbrio da vida no meio ambiente e as abelhas são as principais polinizadoras. Na mesma linha de raciocínio, Fabiana Oliveira da Silva et al.103 esclarece que:

> As abelhas são consideradas os polinizadores mais importantes que conhecemos, e muitas culturas importantes dependem delas para formar frutos e sementes [...]. Mesmo em cultivos não totalmente dependentes de polinizadores, como o café, as abelhas podem contribuir para o aumento da produtividade e melhorar a qualidade dos frutos.

Do trecho citado acima percebe-se a importância de se manter o equilíbrio ambiental e como o desequilíbrio de uma única espécie pode afetar todo o meio ambiente.

Nesse ponto, discorrendo a respeito da problemática dos agrotóxicos em relação às abelhas, Maria Cecília de Lima e Sá de Alencar Rocha104 destacam que:

> Além dos efeitos de toxicidade aguda que levam à morte das abelhas, os inseticidas podem também provocar alterações comportamentais nos indivíduos, que, ao longo do tempo, acarretarão sérios prejuízos

102 LIMA, Maria Cecília de; ROCHA, Sá de Alencar. Efeitos dos agrotóxicos sobre as abelhas silvestres no Brasil: proposta metodológica de acompanhamento. Brasília: Ibama, 2012, p. 15.

103 SILVA, Fabiana Oliveira da et al. Agrotóxicos e polinizadores: isso combina? Rio de Janeiro: Funbio, 2014, p. 16.

104 LIMA, Maria Cecília de; ROCHA, Sá de Alencar. Efeitos dos agrotóxicos sobre as abelhas silvestres no Brasil: proposta metodológica de acompanhamento. Brasília: Ibama, 2012, p. 18.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> na manutenção da colônia (MALASPINA et al., 2008). Segundo Medrzychi et al. (2003), em algumas circunstâncias, o efeito de inseticidas nas abelhas não pode ser imediatamente notado, sendo necessárias avaliações empregando doses subletais, para que seja possível observar sua influência na sobrevivência, na fisiologia e no comportamento.

No mesmo sentido, Fabiana Oliveira da Silva et al.105 explica que:

> Diversos estudos apontam a contaminação do ambiente por agrotóxicos como sendo uma das principais causas do sumiço das abelhas, que vem acontecendo em todo o mundo, inclusive no Brasil. As abelhas ficam expostas aos agrotóxicos, principalmente durante o voo, e é nesse momento que podem se contaminar através da ingestão, inalação ou contato com o produto, que pode estar presente no ar, nas flores ou na água.

Embora os agrotóxicos sejam aplicados para matar determinadas "pragas" (insetos ou plantas), ele termina por exterminar quase todas as formas vida onde são aplicados, ou seja, o agrotóxico não mata apenas as "pragas", mas também outras formas de vida de suma importância para a manutenção e equilíbrio do meio ambiente, como é o caso das abelhas. Nesse sentido, Fabiana Oliveira da Silva et al.106, esclarece que:

> Apesar de serem fabricados para combater "pragas" e "ervas daninhas", os agrotóxicos podem intoxicar outros seres vivos, podendo matar organismos que são considerados benéficos para o meio ambiente e para o cultivo. Através da deriva, que acontece quando o vento leva as partículas dos produtos para áreas mais distantes, atingindo rios e florestas, todo o meio ambiente pode se contaminar. Com isso, os polinizadores, também podem sofrer sérios danos devido à exposição ao néctar e ao pólen contaminados.

Certo é que os agrotóxicos não selecionam os organismos que pretendem eliminar, exterminando assim formas de vida que são benéficas para as plantações e para o meio ambiente.

Outro problema da contaminação por agrotóxicos, não menos importante, é o aumento da resistência de algumas "pragas" a estes produtos. Estudos tem demonstrado

105 SILVA, Fabiana Oliveira da et al. Agrotóxicos e polinizadores: isso combina? Rio de Janeiro: Funbio, 2014, p. 17.

106 Ibid., p.15.

que com o tempo algumas "pragas" desenvolvem resistência a determinados agrotóxicos o que termina por aumentar a quantidade e a variedade de agrotóxicos utilizados para exterminar as "pragas" que ganharam resistência, gerando assim um ciclo vicioso na utilização de agrotóxicos. Nesse sentido, Flavia Londres107 esclarece que:

> É preciso observar, no entanto, a ineficiência deste modelo de produção. Mesmo com uso tão intensivo de venenos, as chamadas pragas agrícolas conseguem desenvolver mecanismos para persistir nos campos. [...] Isso se dá porque as pragas agrícolas possuem a capacidade de desenvolver resistência aos venenos aplicados: com o tempo, os agrotóxicos vão perdendo eficácia e levando os agricultores a aumentar as doses aplicadas e/ou recorrer a novos produtos. A indústria está sempre trabalhando no desenvolvimento de novas moléculas, que são anunciadas como "a solução" para o controle das pragas, doenças ou plantas invasoras, que com o tempo serão substituídas por outras novas, e assim infinitamente. Trata-se de um círculo vicioso do qual o agricultor não consegue se libertar.

Do trecho citado acima fica evidente que muitas vezes os organismos que eram para ser eliminados acabam ganhando resistência aos agrotóxicos, criando assim um ciclo que demanda cada vez mais uma maior variedade e quantidade de agrotóxico a ser utilizado.

Em um apanhado geral, afirma-se que a ocorrência da contaminação do ar, do solo, das águas, da fauna e da flora por agrotóxicos vem acarretando riscos e danos ao meio ambiente. Mas vale ressaltar que o objetivo do presente trabalho não é discutir sobre a utilização ou não dos agrotóxicos e sim sobre o direito a informação do consumidor a ser informado a respeito dos riscos e danos causados por esses produtos.

Diante desses danos e riscos que os agrotóxicos representam para o meio ambiente e sobre a ótica do direito a informação, o consumidor não deveria ser informado para poder fazer sua escolha de forma livre e consciente?

3.2 EXISTÊNCIA OU NÃO DE RISCOS E DANOS CAUSADOS POR AGROTÓXICOS A SAÚDE DO CONSUMIDOR

107 LONDRES, Flavia. Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011, p. 20 e 21.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Feita a análise dos riscos e danos que os agrotóxicos representam para o meio ambiente, passa-se agora a analisar esses aspectos na perspectiva da saúde do consumidor. Primeiramente, antes de adentrar nessa análise, será de suma importância trazer alguns esclarecimentos a respeito de determinados termos técnicos sobre os agrotóxicos, para uma melhor compreensão do tema.

Como visto anteriormente, um agrotóxico para ser utilizado no Brasil precisa passar por uma aprovação do registro por três Ministérios, o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), pelo Ministério da Saúde e pelo Ministério do Meio Ambiente. O Ministério da Saúde, por meio de sua Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), faz a avaliação dos agrotóxicos quanto a sua toxidade aguda para a saúde humana, onde são classificados da seguinte forma: classe I - extremamente tóxica (faixa vermelha); classe II - altamente tóxica (faixa amarela); classe III - medianamente tóxica (faixa azul); e classe IV - pouco tóxica (faixa verde).108

A classificação toxicológica dos agrotóxicos realizada pela ANVISA avalia a intoxicação aguda. A intoxicação aguda é aquela em que os sintomas surgem rapidamente na pessoa, logo após a contaminação pelo agrotóxico. Essa classificação é determinada pela Dose Letal (DL50), dose de agrotóxico capaz de matar 50% das cobaias em um determinado período de tempo. Nesse sentido Maria José Guazzelli109 explica que:

> Essa classificação toxicológica dos agrotóxicos é feita com base em estudos de laboratório, onde ratos ou outros animais são expostos a concentrações crescentes de um determinado produto. São medidas as contaminações por via oral (boca), pela pele e pela inalação (através do nariz). Estes estudos determinam a **Dose Letal (DL50)**, ou seja, quantos miligramas do produto tóxico por quilo de peso corporal são necessários para matar 50% das cobaias expostas durante um período predeterminado de tempo.

A definição da Dose Letal (DL50) vai estabelecer qual classe de toxidade que o agrotóxico deve pertencer. Ainda nessa avaliação realizada pela ANVISA são estabelecidos o Limite Máximo de Resíduos (LMR) e a Ingestão Diária Aceitável (IDA).

---

108 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Cartilha sobre agrotóxicos: série trilhas do campo. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/451956/Cartilha+sobre+Agrot%C3%B3xicos+S%C3%A9rie+Trilhas+do+Campo/6304f09d-871f-467b-9c4a-73040c716676>. Acesso em: 31 jul. 2016.

109 GUAZZELLI, Maria José; SPERB, Miriam (orgs.). Agrotóxicos: guerra química contra a saúde e o meio ambiente. Disponível em:<http://www.centroecologico.org.br/cartilhas/Agrotoxicos.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2016.

> Testes também identificam o **Limite Máximo de Resíduos (LMR)**, que é a quantidade máxima legalmente aceita de um agrotóxico no alimento e a **Ingestão Diária Aceitável (IDA)**, que é a quantidade máxima do agrotóxico que se pode ingerir diariamente, durante toda a vida, sem oferecer risco à saúde, de acordo com os conhecimentos científicos atuais.110

O Limite Máximo de Resíduos (LMR) vai estabelecer qual é a quantidade de agrotóxico no alimento considerada como aceitável. E a Ingestão Diária Aceitável (IDA) vai estabelecer qual é a quantidade de agrotóxicos que uma pessoa pode ingerir por dia sem que cause problemas de saúde nela. Os parâmetros definidos pela Dose Letal (DL50), pelo Limite Máximo de Resíduos (LMR) e pela Ingestão Diária Aceitável (IDA) são questionados por estudiosos do tema, como veremos mais adiante em um subtópico específico.

É importante ainda trazer a diferença entre intoxicação aguda e crônica por agrotóxico:

> **Intoxicação aguda:** é aquela cujos sintomas surgem rapidamente, algumas horas após a exposição ao veneno. Normalmente trata-se de exposição, por curto período, a doses elevadas de produtos muito tóxicos (os casos de intoxicação que chegam a ser notificados são, basicamente, deste tipo). [...] **Intoxicação crônica** (ou, mais precisamente, efeitos crônicos decorrentes de intoxicação): caracterizam-se pelo surgimento tardio. Aparecem apenas após meses ou anos da exposição pequena ou moderada a um ou vários produtos tóxicos.111

Destaca-se que a classificação de toxidade do agrotóxico para a saúde humana realizada pela ANVISA só leva em consideração a intoxicação aguda, desconsiderando assim intoxicação crônica que só é analisada quando for realizada uma reavaliação do agrotóxico.

Depois dessas considerações técnicas, com a finalidade de verificar a existência ou não de riscos e danos para a saúde do consumidor, passa-se a analisar os seguintes temas: 1- reavaliação do registro de agrotóxicos; 2- agrotóxicos proibidos em outros países que

110 Ibidem.

111 LONDRES, Flavia. Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011, p. 28.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

ainda têm registro e são utilizados no Brasil; 3- casos de resíduos de agrotóxicos no sangue, na urina, no leite materno, na água para consumo humano e o Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA); e 4- segurança dos parâmetros do DL50, da IDA e do LMR.

3.2.1 Reavaliação do registro de agrotóxicos

Como o registro de um agrotóxico no Brasil tem prazo de validade indeterminado, o artigo 5º, da Lei nº 7.802/89, elenca os legitimados que podem requerer a reavaliação do registro desses produtos. Já o art. 3, § 6º, do mesmo estatuto, traz as hipóteses em que o seu registro será negado ou cancelado. A reavaliação toxicológica dos agrotóxicos para saúde humana é realizada pela ANVISA e busca verificar se o agrotóxico, diante de novos estudos realizados, representam riscos e danos à saúde humana acima dos parâmetros definidos como aceitáveis. Isso ocorre porque no momento do registro do agrotóxico é analisada a toxidade aguda do produto considerando os conhecimentos científicos da época. Com o tempo são realizados novos estudos que além de considerar os efeitos agudos levam em consideração os efeitos crônicos dos agrotóxicos para a saúde humana.112

Desde 2006, a ANVISA já concluiu a reavaliação toxicológica de 13 (treze) Ingredientes Ativos (Ingrediente Ativo é o agente químico, físico ou biológico que confere eficácia aos agrotóxicos). Já foram reavaliados os seguintes Ingredientes Ativos (IA): Acefato, Cihexatina, Endossulfam, Forato, Fosmete, Lactofem, Lindano, Metamidofós, Monocrotofós, Parationa Metílica, Pentaclorofenol, Procloraz e Triclorfom. E outros 6 (seis) ingredientes ativos estão em processo de reavaliação pela ANVISA. É importante destacar que um Ingrediente Ativo (IA) pode fazer parte de vários agrotóxicos formulados (produto pronto para uso). A seguir transcreveremos algumas das conclusões de notas técnicas de reavaliação de alguns Ingredientes Ativos que tiveram seus registros cancelados pela ANVISA para no final fazermos um apanhado geral destas notas técnicas.

O primeiro deles é a Cihexatina, Ingrediente Ativo (IA) de 7 (sete) tipos de agrotóxicos diferentes, teve o seu registro cancelado pela ANVISA que em sua nota técnica final conclui que:

> Os estudos mostraram que a cihexatina apresenta elevada toxicidade materna e acentuada embriotoxicidade. Em doses muito baixas a cihexatina causou perdas gestacionais (efeito embrioletal) em ratos e coelhos e, nessa última espécie, foram relatadas evidências

112 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Reavaliação de agrotóxicos. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/agrotoxicos/produtos/reavaliacao-de-agrotoxicos>. Acesso em: 06 jul. 2016.

> consistentes de malformação cerebral (como por exemplo, a hidrocefalia). No cenário internacional, pelos conhecidos riscos para a saúde humana e para o meio ambiente, a cihexatina e outros compostos triorganoestanhosos tem sido banidos ou alvo de severas restrições na maioria dos países. [...] Em virtude da toxicidade aguda **extremamente elevada**, da **acentuada toxicidade reprodutiva, da toxicidade para o desenvolvimento e das evidências de teratogenicidade**, recomendamos o **cancelamento de todos os Informes de Avaliação Toxicológica de produtos técnicos e formulados a base de cihexatina** com vistas ao cancelamento do registro dos mesmos, bem como a não concessão de novos registros de produtos a base desse ingrediente ativo no Brasil.113

O segundo é Endossulfam, Ingrediente Ativo (IA) de agrotóxicos, que teve o seu registro cancelado pela ANVISA que em sua nota técnica final conclui que:

> O endossulfam é um agrotóxico da classe dos organoclorados, cuja elevada toxicidade para a saúde humana e ambiental levou a severas restrições ou proibição de uso em diversos países. A exposição oral, inalatória, ocular ou dérmica ao endossulfam pode desencadear efeitos agudos severos à saúde humana tais como: danos hepáticos, respiratórios, irritação ocular e até a morte. Os estudos aportados pelas empresas na ANVISA demonstraram que tanto as características toxicológicas agudas, quanto as características toxicológicas crônicas do endossulfam, são preocupantes. Há elevada toxicidade aguda oral e inalatória, assim como toxicidade dérmica. [...] O sistema imunológico, por outro lado, também está intrinsecamente relacionado a outros dois sistemas: nervoso e endócrino. A neurotoxicidade aguda do endossulfam é bastante caracterizada, e efeitos crônicos como epilepsia, hiperatividade, convulsões e paralisia podem se manifestar, conforme relatado em vários estudos.114

113AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil) . Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo cihexatina. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117752/Nota%2BT%25C3%25A9cnica%2Bda%2Bcihexatina.pdf/00c3371b-086b-4863-b5c2-e91cc6c74b24>. Acesso em: 31 jul. 2016.

114 Idem. Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo endossulfam. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117839/Nota%2Bt%25C3%25A9cnica%2Bfinal%2Bdo%2Ben

O terceiro é o Forato, Ingrediente Ativo (IA) de agrotóxicos, que teve o seu registro cancelado pela ANVISA que em sua nota técnica final conclui:

> O forato foi demonstrado ser extremamente tóxico, provocando letalidade em doses baixas, por diferentes vias de exposição. O forato possui vários efeitos adversos para a saúde humana como associação com diabetes mellitus na gravidez, nefrotoxicidade, toxicidade reprodutiva, toxicidade para o sistema respiratório e neurotoxicidade. Considerando todos os efeitos toxicológicos associados ao ingrediente ativo Forato e a sua inclusão dentre as características proibitivas de registro, especialmente a de "possuir características mais tóxicas para o ser humano do que testes com animais tenham podido demonstrar", o mesmo deve ter seu uso proibido no Brasil, de maneira a proteger a saúde dos trabalhadores expostos, dos consumidores e da população em geral. 115

O quarto é o Lindano, Ingrediente Ativo (IA) de 3 (três) tipos de agrotóxicos diferentes, teve o seu registro cancelado pela ANVISA que em sua nota técnica final conclui:

> Visando atender a legislação vigente e cumprir a missão institucional da ANVISA, devido a seus efeitos do Lindano sobre o sistema nervoso central; interferente da capacidade oxidativa hepática; alta toxicidade; provável carcinogenicidade para humano; persistência no ambiente e toxicidade a organismos aquáticos, além da tendência mundial de banimento e restrições já adotadas em vários países; a reavaliação toxicológica do Lindano concluiu pelo banimento de todos os usos remanescentes desse Ingrediente Ativo no Brasil [...].116

O quinto é o Metamidofós, Ingrediente Ativo (IA) de agrotóxicos, que teve o seu registro cancelado pela ANVISA que em sua nota técnica final conclui que:

---

dossulfam%252C%2Bap%25C3%25B3s%2Ba%2BConsulta%2BP%25C3%25BAblica.pdf/7bf6cbea-5d0c-4d42-a018-78178789e230>. Acesso em: 31 jul. 2016.

115 Idem. Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo forato. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117791/Nota%2BT%25C3%25A9cnica%2Bdo%2Bforato.pdf/334e0033-9b09-40a5-b060-1a1b11550718>. Acesso em: 31 jul. 2016.

116 Idem. Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo lindano. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117797/lindano.pdf/39f519f7-ee51-4fd8-9528-23c1826ce2be>. Acesso em: 31 jul. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> O metamidofós possui vários efeitos adversos para a saúde humana. Além disso, é um organofosforado extremamente tóxico (Classe I) e vem sendo utilizado em culturas não autorizadas ou com restrições, resultando em limites de resíduos acima do permitido, conforme vem sendo demonstrado pelo PARA em diversas avaliações sucessivas (ANVISA, 2009). Os alimentos em que são encontrados resíduos de metamidofós são ingeridos crus e fazem parte dos hábitos alimentares da população brasileira. Estudos mostraram a problemática da presença de resíduos de metamidofós em alimentos, indicando que a exposição humana a esse organofosforado é um grave problema de saúde pública [...] Pelo conjunto de efeitos nocivos do metamidofós à saúde humana, especialmente relacionado à neurotoxicidade, imunotoxicidade e sobre o sistema endócrino, reprodutor e desenvolvimento embriofetal, o metamidofós deve ser proibido na atividade agrícola e em outras que possibilite a exposição humana.117

O sexto Ingrediente Ativo (IA) de agrotóxicos é o Triclorfom, que teve o seu registro cancelado pela ANVISA, em sua nota técnica final conclui que:

> As pesquisas científicas têm demonstrado que o triclorfom apresenta efeito tóxico sobre diferentes órgãos e sistemas em humanos. [...] Os efeitos neurotóxicos crônicos provocados pela exposição ao triclorfom manifestam-se através da inibição da esterase neuropática alvo que foi observada em doses abaixo da DL50. Portanto o triclorfom tem o potencial de causar **neuropatia retardada**. [....] A literatura científica mundial tem registrado a ocorrência de inúmeros casos de **polineuropatia retardada** associada à exposição ao triclorfom. [...] O triclorfom pode desencadear um **desequilíbrio do hormônio progesterona**, e como consequência levar a ciclos menstruais irregulares, aumento do fluxo sanguíneo menstrual, indução de endometriose e útero fibróide, irritabilidade, alterações de humor e infertilidade. Esses efeitos são extremamente deletérios, repercutindo na saúde física e mental dos seres humanos, refletindo no seu **desempenho reprodutivo**. [...] É importante destacar que

117 Idem. Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo metamidofós. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117755/Nota%2Bt%25C3%25A9cnica%2Bdo%2Bmetamidof%25C3%25B3s.pdf/6d5d9565-2deb-4222-b102-37efc16b9e4f>. Acesso em: 31 jul. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> estudos do triclorfom apontam esse composto como indutor da não disjunção cromossômica, que pode levar a distúrbios genéticos como o caso da síndrome de Down em crianças de populações cujas mães foram expostas a altas doses desse agrotóxico ao se alimentarem com peixes contaminados. O triclorfom apresenta alta toxicidade, particularmente, no que concerne aos seus efeitos adversos sobre a **reprodução** e o **sistema hormonal (desregulação endócrina), efeitos genotóxicos, imunotóxicos, teratogênicos, neurotóxicos, provocando hipoplasia cerebelar,** assim como o fato de ser um agrotóxico com potencial de provocar **danos neurológicos maiores para os seres humanos do que para os animais**, como demonstrado pela **neuropatia retardada**. Considerando o disposto na legislação brasileira específica para agrotóxicos, tais características corroboram para o **banimento imediato** desse princípio ativo no Brasil, inclusive seu uso domissanitário.118

Percebe-se, dos trechos citados acima, que a lista de problemas de saúde relacionada aos agrotóxicos, tais como: toxicidade sobre o sistema endócrino, reprodutivo, respiratório além de embriotoxicidade, neurotoxicidade, nefrotoxicidade, imunotoxicidade, genotoxicidade, carcinogenicidade dentre outros mencionados acima, são bastante graves e preocupantes, pois eram produtos que estavam sendo consumidos normalmente na agricultura.

Percebe-se ainda que desde 2006, a ANVISA já concluiu a reavaliação toxicológica de 13 (treze) Ingredientes Ativos de agrotóxicos, em que 10 deles foram proibidos (o registro foi cancelado) e os outros 3 (três) o registro foi mantido com restrições. Isso demonstra que 100% dos agrotóxicos comercializados no Brasil que foram reavaliados pela ANVISA representam riscos e danos a saúde humana e por isso foram proibidos ou tiveram sua utilização restringida.119

3.2.2 Agrotóxicos proibidos em outros países que ainda têm registro e são utilizados no Brasil

118 Idem. Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo triclorfom. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117821/Nota%2Bt%25C3%25A9cnica.pdf/b3ae2e2c-773c-4d93-856c-bddc6c78bfdc>. Acesso em: 31 jul. 2016.

119 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Reavaliação de agrotóxicos. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/agrotoxicos/produtos/reavaliacao-de-agrotoxicos>. Acesso em: 06 jul. 2016.

No Brasil, atualmente, existem mais de 380 Ingredientes Ativos120 (Ingrediente Ativo é o agente químico, físico ou biológico que confere eficácia aos agrotóxicos) registrados e mais de 1.796 tipos de produtos formulados121 (agrotóxico pronto para uso) registrados. Até aí tudo bem, ocorre que 168 Ingredientes Ativos proibidos na União Europeia, por representarem riscos e danos à saúde humana, são permitidos no Brasil. Nesse sentido, Adriana Matos de Maria explica que:

> Comparando os ingredientes ativos banidos da União Europeia de acordo com a lista de substâncias da Comissão Europeia - documento SANCO 3010 rev. 11/08/2008, com os ingredientes ativos registrados no Brasil, de acordo com a Anvisa e MAPA, constatou-se que os 168 ingredientes descritos no Quadro 7 continuam autorizados no Brasil.

Essa informação é extremamente relevante, pois releva a periculosidade dos agrotóxicos que estão sendo utilizados no Brasil. O art. 3º, § 4º, da Lei nº 7.802/89, determina que quando organizações internacionais, das quais o Brasil faça parte, responsáveis pela alimentação, saúde e meio ambiente alertarem para o risco ou desaconselharem o uso de determinado agrotóxico a autoridade competente tomará as devidas providencias. Ocorre que, por conta de diversos fatores, esses produtos ainda não tiveram os seus registros cancelados pela ANVISA.

A problemática da utilização dos agrotóxicos ainda é agravada pelo fato de até mesmos os agrotóxicos que tiveram os seus registros cancelados, ou seja, foram proibidos no Brasil (ver item 3.2.1) continuam sendo utilizados no país. Nesse sentido, Flavia Londres122 esclarece que:

> Existem agrotóxicos que já foram banidos do Brasil, mas cujos resíduos continuam a aparecer nas amostras de alimentos analisadas pela Anvisa. Nas análises do PARA de 2009 apareceram resíduos de

120 CRUZ, Gielli Vieira. O quadro de contaminação de frutas, legumes e verduras (FLVs) com resíduos de agrotóxicos no Brasil e as oportunidades emergentes. Porto Alegre: UFRGS. 2014, p. 21. Disponível em:<http://docplayer.com.br/5497139-O-quadro-de-contaminacao-de-frutas-legumes-e-verduras-flvs-com-residuos-de-agrotoxicos-no-brasil-e-as-oportunidades-emergentes.html>. Acesso em: 03 ago. 2016.

121 Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (Brasil). Agrofit: consulta de produtos formulados. Disponível em:<http://agrofit.agricultura.gov.br/agrofit_cons/principal_agrofit_cons>. Acesso em: 03 ago. 2016.

122 LONDRES, Flavia. Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011, p. 154.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> sete produtos proibidos: heptacloro, dieldrina, clortiofós, mirex, parationa-metílica, monocrotofós e azinfós-metílico. Embora exista a possibilidade de, em alguns casos, os resíduos presentes nos alimentos serem devidos à persistência ambiental dos produtos (já que a contaminação do solo e da água pode persistir por muitos anos), existem fortes evidências sugerindo que estes venenos estejam sendo contrabandeados para o Brasil e usados ilegalmente na agricultura.

O fato de resíduos de agrotóxicos proibidos no Brasil serem encontrados em alimentos (frutas, legumes e verduras) ocorre por três causas principais: a primeira é a pouca fiscalização e controle desses produtos; a segunda é o fato de que mesmo após a suspensão do uso desses produtos os seus resíduos ainda persistem no meio ambiente; e a terceira causa é o contrabando de agrotóxicos que, segundo o Sindicato Nacional da Indústria de Produtos para Defesa Vegetal (Sindiveg)123, cerca de 20% (vinte por cento) de todo o agrotóxico consumido no Brasil entra de forma ilegal no país.

3.2.3 Casos de resíduos de agrotóxicos no sangue, na urina, no leite materno, na água para consumo humano e o Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA)

Muito dos problemas de saúde relacionados aos agrotóxicos decorrem da contaminação gradativa e imperceptível ocasionadas pelo uso desses produtos. A contaminação crônica do consumidor (acumulação de substâncias químicas no corpo humano) decorre principalmente do consumo de alimentos e água contaminados por partículas de agrotóxicos. A seguir será feito algumas considerações a respeito deste tema.

Inicialmente abordam-se estudos que constataram a contaminação do sangue, da urina, de leite materno e da água nas cidades de Campo Verde e Lucas do Rio Verde no estado de Mato Grosso. Nesse sentido, Flavia Londres explica que:

> Pesquisas feitas em dois dos principais municípios produtores de grãos de Mato Grosso encontraram resíduos de agrotóxicos no sangue e na urina de moradores, em poços artesianos, em amostras de ar e de água da chuva coletadas em escolas públicas e no leite materno. O trabalho, uma parceria entre a Fundação Oswaldo Cruz e a UFMT (Universidade Federal de Mato Grosso), mediu efeitos do uso de agrotóxicos em Campo Verde e Lucas do Rio Verde (médio-norte de Mato Grosso). O monitoramento da água de poços revelou que

123 SINDICATO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA DEFESA VEGETAL (Brasil). Balanço 2015. Disponível em:<http://www.sindiveg.org.br/docs/balanco-2015.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2016.

> 32% continham resíduos de agrotóxicos. Das amostras de água da chuva analisadas, mais de 40% estavam contaminadas com venenos. Já 11% das amostras de ar tinham resíduos de agrotóxicos como o endossulfam – que está com o banimento programado pela Anvisa por seu potencial de provocar defeitos congênitos (nascimento de bebês com malformações genéticas), abortos espontâneos, problemas no desenvolvimento, além de problemas neurológicos, imunológicos e hormonais. [...] Em março de 2011 foram divulgados novos dados da pesquisa mostrando que até mesmo o leite materno está contaminado por venenos agrícolas. Em Lucas do Rio Verde foram coletadas amostras de leite de 62 mulheres atendidas pelo Programa Saúde da Família. A coleta foi feita entre a 3ª e a 8ª semana após o parto. Em 100% das amostras foi encontrado ao menos um tipo de agrotóxico. Em 85% dos casos foram encontrados entre 2 e 6 tipos. Entre as variáveis estudadas, ter tido aborto foi uma variável que se manteve associada à presença de três agrotóxicos. A substância com maior incidência é conhecida como DDE, um derivado de outro agrotóxico, o DDT, que foi proibido pelo Governo Federal em 1998 por provocar infertilidade nos homens e abortos espontâneos nas mulheres.124

Os dados citados acima são alarmantes, pois a contaminação por agrotóxico é generalizada e estar presente até mesmo no corpo humano e no leite materno. Essa contaminação em longo prazo pode acarretar diversos problemas de saúde.

É preciso fazer uma ressalva de que as amostras de contaminação do sangue, da urina, de leite materno e na água relatados acima foram coletadas em regiões com intensa atividade agrícola e por isso essas amostras podem estar mais sujeitas a contaminação. Só que essa mesma ressalva não é válida para o tema a seguir exposto, a contaminação de alimentos por agrotóxicos, pois as amostras de alimentos foram coletadas em centros de distribuição e supermercados, ou seja, os alimentos já estavam prontos para consumo humano como será demonstrado a seguir.

---

124 LONDRES, Flavia. Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011, p. 81 e 82.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O programa mais importante de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos, realizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), é o Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA):

> O Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA) da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) foi criado em 2001 como um projeto com o objetivo de estruturar um serviço para avaliar e promover a qualidade dos alimentos em relação ao uso de agrotóxicos e afins. Em 2003, o projeto transformou-se em Programa, através da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC 119/03, e passou a ser desenvolvido anualmente no âmbito do Sistema Nacional de Vigilância Sanitária (SNVS). O PARA contribui para a segurança alimentar, visando prevenir intoxicações agudas ou crônicas que podem resultar da exposição dietética indevida aos agrotóxicos. Nesse contexto, os resultados do Programa permitem: verificar se os alimentos comercializados no varejo apresentam níveis de resíduos de agrotóxicos dentro dos Limites Máximos de Resíduos (LMR) estabelecidos pela Anvisa e publicados em monografia específica para cada agrotóxico; conferir se os agrotóxicos utilizados estão devidamente registrados no país e se foram aplicados somente nas culturas para as quais estão autorizados; estimar a exposição da população a resíduos de agrotóxicos em alimentos de origem vegetal e, consequentemente, avaliar o risco à saúde dessa exposição. Os relatórios anuais do Programa têm se constituído um dos principais indicadores do uso irregular de agrotóxicos em alimentos adquiridos no mercado varejista e consumidos pela população. [...].125

O Percebe-se que desde de 2001 a ANVISA mantém um programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos de origem vegetal tendo como finalidade contribuir com a segurança alimentar do consumidor. De 2001 a 2009 já foram analisadas cerca de 20.000 (vinte mil) amostras de 22 tipos de alimentos de origem vegetal126. Dessas análises realizadas pelo PARA são produzidos relatórios que servem de parâmetros para tomadas

125 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA). Brasília-DF, 2014. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/Relat%25C3%25B3rio%2BPARA%2B2012%2B2%25C2%25AA%2BEtapa%2B-%2B17_10_14-Final.pdf/3bc220f9-8475-44ad-9d96-cbbc988e28fa> Acesso em: 11 mar. 2016.

126 Idem. Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA). Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/programa-de-analise-de-registro-de-agrotoxicos-para> Acesso em: 27 set. 2016.

de decisões envolvendo a temática dos agrotóxicos. Destacando-se a importância do PARA cita-se o seguinte trecho:

> Por este motivo a realização de um programa nacional de monitoramento de resíduos de agrotóxicos em alimentos é imprescindível, para que ações de vigilância sanitária, com foco na prevenção e controle dos riscos à saúde humana decorrentes do consumo de alimentos contaminados, sejam desenvolvidas. Os dados obtidos pelo programa têm possibilitado avaliar a qualidade e a segurança dos alimentos consumidos pela população, caracterizar as fontes de contaminação, proporcionar uma avaliação quanto ao uso inadequado e não autorizado de agrotóxicos, estimular a adoção de Boas Práticas Agrícolas (BPA), além de estar fornecendo subsídios para a reavaliação dos estudos de resíduos aportados à ANVISA para fins de registro de agrotóxicos.127

É inegável a importância da realização do PARA, pois sem esses relatórios os órgãos e entidades envolvidas com a saúde pública e com o controle dos agrotóxicos não teriam parâmetros para avaliar a contaminação dos alimentos de origem vegetal por resíduos de agrotóxicos. A seguir abordaremos algumas informações dos relatórios do PARA.

Em relação ao relatório do PARA de 2009 foram apresentados os seguintes resultados:

> Das 3.130 amostras analisadas pelo PARA, 907 (29,0%) foram consideradas insatisfatórias. As principais irregularidades encontradas nas amostras foram: presença de agrotóxicos em níveis acima do Limite Máximo de Resíduos (LMR) em 88 amostras, representando 2,8% do total; utilização de agrotóxicos não autorizados (NA) para a cultura em 744 amostras, representando 23,8% do total e resíduos acima do LMR e NA na mesma amostra em 75 amostras, representando 2,4% do total. O LMR é estabelecido pela ANVISA, por meio da avaliação de estudos conduzidos em campo, nos quais são analisados os teores de resíduos de agrotóxicos que

127 Idem. Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA) - relatório de atividades de 2001 – 2007. Brasília-DF, 2008. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/relatorio%2B2001%2B2007.pdf/460433e6-3d66-400b-8e93-48413ea8203f> Acesso em: 11 mar. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> permanecem nas culturas após a aplicação, seguindo as Boas Práticas Agrícolas (BPA). As amostras insatisfatórias com níveis de agrotóxicos acima do LMR evidenciam a utilização dos produtos formulados em desacordo com as informações presentes no rótulo e bula, ou seja, indicação do número de aplicações, quantidade de ingrediente ativo por hectare por ciclo ou safra da cultura e cumprimento do intervalo de segurança ou período de carência, que é o intervalo de tempo entre a última aplicação de agrotóxicos e a colheita do alimento para sua comercialização.128

A primeira informação a ser destacada do PARA de 2009 é a porcentagem de 29% (vinte e nove por cento) dos alimentos analisados que foram considerados insatisfatórios para os padrões recomendados, seja por conter agrotóxicos em níveis acima do Limite Máximo de Resíduos (LMR) ou por conter agrotóxicos não autorizados para aquela cultura. A segunda informação a ser destacada é que esses alimentos já estavam prontos para o consumo humano, pois foram coletados em centrais de abastecimentos e nos supermercados.

No relatório do PARA realizado em 2010 foram apresentados os seguintes resultados:

> [...] a distribuição dos resíduos de agrotóxicos nas 2.488 amostras analisadas. Em 37% delas, não foram detectados resíduos; 35% apresentaram resíduos abaixo do LMR estabelecido; e 28% foram consideradas insatisfatórias por apresentarem resíduos de produtos não autorizados ou, autorizados, mas acima do LMR. [...] Das 2.488 amostras, 694 (28%) foram consideradas insatisfatórias e as principais irregularidades, considerando os IA pesquisados, foram: presença de agrotóxicos em níveis acima do LMR em 42 amostras, correspondendo a 1,7% do total; constatação de agrotóxicos não autorizados (NA) para a cultura em 605 amostras, correspondendo a 24,3% do total e resíduos acima do LMR e NA simultaneamente em 47 amostras, correspondendo a 1,9% do total. As amostras insatisfatórias com níveis de agrotóxicos acima do LMR evidenciam sua utilização em desacordo com as determinações presentes nos rótulos e bulas: maior número de aplicações, quantidades excessivas

128 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA). Brasília-DF, 2010. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/RELATORIO_PARA_2009.pdf/8a6a6722-f009-442e-9760-569bc5279c8d> Acesso em: 11 mar. 2016.

> de agrotóxicos aplicados por hectare, por ciclo ou safra da cultura, e não cumprimento do intervalo de segurança ou período de carência.129

Os resultados do PARA de 2010 revelam que 28% (vinte e oito por cento) das 2.488 (duas mil quatrocentos e oitenta e oito) amostras analisadas foram consideradas insatisfatórias para os parâmetros estabelecidos pela ANVISA. Na conclusão dos resultados do PARA de 2010 ressaltou-se que "o principal resultado do PARA é a evidência da necessidade de desenvolver um planejamento estratégico que possa reduzir os efeitos nocivos do uso dos agrotóxicos."

Em resumo, os resultados apresentados do relatório do PARA de 2011 são os seguintes:

> Os alimentos foram coletados em 25 Estados e no Distrito Federal, gerando um total de 1.628 amostras no ano de 2011. [...] apresenta a distribuição dos resíduos de agrotóxicos nas 1.628 amostras analisadas no ano de 2011. Verificou-se que 64% das amostras monitoradas foram consideradas satisfatórias quanto aos ingredientes ativos pesquisados, sendo que em 22% delas não foram detectados resíduos e 42% apresentaram resíduos dentro do LMR estabelecido. Das amostras monitoradas, 36% foram consideradas insatisfatórias [...], sendo as irregularidades destacadas a seguir: Presença de agrotóxicos em níveis acima do LMR em 38 amostras, correspondendo a 2,3% do total. Constatação de agrotóxicos não autorizados (NA) para a cultura em 520 amostras, correspondendo a 32% do total. Resíduos acima do LMR e NA simultaneamente em 31 amostras, correspondendo a 1,9% do total.130

---

129 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA). Brasília-DF, 2011. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/Relat%25C3%25B3rio%2BPARA%2B2010%2B-%2BVers%25C3%25A3o%2BFinal.pdf/f568427b-c518-4a68-85b9-dd7680e55e07> Acesso em: 11 mar. 2016.

130 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA). Brasília-DF, 2013. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/446359/Programa+de+An%C3%A1lise+de+Res%C3%ADduos+de+Agrot%C3%B3xicos+-+Relat%C3%B3rio+2011+e+2012+%281%C2%BA+etapa%29/d5e91ef0-4235-4872-b180-99610507d8d5> Acesso em: 11 mar. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O PARA de 2011 teve 36% (trinta e seis por cento) das amostras analisadas consideradas insatisfatórias por conter agrotóxicos em níveis acima do Limite Máximo de Resíduos (LMR) ou por conter agrotóxicos não autorizados para a cultura.

O relatório do PARA de 2012 traz as seguintes informações:

> [...] apresenta a distribuição dos resíduos de agrotóxicos encontrados nas 1.397 amostras de culturas coletadas e analisadas. Observou-se que 75% dos resultados das amostras monitoradas foram considerados satisfatórios quanto aos ingredientes ativos pesquisados, sendo que em 33% não foram detectados resíduos e 42% apresentaram resíduos com concentrações iguais ou inferiores ao LMR. Das amostras monitoradas, 25% dos resultados foram considerados insatisfatórios por apresentarem resíduos de produtos não autorizados, ou autorizados, mas em concentrações acima do LMR.131

No PARA de 2012, das 1.397 amostras analisadas, 25% (vinte e cinco por cento) das amostras formam consideradas insatisfatórias para os paramentos considerados aceitáveis pela ANVISA. Percebe-se que nos relatórios do PARA a porcentagem de amostras de alimentos de origem vegetal que apresentam situações insatisfatórias, se comparado com os parâmetros estabelecidos pela ANVISA, variam de 25% a 36%. Essas porcentagens revelam certo grau de preocupação com a saúde dos consumidores.

Diante destes dados apresentados acima e sob perspectiva da utilização dos agrotóxicos no Brasil existe toda uma discursão envolvendo a sua utilização e as consequências ao meio ambiente e a saúde humana. Recentemente, em carta132 aberta à população, o Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA), que é um órgão do Ministério da Saúde, alertou a população do uso indiscriminado dos agrotóxicos. No mesmo sentido do INCA os profissionais da saúde, a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco) dentre outras entidades, elaboram

131 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA). Brasília-DF, 2014. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/Relat%25C3%25B3rio%2BPARA%2B2012%2B2%25C2%25AA%2BEtapa%2B-%2B17_10_14-Final.pdf/3bc220f9-8475-44ad-9d96-cbbc988e28fa> Acesso em: 11 mar. 2016.

132 INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER – INCA (Brasil). Posicionamento do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva acerca dos agrotóxicos. Disponível em:< http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/comunicacao/posicionamento_do_inca_sobre_os_agrotoxicos_06_abr_15.pdf > Acesso em: 06 mar. 2016.

vários estudos apontando as consequências deste produto e demonstram preocupação com o uso indiscriminado dos agrotóxicos no Brasil.

3.2.4 Segurança dos parâmetros do DL50, da IDA e do LMR

Existem vários estudos que questionam os parâmetros de segurança do DL50, da IDA e do LMR estabelecidos pela ANVISA na classificação toxicológica dos agrotóxicos. Nesse sentido a própria ANVISA esclarece que:

> A última avaliação do risco relativo à exposição crônica aos resíduos de agrotóxicos foi conduzida pela Anvisa utilizando dados do PARA referentes ao período de 2009 a 2011. Na ocasião, não houve a extrapolação da Ingestão Diária Aceitável (IDA) para os agrotóxicos monitorados, ou seja, o risco à saúde para os consumidores foi considerado aceitável. Apesar disso, não é possível descartar totalmente o risco à saúde. Sabe-se que a avaliação do risco devido à exposição a tais substâncias químicas também pode ser conduzida a partir de outras abordagens mais complexas utilizadas para o cálculo da exposição, tais como: exposição cumulativa de agrotóxicos que possuem um mesmo mecanismo de ação e contribuem para um mesmo efeito nocivo; exposição agregada que leva em conta as diversas formas de exposição a um agrotóxico, tais como, exposição pela pele e ingestão outros alimentos não monitorados pelo PARA como água potável, carnes, leite e ovos. O risco devido à exposição simultânea a diversas substâncias também não pode ser desconsiderado, pois a interação entre compostos químicos no organismo humano pode aumentar a probabilidade de danos à saúde.133

A ANVISA deixa claro que se considerarem os parâmetros estabelecidos e o conhecimento científico atual os resíduos de agrotóxicos nos alimentos representa um risco aceitável à saúde dos consumidores, mas traz o alerta de que não é possível descartar totalmente o risco a saúde dos consumidores.

133 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Esclareça suas dúvidas sobre agrotóxicos em alimentos. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/Perguntas%2Be%2Brespostas.pdf/bc84279b-eff0-4edb-ad3a-0598d07d8e2f> Acesso em: 24 set. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Para facilitar a compreensão deste subtópico, recordaremos os seguintes conceitos utilizados pela ANVISA: **Dose Letal (DL50)** é a quantidade de "miligramas do produto tóxico por quilo de peso corporal que são necessários para matar 50% das cobaias expostas durante um período predeterminado de tempo"134; já o **Limite Máximo de Resíduos (LMR)** "é a quantidade máxima legalmente aceita de um agrotóxico no alimento"135; e a **Ingestão Diária Aceitável (IDA)** "é a quantidade máxima do agrotóxico que se pode ingerir diariamente, durante toda a vida, sem oferecer risco à saúde, de acordo com os conhecimentos científicos atuais"136.

Comentando esses parâmetros estabelecidos pela ANVISA, Maria José Guazzelli137 faz uma forte crítica ao afirmar que esses parâmetros são:

> Um artifício usado pela indústria para mascarar os perigos de seus produtos é falar em 'uso seguro' dos agrotóxicos. Na realidade, não existe uso seguro de agrotóxicos na agricultura – seja porque é difícil seguir no campo todas as recomendações de segurança, seja pela própria impossibilidade destes produtos fornecerem real segurança. [...] Por trás destes testes está a crença de que o organismo humano pode ingerir, inalar ou absorver certa quantidade diária de venenos, sem que isso tenha consequências para a saúde. Uma vez que estes dados são obtidos para as cobaias, são feitos alguns cálculos de correção para chegar ao valor do limite de tolerância para a exposição humana a cada agrotóxico. Portanto, o que se busca determinar com os testes é um valor aceitável de exposição humana ao envenenamento e não que não ocorra envenenamento. A partir daí, trata-se de convencer de que, se a DL50 for respeitada, as pessoas estarão em segurança quanto à contaminação. Isto é um absurdo tanto do ponto de vista científico quanto ético quando queremos a proteção da saúde. A DL50 só informa a quantidade para evitar a morte súbita pela intoxicação aguda. A DL50, IDA e LMR desconsideram que as pessoas estão expostas a diversos tóxicos simultaneamente e ao longo do tempo, ignorando que a mistura

134 GUAZZELLI, Maria José; SPERB, Miriam (orgs.). Agrotóxicos: guerra química contra a saúde e o meio ambiente. Disponível em:<http://www.centroecologico.org.br/cartilhas/Agrotoxicos.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2016.

135 Ibidem.

136 Ibidem.

137 GUAZZELLI, Maria José; SPERB, Miriam (orgs.). Agrotóxicos: guerra química contra a saúde e o meio ambiente. Disponível em:<http://www.centroecologico.org.br/cartilhas/Agrotoxicos.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2016.

> deles pode se potencializar e provocar efeitos crônicos. Esses indicadores tratam, na realidade, de usar as informações como álibis para continuar sustentando o uso de venenos.

O que a autora quer dizer é que os testes realizados para definir os parâmetros de segurança do DL50, da IDA e do LMR para o consumo de agrotóxicos não levam em consideração diversos fatores que influem no resultado e por isso não podem ser considerados como parâmetros seguros. Percebe-se que os parâmetros de segurança considerados "seguros" não levam em consideração todas as variáveis que podem influir no resultado. Isso porque segundo Ada Cristina Pontes e Raquel Maria:

> Avaliação do risco baseada em estudos toxicológicos realizados a partir de animais de laboratório ou de sistemas *in vitro*, cujos resultados são extrapolados para os efeitos sobre a saúde humana; avaliação em separado de um único IA, desconsiderando os efeitos à saúde nas condições de múltipla exposição a diferentes misturas e suas possíveis interações, inclusive sinergismos, seja no ambiente, seja nos tecidos vivos. Ressalte-se que a exposição múltipla é a situação mais frequente tanto para os trabalhadores, que manipulam caldas tóxicas complexas, como para os consumidores de alimentos, já que a presença de vários IAs tem sido identificada em uma única amostra; desconsideração dos efeitos produzidos por baixas doses de agrotóxicos, que não são capazes de disparar os mecanismos protetores de detoxificação, inativação ou reparo, mas que já podem desencadear efeitos tóxicos de desregulação endócrina e sobre o sistema imunológico, principalmente em estágios considerados críticos para o desenvolvimento; desconsideração do risco agregado resultante da exposição total a um ou mais IAs por diferentes fontes, como o ambiente, a ocupação e os alimentos; desconsideração da interação entre os ingredientes ativos e outras substâncias químicas, como medicamentos veterinários, fertilizantes, metais pesados, organismos geneticamente modificados etc.
>
> Tais limites dos parâmetros estabelecidos para a exposição aos agrotóxicos não são informados à sociedade; pelo contrário, os

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> parâmetros são apresentados como padrões científicos, verdadeiros, neutros e seguros.138

Diante das variáveis apresentadas acima fica evidente que os agrotóxicos podem representar riscos e danos para a saúde do consumidor e para o meio ambiente, tendo em vista que os parâmetros considerados "seguros" não levam e consideração todas as variáveis e são limitados ainda pelo conhecimento científico atual.

Para ilustrar a insegurança dos parâmetros (DL50, IDA e do LMR) definidos como "seguros" para o consumo/exposição de produtos químicos, Flavia Londres139 cita o exemplo do produto químico benzeno que inicialmente foi estabelecido uma parâmetro considerado como seguro e posteriormente concluiu-se que não existe um parâmetro seguro para a exposição deste produto:

> Por um lado sabemos que o estabelecimento de "níveis seguros" de veneno que poderíamos ingerir todos os dias é uma falácia. Nenhum estudo laboratorial pode comprovar com toda certeza que determinado nível de veneno é inócuo para a saúde das pessoas. Estudos feitos com cobaias sugerem que certos níveis de resíduo parecem não produzir efeitos colaterais, até que o surgimento de técnicas mais modernas ou novas evidências científicas provem o contrário. Um bom exemplo disso é o caso do benzeno: os níveis considerados seguros do produto para a saúde humana foram estabelecidos em 75 ppm (partes por milhão) na década de 1930, nos EUA. Em 1978 o Brasil determinou o limite de tolerância para exposição ocupacional em 8 ppm. Em 1995, com a assinatura do Acordo do Benzeno, o país reconheceu que não há limite seguro para este produto e estabeleceu o valor de 1 ppm como valor de referência tecnológica – VRT (com exceção para as companhias siderúrgicas e produtoras de álcool anidro, cujo VRT é de 2,5 ppm). É importante observar que o VRT é um valor negociado e não exclui risco à saúde. Para alguns especialistas, a determinação de limites aceitáveis de resíduos representa, na verdade, a "legalização da contaminação".

138 AGUIAR, Ada Cristina Pontes; RIGOTTO, Raquel Maria. Invisibilidade ou invisibilização dos efeitos crônicos dos agrotóxicos à saúde? Desafios à ciência e às políticas públicas. 2015, pág. 70. Disponível em: < http://capacidadeshumanas.org/oichsite/wp-content/uploads/2015/06/03_agrotoxicos-final.pdf> Acesso em: 08 out. 2016.

139 LONDRES, Flavia. Agrotóxicos no Brasil: um guia para ação em defesa da vida. Rio de Janeiro: Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011, p. 59 e 60.

O trecho citado acima exemplifica como um parâmetro considerado como "seguro" posteriormente poder ser considerado inseguro para a saúde humana. Nesse ponto vale ressaltar os dados abordados anteriormente das reavaliações de agrotóxicos realizados pela ANVISA em que 100% dos agrotóxicos reavaliados desde 2006 foram proibidos ou tiveram sua utilização restringida.140 Concluindo o seu estudo sobre a problemática dos agrotóxicos, Frederico Peres et al.141 conclui que:

> Como poderemos observar ao longo da presente publicação, os agrotóxicos representam um importante risco à saúde das populações humanas e ao ambiente devendo, por isso, ser utilizados apenas sob estrita orientação científica e em casos onde sejam absolutamente imprescindíveis. O modo e a extensão com que esses produtos vêm sendo empregados em nosso país têm trazido efeitos deletérios muito maiores que qualquer benefício, tanto do ponto de vista ambiental quanto da saúde humana.

Na perspectiva do trecho citado acima e por tudo que foi exposto nesse tópico, fica evidente a existência de danos e riscos ao meio ambiente e a saúde do consumidor provocado por agrotóxicos. E diante dos resíduos de agrotóxicos em alimentos de origem vegetal que representam riscos e danos à saúde do consumidor a informação de que o produto é produzido com agrotóxicos não deveria ser repassada para o consumidor? Essa informação não deveria constar no rótulo do produto? Ou os riscos e danos dos agrotóxicos apresentados não são suficientes para que conste essa informação para o consumidor? Essas são algumas das indagações que serão abordadas no tópico seguinte.

4 O DIREITO À INFORMAÇÃO

Pode-se afirmar que atualmente vivemos em uma "sociedade da informação"; pois, na história da humanidade, nunca se produziu e distribuiu tanta informação como agora. Mas o que seria informação? Nas palavras de Paulo Affonso Leme Machado142, em linhas gerais, a informação "é um registro do que existe ou do que está em processo de existir"

140 AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (Brasil). Reavaliação de agrotóxicos. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/agrotoxicos/produtos/reavaliacao-de-agrotoxicos>. Acesso em: 06 jul. 2016.

141 PERES, Frederico; MOREIRA, Josino Costa (orgs.). É veneno ou é remédio? agrotóxicos, saúde e ambiente. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003, p. 38.

142 MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito à informação e o meio ambiente. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 25 e 26.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

ou "dados acerca de alguém ou algo." A Lei 12.527/2011 (Lei de acesso à informação) define informação como sendo "dados, processados ou não, que podem ser utilizados para produção e transmissão de conhecimento, contidos em qualquer meio, suporte ou formato".143

Dessa forma, informações são "dados acerca de alguém ou de algo." E o direito a informação é a faculdade que o indivíduo tem de acessar a informação.

Diplomas jurídicos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos consagram o direito à informação como sendo um direito fundamental da pessoa humana. Nesse sentido o artigo 19 da referida declaração estabelece que "todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e ideias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras."144

No mesmo sentido da Declaração Universal dos Direitos Humanos, todas as constituições promulgadas em regimes democráticos deram a devida relevância ao direito à informação. Com a Constituição Federal de 1988 não foi diferente, o direito à informação foi elevado ao patamar de direito fundamental (art. 5º, XIV e XXXIII). A Constituição Federal de 1988 inaugura o estado democrático de direito tendo como uma das suas bases o direito a informação e a publicidade dos atos da Administração Pública. Em vários dispositivos do texto constitucional estão previstos o direito à informação e o dever de publicidade dos atos da Administração Pública (incisos XIV, XXXIII e LXXII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 dentre outros dispositivos). Inclusive o direito à informação pode ser protegido com o remédio constitucional do Habeas Data (art. 5º, LXXII, CF/88). E buscando efetivar alguns dos dispositivos constitucionais relativos ao direito à informação foi elaborada a Lei 12.527/2011. Ressaltando a importância do direito à informação Ana Paula Atz145 explica que:

143 BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

144 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em:< http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

145 ATZ, Ana Paula. O gerenciamento do risco no direito do consumidor a partir da observação do princípio da informação. Revista de Direito do Consumidor - vol. 100/2015. p. 225 – 265. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000155b7861324bd4911a1&docguid=i00ae6240f25311dfab6f010000000000&hitgui

> As reflexões sobre o conceito de informação vêm tomando espaço principalmente após a década de 50, em decorrência de um cenário do pós-guerra, onde a informação era manipulada, censurada e, muitas vezes, tolhida do conhecimento do grande público pelos Estados totalitários e países que passavam pela ditadura, como era o caso do Brasil. Na mesma proporção, ocorreu a tomada e o controle dos meios de comunicação por parte dos governos. As constituições democráticas que se seguiram após esse contexto, oriundas desse estado de opressão da comunicação, deram grande ênfase à liberdade de expressão, liberdade de imprensa e, sobretudo, ao direito à informação conferido a todos os cidadãos, sendo elevado à categoria de direito fundamental, conferindo-lhe inclusive remédio constitucional para assegurar tais direitos. O direito à informação passou a ser condição de possibilidade para efetivação da participação popular, corolário das democracias modernas, permitindo a atuação consciente e eficaz da sociedade, tanto no controle social do poder quanto no desenvolvimento de políticas públicas.

A passagem transcrita acima deixa claro que uma das bases e requisito de um estado democrático de direito é o direito à informação. Com o direito à informação as pessoas podem tomar conhecimento de dados e fatos formando assim a sua opinião para tomar as suas decisões de forma livre e consciente. A censura e a manipulação da informação estão intimamente ligadas com a ausência de liberdade e com os estados totalitários. Nesse sentido, Wilson Steinmetz[146] explica que:

> O direito fundamental de acesso à informação contribui para a livre formação das ideias, opiniões, avaliações, convicções e crenças da pessoa sobre assuntos ou questões de interesse público, relativos ao Estado e à sociedade civil, e de interesse individual ou de grupo.

Toda tomada de decisão ou formação de uma opinião vai partir do pressuposto das informações ou a sua ausência, é por isso que o direito à informação é um direito fundamental da pessoa humana de extrema relevância para a construção de um estado democrático. As informações são ponto de partida para tomada de decisões

d=i00ae6240f25311dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=1437&context=104&startchunk=1&endchunk=1#>. Acesso em: 04 jul. 2016.

146 CANOTILHO, J. J. Gomes et al. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 697.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

governamentais, de uma empresa e da vida das pessoas, e com o consumidor não é diferente. A seguir faremos algumas considerações a respeito do direito à informação do consumidor.

4.1 DIREITO À INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR NO CDC

Regulamentando os comandos constitucionais da Constituição Federal de 1988 (art. 5º, XXXII, art. 170, V e art. 48 do ADCT) foi promulgada em 11 de setembro de 1990 a Lei nº 8.078/90 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor (CDC) com 119 artigos que disciplina as relações de consumo trazendo os direitos dos consumidores, a política nacional das relações de consumo, as sanções administrativas e penais, dentre outros temas.

O CDC é uma legislação bastante progressista, pois trouxe em seus dispositivos várias inovações, sempre visando à proteção do consumidor.

É sob esse enfoque que o Código de Defesa do Consumidor traz o direito à informação como um dos direitos mais presentes e importantes da relação de consumo, pois é com ele que o consumidor ficar ciente das características e consequências da utilização do produto ou serviço e assim poderá exercer a sua livre escolha. Nesse sentido, o professor Leandro Cardoso Lages[147] explica que:

> O princípio da informação representa, se não o mais importante, o mais presente no texto legal do CDC. Em boa parte dos artigos da lei, a informação e mencionada como uma obrigação imposta ao fornecedor e um direito do consumidor, que deve ser informado corretamente a respeito das características, preços, condições e qualidade do dos produtos e serviços disponibilizado no mercado de consumo, a fim de que possa adquiri-los com liberdade, sem surpresas ou imprevistos.

Como bem explicado acima, a informação é um dos pressupostos para liberdade de escolha do consumidor. Sem a informação a respeito do produto ou serviço o consumidor fica impossibilitado de conhecer as suas características e as possíveis consequências do seu uso.

O direito a informação é um direito fundamental da pessoa humana e no CDC esse direito é previsto em diversos artigos, dentre eles temos o art. 6º, III que estabelece:

147 LAGES, Leandro Cardoso. Direito do consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 69.

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...]
>
> III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

Da leitura do dispositivo citado acima percebe-se que a informação é um direito básico do consumidor e um dever do fornecedor que deve prestar uma informação adequada e clara a respeito das especificações, da quantidade, das características, da composição, da qualidade, dentro outras informações necessárias do produto ou serviço. E se o produto ou serviço apresentar algum risco para o consumidor esse risco deve ser informado. Comentado tal dispositivo, Claudia Lima Marques[148] explica que:

> O direito à informação, assegurar a igualdade material e formal (art. 5.º, I e XXXII da CF/88) para o consumidor frente ao fornecedor, pois o que caracteriza o consumidor é justamente seu déficit informacional, quanto ao produto ou serviço, suas características, componentes e riscos quanto ao próprio contrato, no tempo e conteúdo [...].

Evidencia-se que uma das finalidades do direito à informação é equilibrar a relação consumerista em que o consumidor é vulnerável frente ao fornecedor. Nesse sentido, Fabrício Bolzan de Almeida149 explica que "se por um lado é dever do fornecedor informar, por outro é direito básico do consumidor ser informado, mesmo porque este é sujeito vulnerável da relação jurídica de consumo." Destacando a importância do direito à informação para a segurança do consumidor João Batista de Almeida150 deixa claro que:

> Há estreita relação com o direito à segurança, pois, se o consumidor tem o direito de consumir produtos e serviços eficientes e seguros, é intuitivo que deve ser ele informando adequadamente acerca do consumo dos produtos e serviços, notadamente no que se refere à

148 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, pág. 282.

149 ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. Direito do consumidor esquematizado. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 208.

150 ALMEIDA, João Batista de. Manual de direito do consumidor. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 44 e 45.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> especificação correta de quantidade, característica, composição, qualidade e preço, bem como dos riscos que apresentam.

Dessa forma o direito à informação exerce um papel fundamental nas relações de consumo, isso porque tal direito é o ponto de partida para equilibrar a relação consumerista, oferecendo ao consumidor subsídios para conhecer as principais características do produto ou serviço e assim, de forma livre e consciente, o consumidor poderá gozar de seus direitos. No próximo subtópico abordaremos o direito à informação com enfoque na proteção da saúde e da segurança do consumidor.

4.2 DIREITO À INFORMAÇÃO NO CDC E A PROTEÇÃO DA SAÚDE E DA SEGURANÇA DO CONSUMIDOR

Tendo o direito à informação como norte, os arts. 8º, 9º e 10 do Código de Defesa do consumidor têm por objetivo vedar que produtos e serviços entrem no mercado de consumo representando riscos, além daqueles considerados previsíveis e aceitáveis, a saúde e a segurança do consumidor. Ou quando considerados nocivos ou perigosos à saúde e a segurança do consumidor deverá trazer essa informação. Nesse sentido o art. 9º estabelece que:

> Art. 9° O fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.151

Tal dispositivo impõe ao fornecedor o dever de informar ao consumidor quando o produto ou serviço oferecer riscos a saúde ou a segurança. Fazendo uma relação entre o direito à informação e o art. 9º, do CDC, Luiz Antônio Rizzatto Nunes[152] esclarece que:

> O art. 6º, III, do CDC estatui que é direito básico do consumidor ter informação clara e adequada sobre os diferentes produtos e serviços, especialmente quanto aos riscos que apresentam. O art. 9º reforça essa ideia na medida em que determina ao fornecedor de produtos e serviços potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou

151 BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

152 NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. Curso de direito do consumidor. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 211.

> segurança que informe, de maneira ostensiva e adequada, sua nocividade ou periculosidade.

Como já dito anteriormente, o direito à informação está presente em diversos dispositivos do CDC. E este direito possibilita o consumidor a ter conhecimento dos danos e riscos do produto ou serviço. Comentado os arts. 8º e 9º do CDC, Leandro Cardoso Lages[153] explica que:

> Os riscos admitidos pelo CDC são aqueles que decorrem das próprias condições de uso e finalidade do produto ou serviço. Para esses produtos ou serviços cujo risco seja inerente à sua natureza, o fornecedor deve informar acerca dessas circunstâncias, configurando crime a omissão de informações dessa natureza. Já O art. 9º cria outro nível de risco, ao utilizar a expressão "produtos ou serviços potencialmente nocivos ou perigosos", permitindo a comercialização desses produtos ou serviços desde que haja um alerta mais expressivo a respeito. A informação ostensiva sobre a periculosidade dá-se através de símbolos, cores, ou alertas, como a figura de uma caveira, de um raio (alta voltagem), cor vermelha e palavras de alerta, por exemplo, "atenção" e "cuidado".

Como dito acima, a diferença entre o art. 8º e 9º do CDC está no grau de risco que o produto ou o serviço representa para a saúde e a segurança do consumidor. No art. 8º o produto ou o serviço não representa um risco em si mesmo, pois o risco representado aqui é considerado normal é previsível em decorrência de sua natureza e fruição (um exemplo são as informações nutricionais nos alimentos em que certas substâncias podem acarretar um risco a saúde do consumidor ou até mesmo alergias), dessa forma o consumidor deverá ser informado das características deste produto ou serviço. Já no art. 9º o produto ou serviço representa um risco em si mesmo, como é o caso de agrotóxicos, fogos de artifício, material radioativo. Comentado o art. 9º, do CDC Claudia Lima Marques[154] esclarece que:

> O art. 9.º refere-se a produtos e serviços "potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança", daí incluir, segundo a doutrina (Denari, p. 149), bebidas alcoólicas, tabaco, agrotóxicos, fogos de

153 LAGES, Leandro Cardoso. Direito do consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 69.

154 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 414.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> artifício, material radioativo, pilhas, dedetização de prédios [...]. Em se tratando de produtos perigosos, o dever de informar claramente, através de sinais ostensivos, cores, símbolos, alertas e manuais de instrução redigidos em termos compreensivos para leigos, é um dos deveres impostos expressamente pelo CDC [...].

Percebe-se que a doutrina classifica os agrotóxicos como um produto perigoso à saúde do consumidor. Tal afirmativa é valida, pois os testes feitos em laboratórios comprovam o risco e perigo dos agrotóxicos para a saúde humana, como já foi demonstrado no tópico 3 deste trabalho. Além do mais as embalagens dos agrotóxicos traz as informações e símbolos exigidos pelo art. 9º do CDC. Nessa perspectiva, Ana Paula Atz155 explica que:

> [...] a informação atua em um segundo momento: quando da colocação dos produtos no mercado, o direito do consumidor privilegia o momento da comunicação desses riscos, seja na embalagem ou rotulagem dos produtos, seja pela via da publicidade. O risco, assim, impõe, como método de trabalho, a transparência e a visibilidade da organização, já que a percepção social dos riscos se tornou de grande relevância para a aceitação de determinados produtos no mercado.

Fica evidente que a informação em produtos que oferecem riscos e danos ao consumidor é impositiva. Mas fica a pergunta, os alimentos produzidos com agrotóxicos que representam riscos ou danos à saúde e segurança do consumidor podem ser enquadrados em um dos artigos citados acima? Não é uma resposta fácil de ser respondida, mas o próximo subtópico fornecerá mais informações para uma possível resposta.

4.3 PROJETOS DE LEI Nº 6448/2009 E Nº 1297/2015

O legislador atento à problemática do uso dos agrotóxicos e o direito à informação do consumidor deu iniciativa a dois projetos de lei, PL nº 6448/2009 e PL nº 1297/2015, ambos em tramitação na Câmara dos Deputados, para regulamentar o direito à informação do consumidor quando o produto de origem vegetal for produzido com agrotóxicos. A

155 ATZ, Ana Paula. O gerenciamento do risco no direito do consumidor a partir da observação do princípio da informação. Revista de Direito do Consumidor - vol. 100/2015. p. 225 – 265. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000155b7861324bd4911a1&docguid=i00ae6240f25311dfab6f010000000000&hitguid=i00ae6240f25311dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=1437&context=104&startchunk=1&endchunk=1#>. Acesso em: 04 jul. 2016.

seguir abordaremos os principais pontos de cada um dos projetos de lei, tecendo algumas considerações a respeito.

O primeiro é o projeto de lei nº 6448/2009 de iniciativa do Deputado Federal Sarney Filho que está redigido da seguinte forma:

> O Congresso Nacional decreta:
>
> Art. 1º A Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que "dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências", passa a vigorar acrescido do seguinte art. 11-A:
>
> "art. 11-A. Na comercialização de produtos alimentares destinados ao consumo humano ou animal, devem constar informações no rótulo sobre os agrotóxicos e afins utilizados na produção agropecuária dos ingredientes, bem como, na forma do regulamento, sobre os medicamentos empregados na produção animal.
>
> Parágrafo. As informações previstas no *caput* devem constar no rótulo dos produtos alimentares embalados na ausência do consumidor e nos recipientes de alimentos vendidos a granel ou in natura diretamente ao consumidor, bem como nos respectivos documentos fiscais."
>
> Art. 2º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.156

Da leitura do projeto de lei indicado acima percebe-se que o legislador pretende acrescentar um artigo ao Código de Defesa do Consumidor para tratar especificamente do direito à informação quando o alimento utilizar agrotóxicos em sua produção. E importante destacar que a localização do referido artigo pretende ficar dentro do capítulo IV, seção I do CDC, que trata justamente da proteção da saúde e da segurança do consumidor.

O projeto de lei prevê que quando um alimento for produzido com agrotóxico e for destinado a consumo humano ou animal no rótulo deste produto deverá constar a

156 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Lei e Outras Proposições: PL 6448/2009. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=460563>. Acesso em: 27 out. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

informação de que foi produzido com agrotóxicos. A justificativa para tal exigência está redigida nos seguintes termos:

> Se o CDC já prevê genericamente que os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, obrigando-se os fornecedores a dar as informações necessárias e adequadas a seu respeito (art. 8º), não consta na lei regra mais específica sobre os alimentos. Acreditamos que os consumidores têm o direito de serem informados sobre todos os tipos de agrotóxicos e substâncias similares empregados no processo produtivo dos ingredientes dos alimentos colocados à venda. Cabe a cada um escolher os produtos que acredita serem mais seguros em termos de proteção à saúde humana e animal.157

A justificativa do projeto de lei vai ao encontro do que já foi apresentado anteriormente neste trabalho, o risco e danos à saúde do consumidor causados por agrotóxicos e o direito à informação do consumidor. Na justificativa, é citado ainda o art. 40, da Lei 11.105/2005 que teria disposição similar com a pretendida pelo projeto de lei. O projeto de lei nº 6448/2009 está em tramitação e aguarda o parecer do relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).

A segunda proposta que visa regulamentar o direito à informação do consumidor quando um alimento for produzido com agrotóxicos é o projeto de lei nº 1297/2015 de iniciativa do Deputado Federal Veneziano Vital do Rêgo, em que o projeto de lei tem a seguinte redação:

> Art. 1º Esta Lei altera a redação do art. 9º da Lei nº 8.078, de 11 de dezembro de 1990, que institui o Código de Defesa do Consumidor.
>
> Art. 2º: O art. 9º da Lei nº 8.078, de 11 de Dezembro de 1990 passa a vigorar com a seguinte redação:
>
> "Art. 9º O fornecedor de produtos e serviços agrícolas e industriais potencialmente nocivos ou perigosos à saúde ou segurança deverá informar, de maneira ostensiva e adequada, a respeito da sua nocividade ou periculosidade, sem prejuízo da adoção de outras medidas cabíveis em cada caso concreto.

157 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Lei e Outras Proposições: PL 6448/2009. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=460563>. Acesso em: 27 out. 2016.

I – Conterá, obrigatoriamente, a impressão da frase de advertência: "PRODUZIDO COM AGROTÓXICO" em rótulos e embalagens de todos os produtos não orgânicos comercializados para o consumo humano, bem como a origem do alimento e o tipo de pesticida utilizado e os possíveis malefícios à saúde do consumidor.

II – Os produtos orgânicos comercializados no mercado interno conterão em suas embalagens e rótulos a expressão: "LIVRE DE AGROTÓXICO", bem como sua origem, data de produção e validade.

III - Nos estabelecimentos comerciais, os produtos orgânicos passíveis de contaminação por contato ou que não possam ser diferenciados visivelmente dos similares não orgânicos devem ser mantidos e expostos em espaço delimitado e exclusivo, para que não se misturem com produtos não orgânicos.

IV – O fornecedor deverá afixar nos rótulos e embalagens, as informações mencionadas nos incisos I e II deste artigo, utilizando no mínimo 50% (cinquenta por cento) do tamanho e fonte da letra empregada no nome do produto.

§ 1º. O fornecedor que comercializar fora das embalagens e rótulos os produtos previstos nos incisos I e II deste artigo deverá expor as referidas informações junto ao material divulgação que contiver o preço e a especificação do produto, nos termos do inciso IV.

§ 2º O descumprimento do disposto no inciso I, do caput deste artigo, implica na aplicação de multa pelo órgão estadual de defesa do consumidor.

I – Em caso de reincidência, as multas previstas neste artigo serão aplicadas em dobro.

§ 3º A correção das multas aplicadas por descumprimento do inciso I, caput deste artigo, terá como base o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - Especial (IPCA-e).

§ 4º. As receitas auferidas com a aplicação de multas pelo descumprimento deste artigo serão repassadas às instituições

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> públicas de saúde ou filantrópicas do respectivo Estado-Membro, cujo objeto social preveja a prevenção e o controle do câncer.
>
> Art. 3º Esta lei entra em vigor na data de sua publicação.158

Esta proposta tem a mesma finalidade do projeto de lei citado anteriormente (PL nº 6448/2009), trazer no rótulo do produto a informação de que ele foi produzido com agrotóxico. O texto deste projeto de lei é mais claro e indica a seguinte expressão "PRODUZIDO COM AGROTÓXICO" a ser fixada no rótulo do produto, diz ainda que deverá indicar o tipo de agrotóxico utilizado e os malefícios que ele pode causar para a saúde do consumidor. É importante destacar também, assim como no outro projeto de lei, a localização do referido artigo pretende ficar dentro das disposições que trata sobre proteção da saúde e da segurança do consumidor no CDC.

Além do projeto de lei nº 1297/2015 ser mais bem elaborado e com disposições mais claras do que a do PL nº 6448/2009, a justificativa daquele é bem mais fundamentada, como se observa no trecho:

> O Instituto Nacional de Câncer (Inca) divulgou no dia 08 de abril do corrente ano, documento em que se posiciona contra "as práticas de uso de agrotóxicos no Brasil" e ressalta os riscos à saúde do uso desses produtos químicos. Segundo a pesquisa: "No Brasil, a venda de agrotóxicos saltou de US$ 2 bilhões para mais de US$7 bilhões entre 2001 e 2008, alcançando valores recordes de US$ 8,5 bilhões em 2011. Assim, já em 2009, alcançamos a indesejável posição de maior consumidor mundial de agrotóxicos, ultrapassando a marca de 1 milhão de toneladas, o que equivale a um consumo médio de 5,2 kg de veneno agrícola por habitante.
>
> Ressalta-se que em março de 2015 a Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC) publicou a Monografia da IARC volume 112, na qual, após a avaliação da carcinogenicidade de cinco ingredientes ativos de agrotóxicos por uma equipe de pesquisadores de 11 países, incluindo o Brasil, classificou o herbicida glifosato e os inseticidas malationa e diazinona como prováveis agentes carcinogênicos para humanos (Grupo 2A) e os inseticidas tetraclorvinfós e parationa como possíveis agentes carcinogênicos para humanos (Grupo 2B). [...] Além disso, junto com outros setores

158 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Lei e Outras Proposições: PL 1297/2015. Disponível em:< http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1215802>. Acesso em: 27 out. 2016.

> do Ministério da Saúde, incluiu o tema "agrotóxicos" no Plano de Ações Estratégicas de Enfrentamento das Doenças Crônicas Não-Transmissíveis no Brasil (2011-2022). Em 2012, a Unidade Técnica de Exposição Ocupacional, Ambiental e Câncer e a Unidade Técnica de Alimentação, Nutrição e Câncer do INCA organizaram o "I Seminário Agrotóxico e Câncer", em parceria com a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz). Esse evento reuniu profissionais da área da saúde, pesquisadores, agricultores e consumidores para debater os riscos à saúde humana decorrentes da exposição aos agrotóxicos, particularmente sua relação com determinados tipos de câncer. E em 2013, em conjunto com a Fiocruz e a Abrasco, assinou uma nota alertando sobre os perigos do mercado de agrotóxicos. Nesta perspectiva, o objetivo deste documento é demarcar o posicionamento do INCA contra as atuais práticas de uso de agrotóxicos no Brasil e ressaltar seus riscos à saúde, em especial nas causas do câncer. Dessa forma, espera-se fortalecer iniciativas de regulação e controle destas substâncias, além de incentivar alternativas agroecológicas aqui apontadas como solução ao modelo agrícola dominante. Considerando o atual cenário brasileiro, os estudos científicos desenvolvidos até o presente momento e o marco político existente para o enfrentamento do uso dos agrotóxicos, o Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA) recomenda o uso do Princípio da Precaução e o estabelecimento de ações que visem à redução progressiva e sustentada do uso de agrotóxicos, como previsto no Programa Nacional para Redução do uso de Agrotóxicos (Pronara)." [...] Diante do exposto, entendendo que o objetivo deste projeto não é criar barreiras e restrições à importante atividade agrícola do nosso país, mas apenas de ampliar a divulgação de informações relativas à produção de alimentos, para o consumidor final do produto agrícola, espero poder contar com o apoio dos meus Pares para a aprovação do presente projeto de lei.159

Percebe-se que a justificativa do projeto de lei nº 1297/2015 é bastante contundente e se apoia em informações de instituições/órgãos que têm conhecimento

159 BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Lei e Outras Proposições: PL 1297/2015. Disponível em:< http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1215802>. Acesso em: 27 out. 2016.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

técnico para falar sobre o assunto, O Instituto Nacional de Câncer (INCA), Agência Internacional de Pesquisa em Câncer (IARC), Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz).

Outro ponto a ser destacado na justificativa do projeto de lei nº 1297/2015 é a ressalva de que o referido projeto de lei não tem a finalidade de criar barreiras e restrições à atividade agrícola no Brasil, "[...] mas apenas de ampliar a divulgação de informações relativas à produção de alimentos [...]"160 tendo como base os princípios da precaução, da informação para garantir a saúde e a segurança do consumidor. Tal projeto de lei encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados esperando apreciação em plenário.

Mesmo diante das informações apresentadas acima, o direito à informação no CDC e a proteção à saúde e à segurança do consumidor e os projetos de lei nº 6448/2009 e nº 1297/2015, há de se questionar se os riscos e danos que os agrotóxicos oferecem ao consumidor são capazes de fundamentar a exigência da prestação desta informação ao consumidor. Esse questionamento será mais bem desenvolvido a seguir.

4.4 SOCIEDADE DE RISCO

A cada dia que passa novos produtos e serviços são lançados no mercado e adquiridos por uma sociedade de consumo em massa. No processo de desenvolvimento e elaboração dos produtos e serviços são utilizados conhecimentos científicos da física, da química, da biologia e de diversas outras ciências aplicadas. Muitos dos produtos e serviços lançados no mercado de consumo possuem tecnologias de ponta, como é o caso das nanotecnologias, da biotecnologia, entre outros. Certo é que esses produtos e serviços, muitas vezes, são desenvolvidos em laboratórios que utilizam diversas ciências aplicadas, as quais o consumidor sequer imagina fazerem parte da composição daquele produto ou serviço.

Nesses laboratórios onde são desenvolvidos tais produtos e serviços são realizados os mais diversos testes para garantir a saúde e segurança do consumidor. Além destes testes, os órgãos públicos competentes, como é o caso da ANVISA, do INMETRO etc., fiscalizam e certificam a segurança e a qualidade dos produtos e serviços, mas mesmo assim não é possível eliminar os riscos de forma total. Ou seja, não existe um risco zero no consumo de produtos e serviços. O que existe são padrões mínimos definidos como seguros, considerando-se o conhecimento científico da atualidade. É sobre essa perspectiva que podemos afirmar que vivemos em uma "sociedade de risco", conforme se percebe no trecho citado a seguir.

160 Ibidem.

> Assim, é certo que essas transformações decorrentes da modernidade causaram impactos científicos, sociais, filosóficos e, principalmente, ambientais; de forma que muitos autores se debruçaram sobre o tema com o intuito de analisar as consequências advindas, sobremaneira, desse período histórico. Nesse sentido, o sociólogo alemão Ulrich Beck desenvolveu a chamada teoria da sociedade de risco, através da qual analisa, utilizando-se dos conceitos de perigo e risco, o processo de transformação social moderno, partindo de uma primeira modernidade, na qual vigora a sociedade industrial, para, em seguida, aprofundar o estudo sobre as particularidades da segunda modernidade, vivenciada pela atual sociedade de risco (FERREIRA, 2010). Nas palavras de Beck (2007), a sociedade moderna converteu-se em uma sociedade de risco no sentido de que está cada vez mais ocupada, debatendo, prevenindo e controlando os riscos que ela mesma produz.161

Fica evidente que com o desenvolvimento das ciências e as transformações sociais, cada vez mais se produz riscos que muitas vezes fogem da esfera do controle da sociedade por diversos motivos, caracterizando assim uma sociedade de risco. Nesse contexto, Maria Leonor Paes Cavalcanti Ferreira explica que:

> Deve-se destacar que as características dos efeitos adversos dos agrotóxicos se encaixam perfeitamente no tipo de risco aos quais as sociedades modernas estão expostas. Segundo Beck, nessa sociedade houve uma explosão de riscos, cujos efeitos tendem cada vez mais a se evadir das instituições de controle e proteção da sociedade industrial. Em adição aos riscos típicos da sociedade industrial, os riscos ambientais oriundos das engenharias nuclear, química, ambiental e genética, característicos de uma sociedade pós-industrial, assumem características distintas, a saber: são ilimitados em função do tempo, globais no âmbito de seu alcance e potencialmente catastróficos. Nesse sentido, examina-se o caso dos agrotóxicos: a introdução deliberada desses produtos no meio ambiente tem levado à presença de alguns compostos, embora em concentrações muito baixas, em quase todas as áreas do globo, tais

161 ARAGÃO, Alexandra (org.) et al. Agrotóxicos: a nossa saúde e o meio ambiente em questão: aspectos técnicos, jurídicos e éticos. Florianópolis: FUNJAB, 2012, p. 28.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> como as regiões polares, que se localizam longe dos locais de aplicação.162

A autora afirma que as consequências provocadas pela utilização de agrotóxicos é um dos riscos que caracterizam a sociedade de risco. Mas na sociedade moderna não é razoável exigir do fornecedor de um produto ou serviço um risco zero, até porque vivemos em uma "sociedade de risco". Nesse sentido, Leandro Cardoso Lages explica que:

> É impossível exigir do fornecedor um risco zero no mercado de consumo, qualquer produto, por mais inofensivo que possa parecer, apresenta algum grau de risco. Raffaele De Giorgi demonstra o risco como um paradoxo da modernidade na sociedade contemporânea e justifica da seguinte forma: "A sociedade moderna é a sociedade de risco não no sentido ameaçador e apocalíptico que a moda difundiu. É a sociedade de risco porque somente essa sociedade criou condições para se construir futuros diferentes, para manter elevado a contingência dos eventos vale dizer, para manter possibilidades sempre abertas quando, em razão de uma decisão, verificou-se um eventual dano que se queria ter evitado e que uma outra decisão poderia ter evitado."163

Assim, é nesse ponto que a sociedade de risco se relaciona com o direito à informação do consumidor. Se por um lado não se pode exigir um risco zero do fornecedor de um produto ou serviço, por outro lado, este fornecedor deverá repassar ao consumidor todas as informações relevantes acerca do risco do produto ou serviço, gerenciando/administrando portanto, o risco. Para tanto, Ana Paula Atz164 explica que:

> No que tange ao gerenciamento dos riscos das novas tecnologias, a informação passa a ser o elemento principal quando da operacionalização pelo Direito da comunicação dos riscos, uma vez

162 FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. A pulverização aérea de agrotóxicos no Brasil: cenário atual e desafios. Revista de Direito sanitário. São Paulo v.15 n.3, p. 18-45, nov. 2014/fev. 2015, p. 29 e 30. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/97324/96336>. Acesso em: 28 jul. 2016.

163 LAGES, Leandro Cardoso. Direito do consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 84.

164 ATZ, Ana Paula. O gerenciamento do risco no direito do consumidor a partir da observação do princípio da informação. Revista de Direito do Consumidor - vol. 100/2015. p. 225 – 265. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000155b7861324bd4911a1&docguid=i00ae6240f25311dfab6f010000000000&hitguid=i00ae6240f25311dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=1437&context=104&startchunk=1&endchunk=1#>. Acesso em: 04 jul. 2016.

> que o capacita a gerir, de forma específica, os riscos concretos e abstratos. Nesse sentido, a distinção entre o princípio da prevenção e precaução reside justamente na existência de bases informativas de conhecimento científico que seja capaz de determinar relações de causa e consequência (prevenção) ou mesmo de elevado grau de imprevisão e insegurança científica (precaução).

Diante desse gerenciamento do risco explicitado acima, fica a seguinte pergunta: se todos os produtos e serviços colocados no mercado de consumo oferecem algum tipo de risco, o fornecedor está obrigado a informar todos os riscos ao consumidor? A resposta é não, pois os riscos previsíveis pelo consumidor que usufrui o produto ou serviço deixam claro que não há necessidade de ser informados, tendo em vista que o consumidor já os conhece. Um exemplo é que não há necessidade de trazer a informação em uma faca de que ela corta, pois o risco é previsível pelo consumidor e decorre da fruição do próprio produto. Por outro lado, quando esse risco não for previsível pelo consumidor o fornecedor do produto ou serviço deverá informar.

Mesmo vivendo em uma sociedade de risco, o consumidor com as informações básicas das características do produto ou serviço poderá escolher se vai correr o risco ou não. Ou seja, se por um lado não se pode exigir um risco zero do produto ou serviço disponibilizado no mercado de consumo, por outro lado o consumidor tem o direito à informação das principais características deste produto ou serviço que será adquirido.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, destaca-se que a problemática do uso dos agrotóxicos é um tema interdisciplinar, pois envolve conhecimentos científicos de várias áreas que se relacionam entre si. Isso demonstra a complexidade do tema, mas como dito inicialmente o objetivo do trabalho não é discutir a utilização ou não dos agrotóxicos e sim sobre o direito à informação do consumidor diante da contaminação de alimentos por resíduos de agrotóxicos.

Diante da complexidade da problemática que envolve a utilização dos agrotóxicos e da importância desse produto para agricultura qualquer conclusão ou tomada de decisão deve ter embasamento técnico. E ao longo deste trabalho ficou demonstrado por diversos estudos científicos que de fato a utilização dos agrotóxicos causam riscos e danos ao meio ambiente e a saúde do consumidor, pois o meio ambiente é diretamente afetado com aplicação destes produtos e os alimentos contém resíduos de agrotóxicos acima dos limites permitidos, em algumas situações constatou-se até mesmo a presença de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

agrotóxicos proibidos. Vale ressaltar que estudos demonstram que após a aplicação dos agrotóxicos estes persistem no meio ambiente contaminando-o, inclusive a água para o consumo humano, consequentemente o próprio ser humano.

Embora o Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA) realizado pela ANVISA considere que o consumo de alimentos com resíduos de agrotóxicos não representam danos para a saúde do consumidor, mesmo tendo constatado que em média 30% das amostras de alimentos analisadas foram consideradas insatisfatórias para os parâmetros estabelecidos. Vale ressaltar que a própria ANVISA faz a ressalva de que essa afirmação é obtida considerando os conhecimentos científicos da época e que esses parâmetros considerados como "seguros" não englobam todas as variáveis possíveis que podem ocorrer.

Logo, justamente por este fato, dos parâmetros de segurança estabelecidos pela ANVISA quanto ao consumo de resíduos de agrotóxicos não englobarem todas as variáveis, que estes são questionados por estudiosos do tema. A crítica reside no fato dos parâmetros de segurança serem definidos em laboratórios desconsiderando as variáveis como a interação dos resíduos de agrotóxicos com o organismo humano, com outros agrotóxicos e com outros produtos químicos. Os parâmetros considerados como seguros também, em um primeiro momento, não levam em consideração a intoxicação crônica do consumidor, somente a intoxicação aguda.

A consideração da intoxicação crônica por resíduos de agrotóxicos é extremamente relevante tendo em vista que estes resíduos se acumulam no organismo e que 100% dos agrotóxicos que foram reavaliados pela ANVISA, considerando novos estudos científicos e a intoxicação crônica, foram proibidos ou tiveram restrições pelo fato de causarem riscos e danos ao meio ambiente e a saúde humana.

Nesse contexto, é com base nessas considerações que órgãos como o Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva (INCA) e a Fundação Oswaldo Cruz (Fiocruz), entidades como a Associação Brasileira de Saúde Coletiva (Abrasco) e profissionais da saúde, dentre outros, alertam para as consequências da utilização dos agrotóxicos para a saúde do consumidor.

Nessa perspectiva, o Código de Defesa do Consumidor amparado pelo texto constitucional traz o direito à informação como princípio e direito básico do consumidor que deve reger as relações de consumo. Os artigos 8º ao 10 do CDC dispõem sobre a proteção da saúde e segurança do consumidor tendo o princípio da informação como norte. É por essa representação de riscos e danos causados por resíduos de agrotóxicos em alimentos, de forma efetiva, para a saúde do consumidor que o direito à informação deve atuar.

O legislador federal atento a essas informações, resíduos de agrotóxicos em alimentos, deu iniciativa a dois projetos de lei, PL nº 6448/2009 e PL nº 1297/2015, ambos em tramitação na Câmara dos Deputados, para regulamentar o direito à informação do consumidor quando o produto de origem vegetal for produzido com agrotóxicos.

Por isso, com esse embasamento é que se afirma ser necessária a informação no rótulo do produto de que o alimento foi produzido com agrotóxico para resguardar o direito à informação do consumidor e sua livre escolha para consequentemente preservar a sua saúde e segurança. Se de fato os resíduos de agrotóxicos em alimentos representam riscos e danos para a saúde do consumidor, como foi demonstrado ao longo do trabalho, a informação no rótulo do produto é de suma importância, pois sem ela o consumidor sequer saberá que está consumindo um produto prejudicial a sua saúde.

Ressalta-se que não se está discutido se os agrotóxicos devem ser utilizados ou não na produção de alimentos, mas sim o direito fundamental da pessoa humana de ter acesso à informação, de ser informado que o alimento foi produzido com agrotóxicos. Ademais, vivemos em uma "sociedade de risco" em que não se pode exigir um risco zero do fornecedor de serviços e produtos quando esse risco for previsível e decorrer da própria fruição do produto ou serviço. Mas quando existe comprovação de estudos científicos de que o produto ou serviço oferece riscos e danos à saúde do consumidor, como é caso dos resíduos de agrotóxicos em alimentos, o fornecedor é obrigado a informar o consumidor sobre tais riscos e danos sob pena de ser responsabilizado pelos danos.

Mesmo se não houvesse a comprovação científica de que os resíduos de agrotóxicos em alimentos não representam riscos e danos para a saúde do consumidor, o que não é o caso, existe a necessidade dos rótulos dos alimentos informarem de que eles foram produzidos com agrotóxicos, pois como bem demostra a história recente muitas vezes um produto foi considerado inofensivo para a saúde e segurança do consumidor ou tinha níveis considerados como "seguros" para o consumo e posteriormente foram considerados prejudiciais à saúde do consumidor, como foi o caso do DDT, do cigarro e do produto químico benzeno, dentre vários outros.

Além do mais o art. 40, da Lei 11.105/2005 (Lei de biossegurança) traz um dispositivo semelhante ao pretendido pelos projetos de lei nº 6448/2009 e nº 1297/2015, ambos da Câmara dos Deputados, e o fundamento para tal dispositivo foi justamente a dúvida quanto à segurança do consumo de alimentos transgênicos, sendo que nesse caso prevaleceu o princípio da precaução e o direito à informação do consumidor.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

AGUIAR, Ada Cristina Pontes; RIGOTTO, Raquel Maria. **Invisibilidade ou invisibilização dos efeitos crônicos dos agrotóxicos à saúde? Desafios à ciência e às políticas públicas**. 2015. Disponível em: < http://capacidadeshumanas.org/oichsite/wp-content/uploads/2015/06/03_agrotoxicos-final.pdf> Acesso em: 08 out. 2016.

ALMEIDA, Fabrício Bolzan de. **Direito do consumidor esquematizado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ALMEIDA, João Batista de. **Manual de direito do consumidor**. São Paulo: Saraiva, 2003.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA - ANVISA (Brasil). **Reavaliação de agrotóxicos**. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/agrotoxicos/produtos/reavaliacao-de-agrotoxicos>. Acesso em: 06 jul. 2016.

_____. **Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo cihexatina**. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117752/Nota%2BT%25C3%25A9cnica%2Bda%2Bcihexatina.pdf/00c3371b-086b-4863-b5c2-e91cc6c74b24>. Acesso em: 31 jul. 2016.

_____. **Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo endossulfam**. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117839/Nota%2Bt%25C3%25A9cnica%2Bfinal%2Bdo%2Bendossulfam%252C%2Bap%25C3%25B3s%2Ba%2BConsulta%2BP%25C3%25BAblica.pdf/7bf6cbea-5d0c-4d42-a018-78178789e230>. Acesso em: 31 jul. 2016.

_____. **Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo lindano**. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117797/lindano.pdf/39f519f7-ee51-4fd8-9528-23c1826ce2be>. Acesso em: 31 jul. 2016.

_____. **Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo metamidofós**. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117755/Nota%2Bt%25C3%25A9cnica%2Bdo%2Bmetamidof%25C3%25B3s.pdf/6d5d9565-2deb-4222-b102-37efc16b9e4f>. Acesso em: 31 jul. 2016.

_____. **Nota técnica: reavaliação toxicológica do ingrediente ativo triclorfom**. Disponível em:<http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117821/Nota%2Bt%25C3%25A9cnica.pdf/b3ae2e2c-773c-4d93-856c-bddc6c78bfdc>. Acesso em: 31 jul. 2016.

_____. **Programa de Análise de Resíduos de Agrotóxicos em Alimentos (PARA)**. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/programa-de-analise-de-registro-de-agrotoxicos-para> Acesso em: 27 set. 2016.

_____. **Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA). Brasília-DF, 2010**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/RELATORIO_PARA_2009.pdf/8a6a6722-f009-442e-9760-569bc5279c8d> Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA). Brasília-DF, 2011.** Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/Relat%25C3%25B3rio%2BPARA%2B2010%2B-%2BVers%25C3%25A3o%2BFinal.pdf/f568427b-c518-4a68-85b9-dd7680e55e07> Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA)**. Brasília-DF, 2013. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/446359/Programa+de+An%C3%A1lise+de+Res%C3%ADduos+de+Agrot%C3%B3xicos+-+Relat%C3%B3rio+2011+e+2012+%281%C2%BA+etapa%29/d5e91ef0-4235-4872-b180-99610507d8d5> Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA)**. Brasília-DF, 2014. Disponível em: < http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/Relat%25C3%25B3rio%2BPARA%2B2012%2B2%25C2%25AA%2BEtapa%2B-%2B17_10_14-Final.pdf/3bc220f9-8475-44ad-9d96-cbbc988e28fa> Acesso em: 11 mar. 2016.

_____. **Cartilha sobre agrotóxicos: série trilhas do campo**. Disponível em:< http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/451956/Cartilha+sobre+Agrot%C3%B3xicos+S%C3%A9rie+Trilhas+do+Campo/6304f09d-871f-467b-9c4a-73040c716676>. Acesso em: 31 jul. 2016.

_____. **Esclareça suas dúvidas sobre agrotóxicos em alimentos**. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/Perguntas%2Be%2Brespostas.pdf/bc84279b-eff0-4edb-ad3a-0598d07d8e2f> Acesso em: 24 set. 2016.

_____. **Programa de análise de resíduos de agrotóxicos em alimentos (PARA) - relatório de atividades de 2001 – 2007**. Brasília-DF, 2008. Disponível em: <

http://portal.anvisa.gov.br/documents/111215/117818/relatorio%2B2001%2B2007.pdf/460433e6-3d66-400b-8e93-48413ea8203f> Acesso em: 11 mar. 2016.

ARAGÃO, Alexandra (org.) et al. **Agrotóxicos: a nossa saúde e o meio ambiente em questão: aspectos técnicos, jurídicos e éticos**. Florianópolis: FUNJAB, 2012.

ATZ, Ana Paula. **O gerenciamento do risco no direito do consumidor a partir da observação do princípio da informação**. Revista de Direito do Consumidor - vol. 100/2015. p. 225 – 265. Disponível em:<http://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/widgetshomepage/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007900000155b7861324bd4911a1&docguid=i00ae6240f25311dfab6f010000000000&hitguid=i00ae6240f25311dfab6f010000000000&spos=2&epos=2&td=1437&context=104&startchunk=1&endchunk=1#>. Acesso em: 04 jul. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 jun. 2016.

_____. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 27 jul. 2016.

_____. **Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989**. Dispõe sobre os agrotóxicos. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7802.htm >. Acesso em: 13 mar. 2016.

_____. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 16 out. 2016.

_____. **Lei nº 9.294, de 15 de julho de 1996**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9294.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016

_____. **Decreto nº 4.074, de 4 de janeiro de 2002**. Regulamenta a Lei nº 7.802, de 11 de julho de 1989. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4074.htm>. Acesso em: 02 jul. 2016.

_____. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal e dá outras providências. Disponível em:<

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 12 out. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projetos de Lei e Outras Proposições: PL 6448/2009**. Disponível em:<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=460563>. Acesso em: 27 out. 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projetos de Lei e Outras Proposições: PL 1297/2015**. Disponível em:< http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1215802>. Acesso em: 27 out. 2016.

BOHNER, Tanny Oliveira Lima; ARAÚJO, Luiz Ernani Bonesso; NISHIJIMA, Toshio**. O impacto ambiental do uso de agrotóxicos no meio ambiente e na saúde dos trabalhadores rurais.** Rio Grande do Sul. Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, vol. 8, 2013. Disponível em:< http://cascavel.ufsm.br/revistas/ojs2.2.2/index.php/revistadireito/article/view/8280#.Vt3c_qjIa> Acesso em: 06 mar. 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

CARDOSO, Mayara. **Magnificação Biológica**. Disponível em:< http://www.infoescola.com/ecologia/magnificacao-biologica/> Acesso em: 21 abr. 2016.

CHAIM, Aldemir. **Tecnologia de aplicação de agrotóxicos: fatores que afetam a eficiência e o impacto ambiental**. In: SILVA, Célia Maria Maganhotto de Souza; FAY, Elisabeth Francisconi (Orgs.). Agrotóxicos e ambiente. Brasília: Embrapa; 2004. Disponível em: < https://www.agencia.cnptia.embrapa.br/Repositorio/Chaim_AgrotoxicoAmbiente_000fgp2794702wyiv8020uvkp2st4aal.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2016.

CRUZ, Gielli Vieira. **O quadro de contaminação de frutas, legumes e verduras (FLVs) com resíduos de agrotóxicos no Brasil e as oportunidades emergentes**. Porto Alegre: UFRGS. 2014, 135 p. Disponível em:<http://docplayer.com.br/5497139-O-quadro-de-

contaminacao-de-frutas-legumes-e-verduras-flvs-com-residuos-de-agrotoxicos-no-brasil-e-as-oportunidades-emergentes.html>. Acesso em: 03 ago. 2016.

FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. **A pulverização aérea de agrotóxicos no Brasil: cenário atual e desafios**. Revista de Direito sanitário. São Paulo v.15 n.3, p. 18-45, nov. 2014/fev. 2015. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/viewFile/97324/96336>. Acesso em: 28 jul. 2016.

GEREMIA, Bárbara. **Agrotóxicos: o emprego indiscriminado de produtos químicos no ambiente de trabalho rural e a responsabilização por danos à saúde**. 2011. p. 146. Disponível em:< https://repositorio.ucs.br/xmlui/bitstream/handle/11338/600/Dissertacao%20Barbara%20Geremia.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 fev. 2016.

GOMES, Patric Vinicius Silva et al. **Poluição do solo causada pelo uso excessivo de agrotóxicos e fertilizantes** – zona rural, Viçosa - MG. Disponível em: < http://www.cbcn.org.br/simposio/2010/palestras/agrotoxicos.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2016.

GUAZZELLI, Maria José; SPERB, Miriam (orgs.). **Agrotóxicos: guerra química contra a saúde e o meio ambiente**. Disponível em:<http://www.centroecologico.org.br/cartilhas/Agrotoxicos.pdf>. Acesso em: 05 jul. 2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS (IBAMA). **Relatórios de comercialização de agrotóxicos - boletim anual de produção, importação, exportação e vendas de agrotóxicos no Brasil**. Disponível em:< http://www.ibama.gov.br/areas-tematicas-qa/relatorios-de-comercializacao-de-agrotoxicos/pagina-3>. Acesso em: 03 jul. 2016.

_____. **Produtos agrotóxicos e afins comercializados em 2009 no Brasil**: uma abordagem ambiental. Brasília: Ibama, 2010. 84 p. Disponível em:< http://www.ibama.gov.br/phocadownload/Qualidade_Ambiental/produtos_agrotoxicos_comercializados_brasil_2009.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2016.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER – INCA (Brasil). **Posicionamento do Instituto Nacional de Câncer José Alencar Gomes da Silva acerca dos agrotóxicos**. Disponível em:<http://www1.inca.gov.br/inca/Arquivos/comunicacao/posicionamento_do_inca_sobre_os_agrotoxicos_06_abr_15.pdf > Acesso em: 06 mar. 2016.

LAGES, Leandro Cardoso. **Direito do consumidor: a lei, a jurisprudência e o cotidiano**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

LIMA, Maria Cecília de; ROCHA, Sá de Alencar. **Efeitos dos agrotóxicos sobre as abelhas silvestres no Brasil: proposta metodológica de acompanhamento**. Brasília: Ibama, 2012. 88 p.

LONDRES, Flavia. **Agrotóxicos no Brasil**: **um guia para ação em defesa da vida**. – Rio de Janeiro: Assessoria e Serviços a Projetos em Agricultura Alternativa, 2011. 190 p.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito à informação e o meio ambiente**. São Paulo: Malheiros, 2006.

MARIA, Adriana Matos de. **Dispositivos legais de registro e controle do uso de agrotóxicos no Brasil: um estudo de caso no Estado do Tocantins**. Manaus: UFAM, 2009, 105 p. Disponível em:< http://www.ppgcasa.ufam.edu.br/pdf/dissertacoes/2009/Adriana%20Matos.pdf>. Acesso em: 06 jul. 2016.

MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (Brasil). **Estatísticas e dados básicos de economia agrícola: 2016**. Disponível em:< http://www.agricultura.gov.br/arq_editor/Pasta%20de%20Junho%20-%202016(1).pdf>. Acesso em: 03 jul. 2016.

_____. **Agrofit: consulta de produtos formulados**. Disponível em: <http://agrofit.agricultura.gov.br/agrofit_cons/principal_agrofit_cons>. Acesso em: 03 ago. 2016.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: UNIC, 2009. Disponível em:< http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 12 out. 2016.

PERES, Frederico; MOREIRA, Josino Costa (orgs.). **É veneno ou é remédio? agrotóxicos, saúde e ambiente**. Rio de Janeiro: Editora FIOCRUZ, 2003.

SINDICATO NACIONAL DA INDÚSTRIA DE PRODUTOS PARA DEFESA VEGETAL (Brasil). **Balanço 2015**. Disponível em:< http://www.sindiveg.org.br/docs/balanco-2015.pdf>. Acesso em: 03 jul. 2016.

SILVA, Fabiana Oliveira da et al. **Agrotóxicos e polinizadores: isso combina?** Rio de Janeiro: Funbio, 2014.

VAZ, Paulo Afonso Brum. **O Direito Ambiental e os agrotóxicos**: **responsabilidade civil, penal e administrativa**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2006.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CANABIDIOL EM TRATAMENTOS MÉDICOS À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE PELO PODER JUDICIÁRIO

ANTONIO PEREIRA DA SILVA NETO: Bacharelando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho [165]

PAULA RANGELMA DE MELO MORAIS[166]

(coautora)

MARCUS VINÍCIUS DO NASCIMENTO LIMA[167]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho analisa os benefícios do uso do canabidiol, óleo extraído da *cannabis sativa*, para fins medicinais à luz do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, como também discute os entraves burocráticos para o acesso da substância perante a ANVISA, buscando abordar como o direito à saúde poderia ser assegurado através do poder judiciário, considerando que este atualmente se tornou primordial para a consagração do direito à saúde frente a inércia dos demais poderes. O artigo é resultado de uma pesquisa pura, aproveitou-se do método qualitativo e hipotético-dedutivo, permeado pela técnica de revisão bibliográfica. Destarte, constatou a indispensável manutenção e regulamentação do sistema jurídico a fim de que haja uma real efetivação dos direitos aos que carecem de tratamento à base do canabidiol.

Palavras-chave: Canabidiol. ANVISA. Saúde. Poderes.

1 INTRODUÇÃO

165 *E-mail*: netosilvaa2013@gmail.com

166 Bacharelanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho, *E-mail*: rangelma3435@gmail.com

167 Me. Marcus Vinicius do Nascimento Lima, Professor e Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho - UNIFSA, Mestre em Direito Constitucional, Especialista em Direito Fiscal, tributário e Especialista em Direito Civil. *Email:* marcus.n.lima@gmail.com.

O princípio da dignidade da pessoa humana corresponde a um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, por ser entendido como a garantia das necessidades vitais dos indivíduos tendo sua previsão no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Na qualidade de princípio fundamental, sua finalidade é assegurar ao homem um mínimo de direitos que devem ser respeitados pela sociedade e pelo poder público, de forma que preserve a valorização do ser humano, sendo, portanto, um fundamento basilar da República.

O canabidiol é uma substância extraída da *cannabis* (popularmente conhecida como maconha), atua no sistema nervoso central, possuindo um potencial medicinal elevado no tratamento de doenças psiquiátricas, produzindo efeitos eficazes em tratamentos terapêuticos. Porém, por meio dela é possível extrair o óleo da maconha, substância capaz de tratar diversas doenças, dentre elas; epilepsia, Alzheimer e glaucoma. Contudo, para fazer o uso da presente substância é necessário iniciar um procedimento de importação perante a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e aguardar a autorização, o que é bastante questionado e debatido atualmente, em razão da morosidade e pela questão burocrática para obter o acesso à substância que é essencial no tratamento de enfermos que necessitam urgentemente do medicamento.

A utilização do uso medicinal da *cannabis sativa*, comumente gera divergentes pontos de vistas, levando em consideração a possibilidade de sua utilização ser legalizada, regulamentada e descriminalizada. Infelizmente, muitas pessoas possuem um preconceito enraizado ao marginalizar a liberação do uso da planta, porém desconhecem que a substância derivada dela possui extremos benefícios que proporcionam uma melhor qualidade de vida aos que dependem do medicamento.

A legalização do plantio medicinal no Brasil, visa de primeira mão suprir as necessidades de pessoas enfermas que dependem exclusivamente desse medicamento para prosseguir com o tratamento. O princípio da dignidade da pessoa humana, garante aos cidadãos o mínimo necessário à sua existência, assim, todos tem direito à saúde, e consequentemente aos que dependem do canabidiol, deve ser assegurado o acesso ao medicamento de forma desburocratizada para fins de saúde e tratamentos.

Após várias decisões judiciais que concederam o habeas corpus preventivo e considerando a ilegalidade do porte de cannabis para uso pessoal, é notória a necessidade de uma mudança na legislação brasileira, principalmente na Lei de Entorpecentes, a lei nº 11.343/06. A legalização da utilização da maconha medicinal, vem ganhando atualmente um grande destaque na mídia, redes sociais e nas ruas em razão do surgimento de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

inúmeros projetos leis que tramitam atualmente no Congresso Nacional com o objetivo de promover o reconhecimento do estado, da necessidade no controle da *cannabis* terapêutica, assim como ocorre em diversos outros países onde sua legalização medicinal é admitida.

Nessa esteira, analisa-se o papel fundamental do Sistema único de Saúde (SUS) no fornecimento de medicamentos e custeio de tratamentos pelo Estado e a atuação da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA, 1999) na função de regular, fiscalizar e administrar as substâncias que podem ser consumidas para fins terapêuticos. Paralelamente a isso, a criação do procedimento burocrático e moroso que dificulta o acesso à substância em comento e como o Poder Judiciário tem caminhado para a desburocratização do acesso ao canabidiol.

O presente artigo objetiva analisar como se dá o acesso à substância no Brasil, por ser uma planta psicotrópica não legalizada. No entanto, o trabalho em tela busca demonstrar os empecilhos do acesso à substância e a consequente concretização do direito à saúde. O uso da *cannabis* terapêutica no brasil é bem restrito, fazendo com que a maioria da população que depende deste medicamento fique sem tratamento. Contudo, o intuito é demonstrar que o alto custo e a morosidade é o que torna inacessível sua obtenção.

2 HISTÓRICO E A UTILIZAÇÃO DA CANNABIS MEDICINAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A maconha, nome popular da *cannabis sativa*, possivelmente foi uma das primeiras plantas cultivadas, segundo evidências de pesquisas antropológicas e arqueológicas, sendo consumida pela humanidade há cerca de doze mil anos, o que coloca a planta entre as mais velhas culturas cultivadas da humanidade. De origem asiática, com o passar dos séculos a planta se disseminou por grande parte do mundo, na mesma proporção que seu consumo, seja para seu uso medicinal, industrial ou recreativo para todos os grupos sociais.

A primeira utilização do canabidiol para fins médicos foi há milhares de anos antes de Cristo, esse medicamento era usado para tratamento de dores articulares. A cannabis medicinal vem desde os primórdios da civilização indiana e é considerada uma das cincos safras sagadas, juntamente com a cevada. Como é extraído da maconha ele possui uma potência terapêutica muito elevada, agindo principalmente no sistema nervoso central.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

As propriedades têxteis da Cannabis Sativa fizeram com que sua fibra fosse muito aproveitada pelos romanos e gregos na fabricação de tecidos, papéis, cordas, palitos e óleo (ZUARDI, 2006). A Idade Antiga encerrou-se em 476 d.C, porém o uso da *cannabis* não se foi junto com ela. Mais tarde a planta chegou à Europa, se espalhou pelo ocidente e aportou em terras brasileiras junto com as caravelas portuguesas.

O consumo cresceu exponencialmente pelo continente europeu e, em período relativamente breve, a droga alcançou as colônias europeias na América. Foi assim que, no ano de 1.500, Pedro Álvares Cabral chegou ao Brasil, através de uma frota de enormes caravelas, visto que eram produzidas pelos portugueses, além de velozes e fáceis de manobrar. Os cascos eram feitos de carvalho e suas grandes velas, bem como todos os cordames, eram feitos de cânhamo, material que tem como matéria prima a maconha. Antes do descobrimento do Brasil, muitas etnias e países do continente africano conheciam a planta e a utilizavam para várias finalidades. Com o passar do tempo, o uso da planta se disseminou entre os negros escravos bem como entre os índios brasileiros, que passaram inclusive a cultivá-la.

No início do século XX, extratos da planta chegaram a ser comercializados para tratamento de transtornos mentais, principalmente como sedativos e hipnóticos, por conter aproximadamente 400 compostos químicos, dentre os quais os canabinoides, que são responsáveis por efeitos psicoativos (MATOS et al., 2017). No Brasil, atualmente a maconha é considerada proibida e faz parte da lista de entorpecentes. O julgamento com relação a proibição do uso da maconha, cocaína, dentre outras, acabou servindo de pretexto para elaboração da nova lei de Drogas, Nº 11.343/2006. Diante disso, o governo brasileiro possui o auxílio da ANVISA (autarquia) e do Ministério da Saúde.

2.1 O uso medicinal da maconha e a morosidade do acesso à substância

As recentes pesquisas acerca da *cannabis* sugerem que suas aplicações clínicas são bastante amplas, incluindo o alívio da dor, náuseas, espasticidade, glaucoma e distúrbios do movimento. Além de ser um poderoso estimulante do apetite, principalmente para pacientes que sofrem de HIV. Algumas pesquisas modernas também acreditam que os canabinoides podem ajudar a proteger o organismo contra alguns tipos de tumores malignos (LACET, 2017). Segundo parecer da Organização Mundial da Saúde (OMS), o uso médico do canabidiol pode ser indicado para o controle da epilepsia e tratamento da ansiedade, assim como pode servir como medicamento anti-inflamatório, antiasmático e para propriedades antitumorais.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Entre as doenças que podem ser tratadas com a maconha medicinal estão: AIDS, câncer, TDAH (Transtorno do déficit de atenção com hiperatividade), esclerose múltipla, náusea decorrente da quimioterapia, doença de Crohn, glaucoma, epilepsia, insônia, enxaqueca, artrite e falta de apetite, anorexia, síndrome de Tourette, mal de Alzheimer, distrofia muscular, fibromialgia, caquexia e esclerose lateral amiotrófica (SILVA, 2013). A substância, se mostra como uma grande expoente no tratamento de doenças consideradas crônicas, contribuindo para tratar também doenças psiquiátricas ou neurodegenerativas, como esquizofrenia e mal de Parkinson.

O principal efeito psicoativo da *Cannabis* Sativa é a ampliação da capacidade mental, tornando a mente consciente de aspectos normalmente inacessíveis a ela (BONFÁ; VINAGRE; FIGUEIREDO, 2008). Diversas pesquisas comprovaram que o canabidiol (CBD) mostrou-se muito eficaz e seguro no tratamento de epilepsias refratárias, oferecendo benefícios aos enfermos sem possibilidades de cura, como a Síndrome de Imunodeficiência Adquirida (SIDA), câncer terminal e portadores de doenças neurológicas.

Um dos componentes da planta, o canabidiol ou CBD, está autorizado para uso medicinal no país desde 2014. A dificuldade na importação e os altos custos se tornaram grandes obstáculos para a maioria dos pacientes que desejam adquirir produtos com esse componente. Recentemente o assunto começou a ser debatido, inclusive pelo poder legislativo, e a partir daí, novas definições têm surgido, tanto em torno do uso do CDB quanto de outro componente da *cannabis* que é bastante recomendado para o tratamento de doenças, como o THC ou hidrocanabidiol. Na atualidade, pacientes que vivem no Brasil podem adquirir medicamentos com esses dois componentes, sejam eles na forma de xaropes, óleos ou suplementos alimentares.

No caso de pacientes com dor crônica, o uso de canabinoides trata a dor, melhora o humor e o sono. Também, os pacientes com esclerose múltipla ou dor neurogênica não tratável relataram os benefícios dos canabinoides, incluindo redução da ansiedade, da depressão, bem como dos espasmos musculares e da dor (MONTEIRO, 2016). Provou-se, assim, que muitos pacientes só conseguiam aliviar-se das dores agudas após o uso da matéria derivada da *cannabis sativa*.

Os benefícios de uso da maconha para fins medicinais são diversos, apresentando, inclusive, a diminuição da ansiedade. Importante frisar que, dependendo do indivíduo, tal tratamento poderá vir a ser não eficaz, produzindo o efeito oposto, mas que está sendo

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

usado para esse fim, ajudando a combater, também, a insônia e a depressão (D'ORNELAS, 2012). Logo, aduz-se a observância por parte dos poderes, principalmente do judiciário, com a flexibilização das suas atividades com o intuito de promover a desburocratização e o reconhecimento dos direitos fundamentais.

A legislação proíbe a plantação em território nacional, levando essa prática a um crime, essa prática não foi autorizada no Brasil, somente o uso da *cannabis sativa* para fins medicinais com a aprovação da ANVISA (Agência Nacional de Vigilância Sanitária). Criada pela Lei nº 9.782, de 26 de janeiro 1999, consiste em uma autarquia que atua sob regime especial, tendo sede e foro no Distrito Federal, e estando presente em todo o território nacional por meio das coordenações de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados.

Tem como finalidade institucional a promoção da proteção da saúde da população, com o intermédio do controle sanitário da produção e consumo de produtos e serviços submetidos à vigilância sanitária, inclusive dos ambientes, dos processos, dos insumos e das tecnologias a eles relacionados, como também o controle de portos, aeroportos, fronteiras e recintos alfandegados.

A nomenclatura *cannabis sativa* é empregada com diversas finalidades, por exemplo, pesquisas, informação, importação, entre outros. Assim, a designação de uma DCB para uma planta, não implica em reconhecer que ela é planta medicinal, mas sim que ela tem potencial para ser planta medicinal para pesquisa ou pode ser reconhecida e importada como planta medicinal através de decisões judiciais, ou pode ser utilizada como insumo de um medicamento que receba registro (ANVISA, 2017). A lista (DCB) define os nomes oficiais de uma série de substâncias para que a ANVISA e os fabricantes de medicamentos falem a mesma língua. Se um fabricante, por exemplo, pedir o registro de um medicamento, as substâncias precisam aparecer na lista para que o fabricante faça o pedido e a agência inicie a análise, independentemente do resultado. Ou seja, qualquer processo só começa a ser analisado se a substância já constar na lista (ANVISA, 2017).

Para comprar o medicamento no Brasil, necessita ter em mãos a receita, se o produto for de um canabidiol aprovado no Brasil, basta levar a receita de controle especial (tipo A ou B) em uma farmácia ou drogaria que venda o produto. Também é possível importar, mas, para isso, é preciso solicitar uma autorização especial e aguardar autorização, podendo o prazo chegar a 20 dias.

O preço do medicamento varia muito, conforme a posologia e fabricante, principalmente, quando vendido no Brasil, costuma variar entre R$250,00 e R$2.500,00, já quando o produto é importado, deve-se considerar os custos de importação. Diante disso, o uso da substância atualmente ainda é bem restrito comparado a outros países, como os Estados Unidos, por exemplo, uma vez que inúmeros fatores impedem o pleno acesso, como o procedimento burocrático de importação e o alto custos no território nacional.

O uso medicinal do canabidiol se relaciona ao princípio da dignidade da pessoa humana, comprova que vários pacientes que fizeram o tratamento com este medicamento mudaram o sentido de suas vidas positivamente, melhorando o seu bem-estar e de sua família. O potencial terapêutico desse medicamento tem provocado melhoria de vida e elevando o conceito de uma vida digna.

Tendo em vista o potencial terapêutico, destacado acima, e conforme Carvalho et al. (2017), o uso para crises frequentes é importante. O Superior Tribunal de Justiça recentemente abriu um precedente permitindo a importação direta de canabidiol, evitando a burocracia e morosidade por parte da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) e trazendo esperança de um tratamento mais célere e menos burocrático.

O acesso administrativo a esse remédio revela-se como extremamente burocrático e moroso por parte da agência reguladora que dificulta o acesso a essa substância em comento, cabendo assim ao poder judiciário instrumentalizar a desburocratização do acesso, já que é visível e inequívoca a constitucionalidade, com o intuito de concretizar o acesso à saúde garantido a todos, inclusive pela via direta de importação.

O canabidiol é considerado como uma excelente solução no tratamento de diversas enfermidades já mencionadas e como substância capaz de materializar o direito à saúde não deve ser obstruída pelo Estado. Destacando-se a necessidade de fabricação e comercialização de remédio a base da planta no Brasil e o seu fornecimento pelo SUS, garantido o pleno acesso às pessoas que não possuem condições financeiras de arcarem integralmente com tal tratamento, o que pode ser reconhecido tanto pelo legislativo por meio da criação de projetos de leis que possibilitem de forma igualitária o uso de tal medicamento com o apoio do sistema judiciário no acolhimento e execução dos direitos assegurados em nosso ordenamento jurídico, já que foi demonstrado o caráter terapêutico da substância e o direito à saúde como direito fundamental e por isso de aplicação imediata.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

2.2 Princípio da dignidade da pessoa humana e sua relevância afim de assegurar direitos fundamentais

O princípio da dignidade da pessoa humana se relaciona com a garantia das necessidades vitais de cada indivíduo, ou seja, um valor intrínseco como um todo." Dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas, constituindo-se um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar de modo que, somente excepcionalmente, possam ser feitas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, mas sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos e a busca ao Direito à Felicidade" (MORAES,2017, p.345).

Desse modo, é imperioso afirmar que a dignidade da pessoa humana se relaciona com os direitos fundamentais. Sendo assim, fundamental que o operador do direito utilize a interpretação e a retórica a fim de fazer a melhor aplicação possível do princípio da dignidade da pessoa humana, respeitando obviamente, os limites constitucionais. Percebe-se, assim, que a saúde, apesar de apenas configurar expressamente na Constituição Federal de 1988, se trata de um direito de fundamental importância no ordenamento jurídico brasileiro, sendo objeto de inúmeras demandas judiciais, para a disponibilização de leitos em hospitais ou de substâncias que funcionam como medicamentos, que é o caso explorado neste artigo.

A Constituição Federal prevê o direito à saúde como um direito social, estando o mesmo intrinsecamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana. Logo em seu artigo 6º vem disposto que: "São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Diversamente dos abstratos direitos de primeira geração, os direitos ditos sociais são concebidos como instrumentos destinados à efetiva redução e/ou supressão de desigualdades, segundo a regra de que se deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade (MENDES et al, 2008, p.710). Outrossim, vale mencionarmos o reconhecimento dado pela Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) que reconheceu a saúde como um direito inalienável de toda e qualquer pessoa e como um valor social a ser perseguido por toda a humanidade. Esse direito tem como objetivo assegurar as condições de bem-estar e de desenvolvimento

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

mental e social, ligado intrinsecamente ao direito à vida, como pressuposto indispensável para sua existência, como também elemento agregado à sua qualidade.

Lenza (2014), ao comentar também sobre o direito à saúde, como o direito social, afirma que ele possui duas vertentes, a primeira é de natureza negativa, pela qual o Estado deve se opor à prática de condutas que causem danos a terceiros, e a segunda diz respeito a natureza positiva, pela qual o Estado deve implementar políticas públicas que garantam o direito à saúde. Todavia, o autor destaca a necessidade de o Estado agir na concretização do direito fundamental à saúde, sendo assim, é um dever primordial, a fim de propiciar o pleno acesso dos necessitados e enfermos na garantia de uma vida digna a todos.

Com relação a última natureza tem como grande expoente o Sistema Único de Saúde, e as campanhas de conscientização e vacinação, porém o que nos interessa é a natureza negativa, por impor ao Estado uma abstenção, algo que não está sendo devidamente observado, quando ele por meio da ANVISA ou algum outro órgão de regulação, proíbe ou emite parecer sobre determinado medicamento.

Como exemplo, vale citar a utilização da maconha com fins medicinais, que aqui no Brasil é proibida, devido a seu caráter alucinógeno. Porém, quando utilizada da forma devida, como foi mostrado, e será ainda mais explanado, essa substância traz grandes benefícios a pacientes com sintomas de convulsão, por exemplo.

Fica notório então, que há possibilidade constitucional da legalização parcial da *cannabis sativa,* a partir da concessão a universidades, faculdades, e indústria farmacêutica, a autorização do plantio da maconha para a utilização de substâncias, que podem ajudar a melhorar a qualidade de vida de muitas pessoas, além de não causar os efeitos psicoativos ou a dependência tão temida pela sociedade. Atualmente a ANVISA autoriza, mediante certas condições, a importação de CBD para casos específicos onde medicamentos convencionais não surtam mais efeitos (LARANJEIRA, 2017).

A partir disso, como a substância auxilia tanto no bem-estar de pessoas doentes e vai de encontro com preceitos constitucionais, portanto jurídicos, a nosso ver, não há motivo para não se dar a permissão parcial da utilização da maconha para fins educativos com fundamentos médicos, que resultariam na viabilizarão e efetivação do direito constitucional à saúde, e, portanto, a realização da Constituição. Muitas pessoas estão respondendo por tráfico internacional de entorpecentes, outros, por tráfico, e muitos por produção medicamentosa sem registro na ANVISA, por simplesmente cuidar da saúde

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

própria ou de outrem. Desta maneira, percebe-se que a maconha medicinal é um assunto muito urgente e contemporâneo no Brasil.

O que deixa evidente é uma grande necessidade de profundos debates e discussões com a sociedade, partindo, tanto do mundo jurídico, quanto do mundo legislativo, incluindo também a ANVISA, a fim de amenizar os problemas de tantos cidadãos brasileiros, com o intuito de destruir obstáculos que as famílias enfrentam para conseguir acesso aos medicamentos, acarretando assim fácil acesso sem burocracia a tantos pacientes do nosso país.

2.3 A possibilidade jurídica da substância canabidiol para fins medicinais

O canabidiol é legalizado em mais de 40 países, exceto no Brasil. O uso no país é dado através de uma autorização dada pela ANVISA, somente com prescrições médicas e para fins medicinais e terapêuticas. Os Estados Unidos da América é um dos países mais avançados no que diz respeito à regularização da maconha medicinal. Hoje, 22 Estados mais o distrito de Columbia tem regras efetivas que permitem o consumo da planta em suas mais variadas formas, mediante uma prescrição médica. Além destes, outros 10 estados já liberaram o uso da *cannabis* com fins terapêuticos para um determinado número de pacientes ou oferecem um programa de pesquisa do qual é possível fazer parte. Estima-se que só no estado da Califórnia, em 2012, 30 mil pessoas usavam a maconha ou medicamentos nela baseados como parte de tratamentos médicos (RASMUSSEN, 2015).

Em Israel, onde a maconha é proibida, mas desde 1992, pacientes que sofrem de determinadas doenças podem fazer o uso de medicamentos que possuem substâncias da *cannabis*. Estima-se que 20 mil pacientes tenham acesso à droga, que é comercializada não só na forma de flores, para serem fumadas, mas também como óleo, presente em bolos, chocolates e biscoitos. O país é considerado líder na ciência envolvendo a planta e é o responsável pela maior parte das pesquisas farmacêuticas relacionadas à maconha. É o caso da Syqe Medical, empresa que desenvolveu um inalador que mede as doses usadas no medicamento, permitindo que os médicos tenham um maior controle sobre o tratamento. De acordo com uma pesquisa realizada em 2013, 75% dos israelenses são a favor da maconha para fins terapêuticos (RASMUSSEN, 2015).

Por ser considerado um produto controlado, o canabidiol comprado em farmácias necessita de receita médica. O uso da maconha medicinal em residências ainda é ilegal e tipificado como crime, como dispõe a Lei nº 11.343/2006, chamada Lei de Drogas, porém punido com advertência, prestação de serviços à comunidade ou medidas educativas,

incluindo também aqueles que cultivam para uso pessoal pequena quantidade. Vale mencionar que a Lei de Drogas, mesmo criminalizando as condutas relacionadas às drogas, admite expressamente, em seu artigo 2º, parágrafo único, a manipulação e cultivo dessas substâncias para fins medicinais e científicos, desde que seja dada licença prévia.

A inclusão, porém, não altera as normas regentes atuais. O cultivo e uso não autorizado da substância ainda é criminalizado, a ANVISA permite a prescrição de medicamentos derivados do canabidiol e tetrahidrocanabinol perante uma autorização especial dada por ela. Um dos exemplos mais conhecidos é o Mevatyl, responsável por diminuir a rigidez excessiva em pacientes que sofrem de esclerose múltipla, indicado para o tratamento sintomático da espasticidade moderado a grave relacionada à esclerose múltipla (VIANA, 2017). Apesar de ser considerado crime o uso e a comercialização ilícita de drogas, a Lei nº 11.343/ 2006 não especifica as substâncias consideradas drogas, tal definição fica a cargo da ANVISA – Agência NaAgênccional de Vigilância Sanitária, na qual, através da portaria nº 344/1998, mostra quais as substâncias e medicamentos de controle especial do poder público.

À vista disso, seria de suma importância o poder legislativo propor medidas que alterem dispositivos da lei acima referida, a fim de que seja permitida de forma mais ampla e acessível aos pacientes que precisam tratar suas enfermidades, dado que nosso país é marcado pela extrema desigualdade social e grande parte da população vivem abaixo da linha da pobreza, pois de acordo com a FGV Social (2021), constam quase 28 milhões de pessoas, logo, considerando o alto custo do canabidiol, que pode ultrapassar o valor de R$2.000 reais, essa parcela da sociedade fica totalmente à deriva de verem o agravamento das doenças que podem ser combatidas pela substância.

O procedimento para a importação da substância sem a necessidade de acesso ao Poder Judiciário é previsto pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária e consiste no envio de requerimento junto à ANVISA, seguidos dos seguintes documentos: uma prescrição médica que contenha obrigatoriamente o nome do paciente e do medicamento, posologia, quantitativo necessário, tempo de tratamento, data, assinatura e carimbo do médico; laudo médico com o código da enfermidade na Classificação Internacional de Doenças e nome da patologia, descrição do caso, justificativa para a utilização de medicamento não registrado no Brasil em comparação com as alternativas terapêuticas já existentes e registradas pela ANVISA; termo de responsabilidade assinado pelo médico e paciente ou responsável legal e o formulário de solicitação de importação excepcional de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

medicamentos sujeitos a controle especial, preenchido e assinado pelo paciente ou responsável legal.

Como já foi dito, a única maneira de se utilizarem substâncias prescritas pela ANVISA, como no caso do canabidiol ou qualquer outro derivado da maconha, seria mediante solicitação de importação à própria agência através de laudo e parecer médico. Mas, justamente por serem proibidas, os médicos não tinham permissão para prescrevê-las, correndo o risco de terem o registro profissional cassado pelo Conselho Federal de Medicina.

A proibição da maconha no Brasil faz com que não seja fácil ter acesso à planta para o desenvolvimento de pesquisas e é pela escassez de estudos que a ANVISA afirmava que seria impossível a liberação do uso medicinal da *cannabis*, ou seja, não havia pesquisas pelo fato de ser proibido, e sendo proibido porque não havia pesquisa, tornando um ciclo vicioso que acabava deixando os médicos totalmente limitados, assim como os seus pacientes que não tinham o devido direito à saúde concretizado.

A partir da análise de alguns julgados de diversos tribunais brasileiros, foi possível conclui a incidência da constitucionalização do direito civil, visto que os planos de saúde foram condenados à concessão do canabidiol, como em recente decisão da 3ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo nos autos do Agravo de Instrumento nº 20539783320158260000043 AUTOR, ANO, P.:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação de obrigação de fazer – Exigências para concessão da tutela – Requisitos preenchidos – Prova da relação contratual e indicação médica para tratamento com Canabidiol – Desnecessário esgotamento da via administrativa sob pena de violação do direito de acesso à justiça – Ocorrência de espasmos em curto intervalo de tempo – Risco de parada cardio-respiratória – Dano irreparável ou de difícil reparação à vida – Confirmação da tutela antecipada anteriormente deferida – Recurso Provido.
>
> EMENTA:
>
> ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 1.022 DO CPC/2015. SÚMULA N. 284/STF. DIREITO À SAÚDE. OBRIGAÇÃO DE FAZER. MENOR PORTADORA DE PARALISIA CEREBRAL GRAVE. USO

> DO CANABIDIOL (CBD). INDISPONIBILIDADE NA REDE PÚBLICA. IMPORTAÇÃO REALIZADA PELOS PAIS. OBSTÁCULO. LEGITIMIDADE PASSIVA DA UNIÃO. REGISTRO ANVISA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. INAPLICABILIDADE NO CASO. I - A recorrente afirma, em linhas gerais, que o acórdão recorrido incorreu em omissão ao deixar de se pronunciar sobre questões invocadas nos declaratórios, sem desenvolver argumentos para demonstrar a suposta mácula. Incidência da Súmula n. 284/STF no tocante à apontada violação do art. 1.022 do CPC/2015. II - Na origem, trata-se de ação ajuizada pelos pais de menor que sofre de paralisia cerebral com quadro grave, que após vários tratamentos infrutíferos, tiveram notícias sobre a utilização do canabidiol, associado ao tratamento para epilepsia, com melhora eficaz nos sintomas da doença. III - Diante da indisponibilidade de tal medicamento na rede pública, os próprios pais providenciaram a importação, pugnando para que a União e Anvisa se abstivessem de "destruir, devolver ou de alguma outra forma fazer com que o canabidiol" não chegasse ao destino. IV - Legitimidade passiva da União, diante do pedido específico relacionado à importação, e também em decorrência do entendimento jurisprudencial firmado no sentido da responsabilidade solidária relativa às demandas que envolvam tratamento médico. V - Ausência de prequestionamento quanto ao art. 19-T da Lei n. 8.080/90, sobre eventual necessidade de registro do medicamento na Anvisa. VI - Apenas para argumentar, quanto à necessidade de registro na Anvisa, por não se tratar de fornecimento de medicamento, mas apenas de autorização para a importação, não se aplica o entendimento firmado no tema 106 deste Superior Tribunal de Justiça, decorrente do REsps. 1657156 e 1102457, julgados sob a sistemática de recursos repetitivos. VI - Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (STJ, REsp 1657075/PE, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 20/08/2018)

Deve deixar nítido que não se defende a intervenção judicial com objetivo de efetivar o direito à saúde, mas que seja observado os princípios da dignidade da pessoa

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

humana e proteção à saúde e os pressupostos da segurança, eficácia e qualidade dos tratamentos assegurados, e que busque projetar parâmetros gerais que permitam uma melhor e mais precisa avaliação dos propósitos ao fornecimento de materiais relacionadas a efetivação do direito à saúde. Assim, percebe-se que é possível a liberação do uso da substância canabidiol, por meio do ativismo judicial, já que se revela na atualidade como único meio legal de concretização do direito à saúde pelos pacientes que comprovam sua necessidade e ajustamento à enfermidade.

2.4 Importância do Poder Judiciário na concretização à saúde e o plantio residencial

O judiciário em relação ao direito a saúde, deveria ser mais flexível e observar alguns fatores em relação a plantação de *cannabis*, observando-se que há a necessidade da obtenção do salvo conduto por meio do habeas corpus. Até então no brasil não existe autorização legislativa para a o plantio de canabidiol residencial para fins medicinais, assim impossibilitando a facilidade do tratamento de saúde com ele.

O alto custo o torna inacessível para inúmeras pessoas, sendo obrigação e dever do estado arcar com tal tratamento, por meio do Sistema Único de Saúde (SUS). O uso de tal medicamento é bastante polêmico por esta inclusa como uma droga ilícita. Mas vendo por outro lado, o canabidiol é um medicamento muito eficaz em tratamentos específicos que afetam o sistema nervoso.

Em 2021, a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA) aprovou a utilização de dois fármacos à base da planta. Os produtos são uma solução oral a base do canabidiol com teores de concentração entre 17,18 mg/mL e 34,36 mg/mL, com até 0,2% de THC, devendo ser prescrito em receituário azul. Vale ressaltar que essa autorização é para importação dos produtos, os quais devem ser comercializados no Brasil. Devemos lembrar que estes compostos possuem um alto custo e nem todos tem acesso, sendo um fator de importância sua disponibilização no SUS, pois atualmente é possível obter o acesso ao medicamento pelo Estado.

O medicamento já possui registro na ANVISA, sendo liberado tanto para comercialização quanto para a fabricação no território nacional. O paciente tem que provar que não tem renda suficiente para comprá-lo sem afetar o seu sustento. Não tendo condições de fazer o tratamento por meio deste medicamento, dado o seu elevado valor de mercado, pode o paciente solicitar pelo SUS, caso o órgão público venha a negar o fornecimento do medicamento, o paciente poderá assim entrar com uma ação judicial.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Por conta dos inúmeros empecilhos, com enfrentados por aqueles que precisam da substância e tentam conseguir pelo Estado, muitas pessoas recorrem ao plantio residencial como uma forma alternativa, pois a partir daí, conseguem cultivar a maconha e extrair o medicamento para tratarem suas doenças, mas, vale destacar que é primordial a atuação do judiciário para que conceda o remédio constitucional, que é o habeas corpus preventivo, assim como promova a concretização das normas e princípios constitucionais, como o direito à saúde já mencionado.

Levando em consideração a liberação do uso do canabidiol para fins medicinais, o plantio residencial também foi um ponto a ser discutido, pois para isso também tem que ter uma autorização seguida de alguns passos, primeiro conseguir um habeas corpus para cultivo da maconha, tendo em mãos uma indicação médica para atestar a necessidade de tal tratamento, apresentar um laudo médico, contendo todo o histórico clínico do paciente e que tenha cursos de extração para fins medicinais.

De acordo com a agência reguladora, para importar o óleo extraído é preciso ter feito uma consulta médica e ter em mão uma prescrição do produto, fazendo assim um cadastro para solicitar a autorização do medicamento para importação no site da própria ANVISA. Sendo assim aceita, a autorização vale por dois anos, e no decorrer deste período o paciente ou representante responsável legal do paciente pode importar o produto apenas apresentando a prescrição médica, indicando a quantidade em postos da ANVISA.

No intuito de contextualizar um pouco a temática abordada no presente tópico a respeito da participação do judiciário em razão da dificuldade da disponibilidade do medicamento, vale mencionar a presente jurisprudência:

> Habeas Corpus - Pleito de salvo-conduto a fim de garantir o plantio artesanal, para fins medicinais, de *Cannabis* Sativa, livre do risco de prisão. Paciente portador de 'doença de Crohn' e 'fibromialgia', apresentando intenso sofrimento físico e psicológico em virtude de seu quadro de saúde. Paciente que se utilizou de diversos medicamentos para controlar e amenizar sua condição de saúde, os quais não tiveram os efeitos esperados ou eram de valor financeiro inacessível. Documentos médicos comprovando que a Paciente obteve melhora significativa com o uso terapêutico de *Cannabis* Sativa, orientando a continuação de seu tratamento. Necessidade comprovada, por indicação médica, para uso de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> medicamentos/óleos à base de Cannabis Sativa. Paciente que possui autorização de importação do produto pela ANVISA. Ordem concedida para expedição de salvo-conduto, nos termos deste voto.
>
> (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2225590-63.2020.8.26.0000; Relator (a): Ely Amioka; Órgão Julgador: 8ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Araras - Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/12/2020; Data de Registro: 17/12/2020).

Em razão de ser um tema que tem ganhado muita repercussão e relevo no contexto contemporâneo brasileiro, é evidente que as pautas relacionadas à regulamentação de drogas ainda enfrentam resistência no Congresso Nacional, principalmente pela bancada conservadora. A situação política para a regulamentação do cultivo da *cannabis* para fins medicinais ainda é bastante incerta e imprevisível, porém ainda há uma possibilidade de autorização para aqueles que possuem doença tratável com derivados da planta, por meio do habeas corpus preventivo para o cultivo. O habeas corpus é o remédio constitucional previsto no artigo 5º, caput, inciso LXVIII da Constituição Federal, onde dispõe que:

> Art 5º: Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
>
> LXVIII - conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

Nesse caso, a fim de que o cultivo residencial seja permitido, é de suma importância a concessão do habeas corpus preventivo, que é a medida adequada quando o paciente (impetrante do HC) está ameaçado de sofrer algum tipo de restrição ilegal de sua liberdade de locomoção. Sua previsão legal está inserida no artigo 647 do Código de Processo Penal:

> Art. 647. Dar-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar na iminência de sofrer violência ou coação ilegal na sua liberdade de ir e vir, salvo nos casos de punição disciplinar.

Mesmo que a prisão de quem cultiva a *cannabis* se tratar de um evento possível no longo prazo, ainda assim é cabível o habeas corpus preventivo com o intuito de se evitar,

futuramente, uma condenação com sua posterior restrição de liberdade. O reconhecimento deste remédio constitucional preventivo está contido no artigo 660, §4º, do Código de Processo Penal, determinando que ao impetrante será concedido uma espécie de salvo-conduto significando que o paciente poderá cultivar a planta para uso medicinal, ainda que não exista a regulamentação de seu cultivo no Brasil.

A flexibilização do judiciário para o plantio da maconha, facilitaria os tratamentos de saúde no Brasil, assim, levando em consideração a importância do direito a saúde para todos conforme o Art. 6º da Constituição Federal, sendo assim um direito social. Portanto, a ANVISA possui diversas burocracias, e umas dela é a demora para liberar a importação de medicamentos para o brasil em casos especiais, isso se deve a concretização de normas constitucionais, sendo assim, deve-se levar em consideração a importância do Poder Judiciário para a observância dos direitos fundamentais assegurados constitucionalmente a fim de que, seja concedida a liberação do plantio residencial da *cannabis* para a extração do medicamento.

Em razão das inúmeras dificuldades, burocracia e os altos custos para se obter o acesso ao medicamento, que pode chegar ao valor de $2.500 reais, a única alternativa que resta a pessoas de baixa renda é o plantio residencial da maconha, já que muitos pacientes que necessitam do canabidiol recorrem ao poder Judiciário para solicitarem o salvo-conduto, que se trata de um documento emitido pela autoridade que conheceu do habeas corpus preventivo, visando a conceder livre trânsito ao seu portador, de molde a impedir-lhe a prisão ou detenção pelo mesmo motivo que ensejou o pedido de habeas corpus, que no caso é o plantio da maconha em sua residência.

3. CONCLUSÃO

A partir do aprimoramento do presente estudo, é possível concluir que diante de uma análise aprofundada do uso medicinal da Cannabis Sativa, popularmente conhecida como maconha, possui uma grande potência terapêutica, com a extração do canabidiol, demonstrando assim uma enorme importância no tratamento de saúde.

Contudo o uso da maconha para fins medicinais é um tema muito abordado, levando em conta que é um medicamento que ajuda na qualidade de vida dos pacientes e lhes proporcionando uma vida melhor. Abordando-se também que além de ser uma

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

planta caracterizada como uma droga ilícita, ela ajuda em diversos tipos de tratamentos que afetam principalmente o sistema nervoso.

O uso deste medicamento é permitido no Brasil, sendo o mesmo autorizado pela ANVISA, já o plantio é um caso que está a ser discutido e observado pelo poder judiciário, com a expedição do habeas corpus preventivo, pois é ilegal a plantação, o que afeta inúmeros pacientes que não possuem renda suficiente para conseguirem acessarem o medicamento.

Assim, entende-se que a frente de infindas pesquisas com relação aos benefícios terapêuticos do canabidiol é fortalecer a discussão sobre sua legalização de uso e plantio para fins terapêuticos. Portanto, o direito à vida e ao seu íntegro gozo com saúde, tal como o direito à dignidade da pessoa humana, refletem a importância de assegurar a melhoria de vida e saúde de todos os pacientes que vivem à mercê destes medicamentos, cabendo ao Estado por meio do SUS, a promoção e a disponibilização de mecanismos que viabilizem a plena obtenção de todos os cidadãos que dependem do tratamento, em razão do preço exorbitante, da burocracia e da morosidade.

Conclui-se que mesmo sendo uma planta proibida no Brasil, a cannabis atualmente ganhou uma notoriedade relevante dos mais variáveis setores sociais, mesmo sendo considerada milenar o seu uso, é alvo de constantes debates e discussões, estando em um processo de desenvolvimento científico acerca de seu uso, como também no âmbito jurídico, com sua regulamentação, sendo possível enxergar que em um futuro próximo serão beneficiadas milhões de pessoas que hoje buscam a todo custo o tratamento pela cannabis medicinal.

4. REFERÊNCIAS

ANVISA. Importação de canabidiol, 2018. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/importação-de-canabidiol>. Acesso em: 10 mar. 2022.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO da República Federativa do Brasil, ed. Saraiva, 1988.
CARVALHO, André. Associações cultivam, distribuem e dão apoio jurídico, 2017.

Disponível em: <https://www.uol/noticias/especiais/maconhamedicinal.htm#associacoes-cultivam-distribuem-e-dao-apoio-juridico>. Acesso em: 25 mar. 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

BONFA, Laura; VINAGRE, Ronaldo Contreiras de Oliveira; FIGUEIREDO, Núbia Verçosa. Uso de canabinoides na dor crônica e em cuidados paliativos. Revista brasileira de anestesiologia, Campinas, v.58,n.3,2008.

Disponível em:<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_asttext&pid=S00347094200800030001 0&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 de fev. 2022.

D'ORNELAS, Stephanie. Maconha medicinal: 5 propriedades medicinais da maconha. 2012. Disponível em: https://hypescience.com/maconha-medicinal/. Acesso em 23 abr. 2022.

LACET, Endy. Cannabis Medicinal. 2017.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

Disponível em: <https://abraceesperanca.com.br/2017/05/Cannabis-medicinal-beneficios-eaplicações/>. Acesso em: 22 mar. 2022.

MONTEIRO, Marcelo. Uso medicinal da maconha no Brasil fica mais próximo, 2014. Disponível em: <http://m.zerohora.com.br/288/vida-e-estilo/4503232/usomedicinal-damaconha-no-brasil-fica-mais-proximo/>. Acesso em: 03 fev. 2022.

LARANJEIRA, Ronaldo. Maconha: A diferença entre o remédio e o veneno. Veja, 2017.

Disponível em: <https://veja.abril.com.br/blog/letra-de-medico/maconha-adiferenca-entre-o remédio-e-o-veneno/>. Acesso em: 12 mar. 2022.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 22. ed. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1627. p.457.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 33.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MATOS, R. L. A. et al. O uso do canabidiol no tratamento da epilepsia. Revista Virtual de Química, Niterói, v. 9, n. 2, p. 786-814, 2017.

RASMUSSEN, Bruna. O que mudou nos países que decidiram regulamentar a maconha medicinal, 2018. Disponível em: <http://www.hypeness.com.br/2015/07/quaisforam-os-

impactos-do-uso-medicinal-damaconha-nos-paises-que-o-legalizaram>. Acesso em: 28 abr. 2022.

SILVA, Jundson dos Santos. Doenças que podem ser tratadas com maconha, 2013, Disponível em: <https://www.pragmatismopolitico.com.br/2013/10/conhecadoencas-podem-tratadas-maconha.html>. Acesso em: 25 fev. 2022.

VIANA, Júlio, Revista Galileu, 2017. Disponível em: <https://revistagalileu.globo.com>. Acesso em: 07 fev. 2022.

ZUARDI, Antonio Waldo. History of Cannabis as a medicine: a review. Revista Brasileira de Psiquiatria, vol. 28, São Paulo, 2005.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO COMO FERRAMENTA PARA SOLUÇÃO DE LITÍGIOS NA MANUTENÇÃO DAS RELAÇÕES FAMILIARES

LUCIENE FRANCISCA MARTINS: Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC [168]

ANDRÉIA AYRES GABARDO DA ROSA[169]

(orientadora)

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivoelucidar a evolução do conceito e modelo de família, onde antes, era basicamente o modelo patriarcal e hierarquizado,onde as bases para sua formação e manutenção pairavam sobre aspectos patrimoniais.E com o advento da Constituição Federal de 1988, surgiram diversos modelos e conceitos de família e estas buscam a primazia das relaçõescom base nos sentimentos de afeto, valores, conhecimentos e experiências que compartilham, independentemente de sua estrutura. Ainda, objetiva demonstrar a importância da mediação como ferramenta para solução de litígios na manutenção das relações familiares, apresentar seu conceito e diretrizespropostas para solucionar os conflitos, elencaros princípios que regem este instituto e os benefícios da utilização dessa ferramenta como meio eficaz na concretização da harmonia social, através da solução pacífica das controvérsias.

Palavras-chave:continuidade da relação; litígio; mediação; resolução dos conflitos.

ABSTRACT: This paper aims to elucidate the evolution of the concept and model of family, where before, was basically the patriarchal and hierarchical model, where the basis for its formation and maintenance hovered on patrimonial aspects. And with the advent of the Federal Constitution of 1988, several models and concepts of family emerged and these seek the primacy of relations based on feelings of affection, values, knowledge and experiences that they share, regardless of their structure. It also aims to demonstrate the importance of mediation as a tool to solve disputes in the maintenance of family relationships, to present its concept and proposed guidelines for resolving conflicts, to list the principles that govern this institute and the benefits of using this tool as an effective means of achieving social harmony through the peaceful resolution of controversies.

168Acadêmica do Curso de Direito da Faculdade Serra do Carmo - FASEC

169 Mestre em Psicologia pela UFSC e Professora da Graduação de Direito na Faculdade Serra do Carmo - FASEC.

Keywords: relationship continuity; litigation; mediation; conflict resolution.

INTRODUÇÃO

Com o advento do novo Código de Processo Civil, o qual incentiva que métodos de solução consensual de demandas devem ser estimulados por juízes, advogados e demais membros da justiça, a Mediação tem se apresentado como uma alternativa consistente neste sentido, uma vez que propõe às partes envolvidas a encontrarem uma solução autocompositiva ao conflito em andamento.

A mediação é uma ferramenta que vislumbra, ainda, a possibilidade de desafogar o sistema judiciário, oferecendo às partes em litígio a alternativa de uma solução mais ágil e, também, pacificadora do conflito, tendo em vista a intervenção de um terceiro que as auxilia a comporem a demanda de forma amistosa e, assim, chegarem num consenso através das próprias decisões.

Neste contexto, considerando que vários desses conflitos têm como partes, membros de uma mesma família e, ainda, levando em conta os novos modelos familiares, onde a formação e manutenção dessas unidades, atualmente, se baseiam, principalmente, em relações de afeto e não mais em questões patrimoniais, torna-se relevante analisar se a Mediação pode se apresentar como um instrumentoimportante para que o conflito entre membros de uma família seja resolvido e, ainda, se as relações de afeição são mantidas com a utilização dessa ferramenta.

Para o desenvolvimento do presente artigo serão utilizadas pesquisas bibliográficas as quais irão proporcionar um estudo sistematizado, desenvolvido com base em livros, revistas jurídicas e redes eletrônicas na área do direito e da mediação, bem como em trabalhos científicos, artigos, monografias e teses, com a finalidade de possibilitar uma investigação teórica e, com o intuito de demonstrar como é a mediação e como funciona a solução de conflitos através desta modalidade e quais são os benefícios existentes na utilização desse modelo de solução de demandas. Buscará se demonstrar, também, que a ocorrência de litígios causa nas relações familiares um distanciamento parental e que, a utilização da mediação para a solução desses conflitos, pode beneficiar a manutenção dessas relações.

O presente trabalho será dividido em três capítulos, sendo que o primeiro apresentao conflito em si e a mediação como meio alternativo para sua solução, as partes que compõem esse tipo de processo, equem é a figura do mediador e o perfil necessário para o profissional atuar nessa função.

Osegundo capítulo, vemdemonstrandocomo as famílias eram constituídas, anteriormente e, ainda, como são fundadasas famílias atuais, as quais são baseadas nas

relações afetivas e, diante disso, quais os efeitos que os litígios provocam nas relações familiares.

Por fim, o terceiro capítulo traz a implementação da mediação no Novo Código de Processo Civil, os princípios que regem este instituto e os benefícios da utilização dessa ferramenta como meio eficaz na concretização da harmonia social, através da solução pacífica das controvérsias.

Assim, o presente trabalho tem como principal objetivo demonstrar aimportância da mediação como ferramenta para solução de litígios na manutenção das relações familiares.

1.AMEDIAÇÃO COMO MEIO ALTERNATIVO PARA ARESOLUÇÃO DO CONFLITO

Antes de adentrar ao tópico mediação ou qualquer outro meio de resolução de controvérsias, é necessário admitir a existência do conflito. O conflito é a premissa para a construção de todo e qualquer meio de solução para um problema.

O poder de transformar uma realidade ruim em algo positivo decorre da resolução do conflito. Entretanto, se não houver diálogo, fica impossível chegar a um resultado positivo. Desse modo, resta claro que a construção do diálogo, apesar de trabalhoso e complexo, é parte fundamental no processo.

O autor Carlos Eduardo de Vasconcelos salienta em sua obra "Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas" (2018, p.19) que:

> O conflito não é algo que deva ser encarado negativamente. É impossível uma relação interpessoal plenamente consensual. Cada pessoa é dotada de uma originalidade única, com experiências e circunstâncias existenciais personalíssimas. Por mais afinidade e afeto que exista em determinada relação interpessoal, algum dissenso, algum conflito, estará presente. A consciência do conflito como fenômeno inerente à condição humana é muito importante. Sem essa consciência tendemos a demonizá-lo ou a fazer de conta que não existe. Quando compreendemos a inevitabilidade do conflito, somos capazes de desenvolver soluções autocompositivas. Quando o demonizamos ou não o encaramos com responsabilidade, a tendência é que ele se converta em confronto e violência.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Deste modo, quando o indivíduo aceita a existência do conflito, consequentemente, haverá aceitação quanto à possibilidade de buscar alternativas para sua resolução.

Sobre a definição de compreensão do conflito, a autora Fernanda Tartuce diz:

> Conflito é sinônimo de embate, oposição, pendência, pleito; no vocabulário jurídico, prevalece o sentido de entrechoque de ideias ou interesses em razão do qual se instala uma divergência entre fatos, coisas ou pessoas. Por haver diversas nomenclaturas para esse recorrente fenômeno nas relações pessoais, a expressão "conflito" costuma ser usada como sinônimo de "controvérsia", "disputa", "lide" e "litígio". (TARTUCE, 2018, p. 21).

De acordo com Amaral (2009, p. 89):

> "a mediação não é apenas um mecanismo alternativo de resolução de controvérsias, podendo atuar preventivamente, isto é, antes que surja o conflito, no sentido de educar as pessoas para solucionar seus próprios conflitos, promovendo uma mudança nos relacionamentos sociais".

Deste modo, o objetivo da mediação é a prevenção de conflitos, atuando antes mesmo que ocorra a ruptura conjugal e não somente após sua concretização.

Quando a conversa entre os membros de uma família já não é suficiente para solucionar os conflitos existentes, surge a necessidade de buscar meios alternativos que preservem o vínculo familiar e solucione tais demandas.

O processo de mediação por Vasconcelos (2018, p.59):

> Mediação é método dialogal de solução ou transformação de conflitos interpessoais em que os mediados escolhem ou aceitam terceiro(s) mediador(es), com aptidão para conduzir o processo e facilitar o diálogo, a começar pelas apresentações, explicações e compromissos iniciais, sequenciando com narrativas e escutas alternadas dos mediados, recontextualizações e resumos do(s) mediador(es), com vistas a se construir a compreensão das vivências afetivas e materiais da disputa, migrar das posições antagônicas para a identificação dos interesses e necessidades comuns e para o entendimento sobre as alternativas mais consistentes, de modo que, havendo consenso, seja concretizado o acordo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Assim, temos que o objetivo da mediação, como meio alternativo para a solução dos conflitos, nada mais é do que trazer uma mudança positiva para o litígio, buscando a harmonia através do respeito recíproco nas relações e do reconhecimento das diferenças individuais, gerando uma realidade pacífica.

1.1 PARTICIPANTES DA MEDIAÇÃO

A mediação é uma alternativa para viabilizar o tratamento dos conflitos de família que envolva um ou mais indivíduos, e conta com a figura do mediador, como terceira pessoa neutra que tem o simples objetivo de facilitar o diálogo entre as partes, e fazer com que estas compreendam os diversos aspectos do problema.

Moore (1998, p.131) afirma que embora o mediador não possa intervir na decisão de quem é parte no caso, ele pode ajudar os envolvidos a decidirem quem irá participar das sessões.

O mediador deve ajudar os participantes do processo a chegarem a um acordo, que deverá ser aceito por todos, levando-se em consideração a continuidade do relacionamento dos envolvidos sem que haja disputas, vantagens, vinganças, hostilidades, pois é algo que vai além da legalidade.

Já os mediados, são participantes ativos na solução do litígio, pois são estes que apresentam as possíveis alternativas ao caso concreto. E por não ser um processo vinculante, as partes podem retirar-se das discussões, sem sofrer nenhuma penalidade, como punição ou restrição, restando apenas finalizada a mediação.

Portanto, as partes são os protagonistas do processo de mediação. São as partes que decidirão, de modo autônomo, o que lhes for mais conveniente, desde submeter ou não o caso à mediação, até o firmamento do acordo. Falaremos mais sobre a figura do mediador, suas competências e funções, no próximo tópico.

1.2 A FIGURA DO MEDIADOR E SUA IMPORTÂNCIA NO PROCESSO DE SOLUÇÃO DO CONFLITO

O artigo 149 do CPC preceitua que o mediador é auxiliar da justiça, e exerce um papel importante no desenvolvimento da cidadania, além de facilitar o diálogo entre as pessoas que buscam solucionar um conflito, também é responsável por ajudar a conduzir

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

o processo sempre de maneira imparcial, que é uma característica própria do mediador (AZEVEDO; SOUZA *et al.,*2016).

A figura do mediador como terceira pessoa no processo de mediação, escolhida ou aceita pelos mediados, é aquela capaz de ouvir e tranquilizar, de passar confiança às partes de modo tão imparcial, ao ponto de mostrar que os conceitos não podem ser absolutos, fazendo com que estas se coloquem uma no lugar da outra e visualize o conflito por outro prisma.

Nesse sentido, surge a importância de esclarecer as habilidades que estes profissionais devem possuir, que são não somente necessárias, mas também indispensáveis para o exercício da função, levando se em consideração o conhecimento específico da matéria em discussão, bem como as importantes habilidades pessoais de comunicação e sensibilidade, como opina Warat (2001, pag.123),com total propriedade:

> (...) O grande segredo da mediação, ao meu ver, como todo segredo é muito simples, tão simples que passa despercebido. Não digo que tentemos entendê-lo, pois não podemos entendê-lo. Muitas coisas em um conflito estão ocultas, mas podemos senti-las. Se tentarmos entendê-las, não encontraremos nada, e correremos o risco de agravar o problema. Para mediar, como para viver, é preciso sentir o sentimento.

Para Jean Six (2001, p.271), "são necessários perceber três componentes para a formação do mediador: a matéria-prima (homem), a teoria e a prática". A matéria-prima neste caso é o homem, e o bom mediador tem em mente que sua formação é contínua, justamente pelo fato de o ser humano estar em contínuo desenvolvimento. Assim, a figura do mediador é reinventada constantemente e aos poucos, sempre se reformulando e se atualizando caso a caso.

Em relação à teoria, é indispensável possuir bons conceitos fundamentais da mediação como instrumento democrático, para adequar aos diversos tipos de conflitos. Por fim, o trabalho com casos práticos e concretos, possibilita que o mediador identifique a hora de começar, se deve continuar ou quando encerrar uma mediação. (SALES, 2010, p.49).

A legislação específica sobre o tema, traz em seus artigos 9º e 11º o perfil e requisitos necessários para ser mediador, seja ele extrajudicial ou judicial, observe-se:

> Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de

> conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se. (BRASIL, 2015).
>
> [...]
>
> Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça. (BRASIL, 2015).

Todavia, para o CONIMA (Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem-2015) os mediadores de conflitos precisam reunir as seguintes características: imparcialidade, competência, diligência, credibilidade e compromisso com o sigilo.

2.O CONCEITO DE FAMÍLIA ANTES DE SUA CONSTITUCIONALIZAÇÃO

O agrupamento humano denominado família, é uma das instituições mais antigas do mundo. E o conceito e noção de família vem se amoldando com o passar dos anos, à medida que o homem evolui, pelas mudanças religiosas, econômicas, políticas e culturais que ocorrem na sociedade.

Gomes lembra que:

> A evolução jurídica da família importa, entre os povos de nossa área cultural, a partir de Roma. O direito romano deu-lhes estrutura inconfundível, tornando-a unidade jurídica, econômica e religiosa, fundada na autoridade soberana de um chefe. (1998, p. 39)

O código civil de 1916 trazia um entendimento de que a família era aquela cuja formação deu-se através do casamento civil, e ainda, com fins patrimoniais. Admitindo que a família tradicional era simultaneamente patriarcal, matrimonializada e hierarquizada.

Para Alves (2009, p.05), "A família patriarcal era, portanto, a espinha dorsal da sociedade e desempenhava os papéis de procriação, administração econômica e direção política".

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Segundo Gomes (2007) a família matrimonializada é aquela voltada exclusivamente para o casamento, ou seja, a família somente era legítima se houvesse a relação matrimonial.

Ainda segundo o autor, a família hierarquizada era aquela em que o homem tomava conta de tudo, o poder hierárquico era totalmente do homem da família, onde ele exercia seus poderes sobre os outros membros da família.

A maneira padronizada, ou mais comum de se constituir uma família era através do casamento, sendo o matrimônio o vínculo legitimador da família, na qual seu principal objetivo era satisfazer os interesses sociais.

Aduz Monteiro (2001, p.12-13):

> No estudo de instituição matrimonial a primeira questão com que defrontamos é relativa à sua natureza jurídica. A concepção clássica, também chamada individualista, depara no casamento uma relação puramente contratual, estabelecida por acordo entre cônjuges. Consoante essa concepção, acolhida outrora pela escola do direito natural, esposada pelo Código Napoleão, casamento é um contrato civil, a que se aplicam regras comuns a todos os contratos; o consentimento dos contratantes é o elemento essencial e irredutível de sua existência.

Sobre o Código Civil de 1916, considera Ferrarini (2010, p.62):

> "desempenhava papéis pré-estabelecidos,num corpo codificado. A noção de pessoa se confundia com a ideia de sujeitos de direitos tipicamente patrimoniais. Consequentemente, todos os institutos acabavam sendo analisados a partir dos mesmos valores."

Conforme entendimento de Rodrigues (2004), o Código Civil de 1916 considerava que o casamento era parte central do direito de família e que o Estado somente protegia as famílias constituídas com base em tal instituto indissolúvel.

Com as mudanças havidas no Código Civil, onde o interesse do indivíduo foi inserido nas legislações futuras e passou a ser o principal aspecto a ser tratado, bem como a inclusão de novas fontes do direito, ocorreu uma descentralização do direito instituindo um novo sistema de leis especiais.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Consequentemente, surgiram leis para proteger a família de um modo geral, que deixasse de lado os aspectos patrimoniais, e passa a prevalecer os interesses individuais e igualitários, formando assim a família constitucionalizada.

2.1 A INOVAÇÃO TRAZIDA NO CONCEITO DEFAMÍLIA COM O ADVENTODA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988trouxe uma grande inovação para o Direito de Família, abolindo o conceito normatizado de família patriarcal e hierarquizada, e reestruturando-a de uma forma mais aberta e pluralista, onde os maiores interesses são a liberdade individual e a igualdade.

A ideia de que a família era constituída unicamente pelo casamento foi deixada de lado, e atualmente, o que pode ser observado é que a promulgação da Carta Magna de 1988 abriu espaço para modelos mais abertos, ampliando o conceito de família e suas várias formas de constituição, sendo reconhecidos também a união estável e as famílias monoparentais.

Atualmente, admite-se juridicamente, modelos diversos de família e estas são constituídas com base nos sentimentos, valores, conhecimentos e experiências que compartilham, independentemente de sua estrutura, sejam elas tradicionais, monoparentais, recompostas,formadas por casais do mesmo sexo, dentre outras.

Moraes (2010, p.221) ressalta que, "além das uniões estáveis, das chamadas famílias recompostas e das famílias monoparentais, devem usufruir de proteção formas alternativas, tais como as famílias concubinas, as famílias homoafetivas, a adoção de adultos, entre outras".

Com as diversas modificações nos núcleos familiares, vem surgindo, cada vez mais, estruturas familiares formadas com base no sentimento e afeição mútuos, com o intuito de promover a satisfação pessoal dos indivíduos envolvidos na relação, deixando de lado a formalização de padrões que refletiam uma visão patrimonialista e ultrapassada.

Sobre tal tendência, destaca Maria Berenice Dias (2010, p.45):

> (...) Cada vez mais se reconhece que é no âmbito das relações afetivas que se estrutura a personalidade da pessoa. É a afetividade, e não a vontade, o elemento constitutivo dos vínculos interpessoais: o afeto entre as pessoas organiza e orienta o seu desenvolvimento. A busca da felicidade, a supremacia do amor, a vitória da solidariedade enseja

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> o reconhecimento do afeto como único modo eficaz de desenvolvimento da família e de preservação da vida. Esse, dos novos vértices sociais, é o mais inovador. Surgiu um nome para essa nova tendência de identificar a família pelo seu envolvimento afetivo: família eudemonista.

Para Lôbo(2011, p.71):

> A família recuperou a função que, por certo, esteve nas suas origens mais remotas: a de grupo unido por desejos e laços afetivos, em comunhão de vida. O princípio jurídico da afetividade faz despontar a igualdade entre irmãos biológicos e adotivos e o respeito a seus direitos fundamentais, além do forte sentimento de solidariedade recíproca, que não pode ser perturbada pelo prevalecimento de interesses patrimoniais. É o salto, à frente, da pessoa humana nas relações familiares.

Sendo assim, o afeto passou a ser elemento essencial de qualquer núcleo familiar, e por muitas vezes, se sobressai em relação aos vínculos biológicos e consanguíneos.

2.2 OS EFEITOS DO LITÍGIO NAS RELAÇÕES FAMILIARES

O termo litígio comumente é associado a brigas judiciais, porém também significa, conflito de interesses, alteração, contenda, questão.

Na maioria dos casos, o litígio traz dor e desgaste as partes envolvidas no processo, principalmente às crianças e adolescentes, que estão na fase de formação e necessitam vivenciar um clima de respeito para obtenção da sensação básica de segurança.

Para Vainer (1999, p.16) "São muitas as formas dos litígios. Há os conflitos explícitos, que se evidenciam nas separações litigiosas, e os camuflados, que se escondem por trás de uma aparente consensualidade".

Nas relações familiares, seja no relacionamento a dois ou entre os genitores e seus filhos, o conflito sempre estará presente, pois cada ser humano é único e possui suas próprias convicções, inquietações e indagações.

No caso de irmãos, ainda que os genitores tenham lhes transmitido a mesma educação e valores, é bem provável que esses se tornem pessoas diferentes. Já em se tratando de um casal, onde cada um vem de uma família diversa e estes tiveram criações diferentes, torna-se quase impossível não existir conflito entre eles.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

É cediço que cada ser humano possui uma linguagem de amor que muitas vezes não são fáceis de se compreender e conviver, mas aceitar a pessoa como ela é, inclusive seus defeitos e qualidades, é uma tarefa difícil, porém necessária.

De acordo comWarat*apud* Lopes:

> o importante não é saber evitar ou suprimir o conflito, porque este costuma ter consequências danosas e paralisadoras; o propósito é encontrar a forma de criar as condições que estimulem uma confrontação construtiva e vivificante do conflito. É possível fazer uma diferenciação útil entre controvérsia energética e disputa nociva. (WARAT, 1998, apud, LOPES 2012, p.22).

Nesses casos, quando o conflito não é tratado da forma correta, seja entendendo ou transformando-o numa oportunidade de melhorar os relacionamentos pessoais ou sociais, as consequências podem causar danos irreparáveis nos envolvidos.

No seio familiar, os efeitos do litígio podem ser devastadores, visto que, em razão da característica familiar, tem o poder de afetar inúmeras vítimas. Um exemplo claro, é a violência doméstica, onde o marido agride a esposa verbal e fisicamente na frente dos filhos. Pelo fato de suas agressões serem reiteradas, um dia esse indivíduo passa dos limites e chega a quase matar a esposa, à vista disso os vizinhos chamam a polícia e ele é preso.

Em primeiro plano, a esposa e filhos são os primeiros a serem afetados. Mas de um modo geral, toda a família do agressor e vítimas são atingidas de alguma forma. Sejam os pais do agressor, que se sentem humilhados e envergonhados, por verem o filho cometer tais atrocidades mesmo tendo-o criado com tanto amor. Sejam os pais da vítima, que sofrem ao ver seus netos e filha sofrerem.

Ainda, temos os irmãos e irmãs do agressor e da agredida, que acabam tendo que lidar com os "respingos" da situação dentro dos seus lares. Isso sem falar nos vizinhos, que presenciaram o caso, e que com certeza se sentiram estranhos com a situação, temendo pela vida da mulher e filhos.

Por fim, o próprio agressor, que terá que acertar as contas com o poder judiciário, sofrendo como consequência o afastamento do lar, possível pena de prisão e aplicação de multa.

Em virtude de tais situações, e analisando as especificidades de cada caso, principalmente nos efeitos gerados nas partes envolvidas e na sociedade como um todo,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

é que se passou a utilizar a mediação como forma de pacificação dos conflitos ocorridos no âmbito familiar.

3.DA MEDIAÇÃO

Com a crescente impressão de que o Estado tem frustrado o seu ofício de apaziguar a sociedade, no sentido em que se acumulam as demandas litigiosas no judiciário, as quais provocam uma sobrecarga nos tribunais e, somando-se a isso o excessivo formalismo processual e, ainda, considerando o alto custo para se mover um processo, cresceu, como resultado de uma evolução jurídica, a necessidade de se adotar meios consensuais para solução decontrovérsias.

Existem métodos tradicionais utilizados pela justiça e que seguem trâmites rigorosos, porém, nem sempre garantem o resultado esperado, e tem os métodos consensuais de resolução de conflitos, que são adequados em algumas situações, dentre eles destacamos a mediação.

Para Tartuce (2018, p.56) a mediação é:

> Mediação é o meio consensual de abordagem de controvérsias em que uma pessoa isenta e devidamente capacitada atua tecnicamente para facilitar a comunicação entre as pessoas e propiciar que elas possam, a partir da restauração do diálogo, encontrar formas proveitosas de lidar com as disputas.

No mesmo sentido Sales (2007, p.23) conceitua a mediação como:

> [...] um procedimento consensual de solução de conflitos por meio do qual uma terceira pessoal imparcial – escolhida ou aceita pelas partes – age no sentido de encorajar e facilitar a resolução de uma divergência. As pessoas envolvidas nesse conflito são as responsáveis pela decisão que melhor a satisfaça. A mediação representa um mecanismo de solução de conflitos utilizado pelas próprias partes que, motivadas pelo diálogo, encontram uma alternativa ponderada, eficaz e satisfatória.

Assim, diante das possíveis e diversas inquietações com os resultados obtidos em processos judiciais e considerando, ainda, que em vários tipos de litígios, principalmente, os que envolvem entes de uma mesma família, as partes possivelmente terão a necessidade de conviver, foi nesse contexto que a mediação foi se apresentando como uma possibilidade viável para a solução das demandas.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

3.1 INSTITUCIONALIZAÇÃO E ASPECTOS CONCEITUAIS

A mediação propõe como seu objetivo principal o restabelecimento do diálogo, que na maioria das vezes, por causa do conflito em andamento, foi interrompido entre as partes. Diante disso, e para tornar esse meio alternativo uma modalidade segura para àqueles que optam por adotá-lo e, ainda, para que este meio seja aderente ao conjunto de práticas jurídicas utilizadas para solucionar controvérsias, foi instituída a Lei da Mediação n° 13.140/15, a qual dispõe sobre ametodologia a ser adotada, bem como sobre os princípios elementares do processo e, ainda, sobre a figura do mediador e as técnicas que devem ser as bases para resolver o conflito.

O parágrafo único do artigo 1º traz a definição de mediação, vejamos:

> Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.
>
> Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia. (BRASIL, 2015).

Outro ponto importantíssimo para a institucionalização da mediação foi o advento da Lei n° 13.105/15, o novo Código de Processo Civil, o qual deixa claro que:

> "Art. 3°. [...] §2° O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.
>
> § 3° A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial. (grifou-se)"

Ademais, existem dois modos distintos de mediação, são eles a extrajudicial e judicial. Na mediação extrajudicial, as partes espontaneamente procuram resolver as questões conflitantes com o mediador, que neste caso é alguém de confiança e escolhida por ambos.

A mediação extrajudicial está prevista no artigo 21:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Art. 21. O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.
>
> Parágrafo único. O convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.

Em relação à mediação judicial, esta é dirigida por um profissional habilitado e indicado pelo Tribunal, não admite prévia aceitação das partes, mas é sujeita às hipóteses de impedimento e suspeição previstas no artigo 5º da Lei 13.140/15:

> Art. 5º Aplicam-se ao mediador as mesmas hipóteses legais de impedimento e suspeição do juiz.
>
> Parágrafo único. A pessoa designada para atuar como mediador tem o dever de revelar às partes, antes da aceitação da função, qualquer fato ou circunstância que possa suscitar dúvida justificada em relação à sua imparcialidade para mediar o conflito, oportunidade em que poderá ser recusado por qualquer delas. (BRASIL, 2015).

A premissa da mediação é a resolução dos conflitos sem que haja necessidade de ajuizamento das demandas.

É o que assevera Azevedo (2004, p.151):

> Deixou de ser simplesmente um instrumento para alcançar os fins aos quais se destina, mas passou a ser uma instituição humana imposta pelo Estado cuja legitimidade deve estar vinculada à consecução dos objetivos aos quais ele se propõe. Assim, neste momento a ciência processual sofre uma onda renovatória. Abandona-se, pouco a pouco, o preconceito de entender o processo como meio puramente técnico e avalorativo. Passa-se a revisitar os institutos processuais tradicionais intentando buscar novas soluções para novos ou velhos problemas, com o auxílio de uma metodologia que permite amoldar de maneira consciente e eficaz as modificações processuais aos objetivos a serem alcançados.

Neste sentido, observa-se que existe, no ordenamento jurídico brasileiro, um incentivo visível para a aplicação de alternativas consensuais na solução das controvérsias e que possa estabelecer uma saída aceitável para todos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

3.2 PRINCÍPIOS QUE REGEM A MEDIAÇÃO

A mediação, como qualquer outra área judicial ou extrajudicial, é fundamentada por princípios, e estes encontram-se elencados no artigo 166 do Código de Processo Civil de 2015, onde "conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada."(BRASIL, 2015)

Desse modo, passa-se a um breve comentário sobre tais princípios de suma importância e relevância na esfera mediadora.

3.2.1 Princípio da Independência e Imparcialidade

O princípio da Independência é aquele que rege a liberdade, proibindo qualquer tipo de coação ou opressão, seja interna ou externa. E que autoriza finalizar a sessão, caso necessário, se as partes concordarem, ou se ausentes as condições necessárias ao andamento desta.

O parágrafo 3º do artigo 166 do CPC elenca o princípio da imparcialidade, que versa sobre o fato de o mediador agir sem favoritismo, sem preferência por uma parte ou outra, sem transparecer preconceito, e assegurar que sua opinião pessoa não interfira na decisão.

Sobre tal conceito, dispõe Azevedo (2013, p.235):

> (...) imparcialidade de intervenção determina que, ao desenvolver seu ofício, o autocompositor proceda com neutralidade – isto é, isento de vinculações étnicas ou sociais com qualquer das partes – bem como se abstendo de tomar partido no curso da autocomposição. Cabe registrar que essa imparcialidade de intervenção deve ser percebida pelas próprias partes, cabendo ao mediador conduzir o processo de forma a assegurar tal percepção.

Nesse caso, a imparcialidade do mediador é fundamental para o desenvolvimento da lide, pois ajuda os envolvidos a chegarem à resolução do conflito de modo colaborativo e consensual.

3.2.2 Princípio da Autonomia da Vontade

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Previsto no §4º do artigo 166 do Código de Processo Civil, o princípio da autonomia da vontade é similar ao princípio da independência, pois visa garantir a vontade das partes envolvidas no processo, dando-lhes livre autonomia de decisão, inclusive no que diz respeito às regras procedimentais.

Contudo, apesar de as partes terem autonomia sobre maior parte do procedimento, a responsabilidade dos mediadores também é mantida, e estes por sua vez, decidem sobre como irão conduzir os atendimentos, se as sessões serão coletivas ou individuais, como será conduzido o diálogo, dentre outros.

3.2.3 Princípio da Confidencialidade

Esse princípio trata da privacidade das partes, onde, cabe ao mediador manter o sigilo e zelar pela confidencialidade do que ocorreu na sessão de mediação.

Azevedo (2013, p.236-237) descreve:

> Pelo princípio da confidencialidade se estabelece que as informações constantes nas comunicações realizadas na autocomposição não poderão ser ventiladas fora desse processo nem poderão ser apresentadas como provas no eventual julgamento do caso, nem em outros processos judiciais. Nesse sentido, o mediador não pode servir como testemunha acerca de fato relacionado com seu ofício como facilitador de comunicações. Em regra, pode-se afirmar que a eficiência do mediador está relacionada à confiança que as partes depositam nele e à segurança de que alguns pontos debatidos em mediação não poderão ser utilizados como prova em um processo judicial. Sem poder coercitivo sobre as partes, o mediador depende da melhora da comunicação (se não de uma verdadeira construção de confiança) entre os disputantes. Portanto, a disposição de se expressar com franqueza é essencial à eficácia do processo, isso porque para que as partes possam se comunicar com maior liberdade há de ser garantido o sigilo profissional, para evitar o uso dessas informações em um ulterior julgamento.

A confidencialidade é legitimada pelo art. 166 do Código de Processo Civil, e deve ser aplicada à todas as informações obtidas na audiência ou sessão, logo, a confidencialidade deve ser plena, pois tal princípio tem o escopo de incentivar as partes a participarem do procedimento e resolver o problema.

3.2.4 Princípio da Oralidade e Informalidade

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A oralidade nesse contexto, diz respeito ao que os envolvidos debatem sobre o problema e as possíveis soluções para o mesmo. Tem o objetivo de reaproximar as partes através do diálogo.Ademais, o princípio da oralidade busca valorizar o que é dito, e visa compreender o que foi transmitido pelo emissor.

Por sua vez, o princípio da informalidade objetiva a descontração e tranquilidade das partes durante a sessão. Pois, sem aquelas formalidades processuais de uma audiência com o juiz, os envolvidos ficam mais confortáveis para expor suas opiniões e vontades.

3.2.5 Princípio da Decisão Informada

Previsto no caput do artigo 166 do Código de Processo Civil, o princípio da decisão informada reforça o deverdos conciliadores e mediadores de informar as partes sobre o contexto fático e seus direitos, para que tenham plena ciência dos atos que estão praticando.

3.3 OS BENEFÍCIOS DA MEDIAÇÃO NO ÂMBITO FAMILIAR

Em seu artigo 226, a Constituição Cidadã afirma que "A família é a base da sociedade e tem especial proteção Estatal". Desse modo, podemos perceber que a família é a base do indivíduo, o núcleo fomentador e estimulante, o alicerce de valores morais, direitos e deveres ao desenvolvimento humano.

Assim, a mediação familiar é um método eficaz de composição consensual do litígio, e é o mais indicado no tratamento das crises familiares, pois além de estimular o diálogo aberto, claro e objetivo, respeitando as necessidades de cada um dos envolvidos, busca minimizar os malefícios e preza pela manutenção do vínculo familiar através do consenso.

A mediação propicia um ambiente amistoso, oportunizando as partes se expressarem sobre a situação, fomentando o respeito, o autoconhecimento e a conscientização sobre o outro, obtendo por meio da empatia, uma decisão favorável a todos.

Para Tartuce (2018, p.240):

> Um primeiro objetivo importante na mediação é permitir que as pessoas envolvidas no conflito possam voltar a entabular uma comunicação eficiente, habilitando-se a discutir elementos da controvérsia e eventualmente encontrar saídas para o impasse.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Nesse tipo de autocomposição, são as partes de modo consensual e conjuntamente é que tomam as decisões, e não um terceiro alheio a situação. É a lição de Azevedo (2004, p.153):

> Originalmente, entendia-se que somente poderia ocorrer a autocomposição se houvesse algum sacrifício ou concessão por uma (e.g. desistência ou submissão) ou por ambas as partes (e.g. transação). Atualmente, entende-se que as partes podem, em decorrência de uma eficiente estrutura transacional adotada, encontrar soluções que satisfaçam integralmente seus interesses, sem que haja sacrifício ou concessão por qualquer uma das partes. Cabe ressaltar que a autocomposição pode ser direta ou bipolar (e.g. negociação), quando as próprias partes conseguem resolver os pontos em relação aos quais estava controvertendo, ou assistida, também denominada de indireta ou triangular (e.g. mediação ou conciliação), quando as partes são estimuladas por um terceiro, neutro ao conflito, para assim comporem a disputa.

A mediação é um extraordinário instrumento de pacificação e resolução de conflitos familiares, pois tem a vantagem de pôr um ponto final no conflito de um modo mais célere e dinâmico, respeitando a dignidade da pessoa humana dos envolvidos.

Por ter um caráter pacificador e não adversarial, a mediação é o instrumento que oportuniza aos envolvidos, a manutenção do relacionamento afetivo, o resgate da dignidade, preservação e crescimento destes.

Portanto, a mediação é o instituto que se prova adequado para o reestabelecimento dos vínculos afetivos e familiares rompidos ou estremecidos. É um método que proporciona acolhimento e aconchego aqueles que se utilizam dele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A família é a base da sociedade, e ao menos da forma como conhecemos as relações familiares, são constituídas de amor, afeto, cuidado e inúmeros sentimentos. Com o surgimento de novos modelos de família, também surgem novos desafios e novos conflitos.

E nessa seara, onde as relações obrigatoriamente se prolongam no tempo, é de suma importância que haja a minimização dos conflitos e suas consequências, sendo essencial um meio diferenciado de resolver os conflitos que as famílias enfrentam.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Para isso, temoso instituto damediação, pois seu método de autocomposição resolve não somente o litígio, mas previne que ocorram abalos afetivos e danos psicológicos aos envolvidos no processo. E além de ser um método alternativo, é um meio de tratamento de conflitos que trabalha o diálogo e escuta entre as partes, possibilitando além de um acordo, a solução do litígio em um todo, viabilizando a retomada e continuidadedo relacionamento entre as partes.

Sendo assim, a mediação como meio alternativo para a resolução dos conflitos, tem sido a melhor opção para evitar o agravamento do conflito. A mediação torna-se relevante ao âmbito familiar, pois preserva o respeito, solidariedade, igualdade, dignidade e liberdade entre as partes, prezando sempre pela continuidade das relações.

Ademais, contribui para a diminuição não só dos custos processuais, bem como da judicialização de demandas, e proporciona uma solução mais rápida ao litígio, garantindo qualidade, efetividade e eficiência na solução dos casos de família, prevenindo a ocorrência de novos problemas. Pois de forma pedagógica, e com o auxílio de um mediador imparcial, ensina as partes a solucionarem as discórdias de modo consensual e vantajoso para ambos.

REFERÊNCIAS

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988.

_____. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n° 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n° 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o§ 2° do art. 6° da Lei n° 9.469, de 10 de julho de 1997. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 26jun. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 14nov. 2021.

_____. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. In: **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17mar. 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 14 nov. 2021.

ALVES, Roosenberg Rodrigues. **Família Patriarcal e Nuclear:** Conceito, características e transformações. 2009. 14 f. Artigo (Mestrando) - Curso de História, Universidade Católica de Goiás, Goiânia, 2009.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O Direito de Acesso à Justiça e a Mediação.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

AZEVEDO, André Gomma de. Autocomposição e processos construtivos: uma breve análise de projetos-piloto de mediação forense e alguns de seus resultados. **Estudos em arbitragem, mediação e negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, v. 2, 2004.

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de Mediação Judicial.** 4. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM. **Código de Ética para Mediadores**. [2011]. Disponível em: <http://www.conima.org.br/codigo_etica_med>. Acesso em: 16 maio 2022.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FERRARINI, Letícia. **Famílias Simultâneas e Seus Efeitos Jurídicos:** Pedaços da realidade em busca da dignidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010

GOMES, Roseane dos Santos. **Evolução do Direito de Família e a Mudança de Paradigma das Entidades Familiares.**2007. Disponível em: <http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1006>. Acesso em: 20 maio 2022.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil:** Famílias. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.**Mediação Judicial**, Brasília, Conselho Nacional de Justiça, 2016.

LOPES, Mariane Helena. **Uma nova face de acesso à justiça:** juizados especiais para resolução dos conflitos de interesses nas relações familiares envolvendo os direitos da personalidade. Maringá: Editora Vivens, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de Direito Civil:** Direito de Família. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOORE, Christopher W. **O Processo de Mediação**: Estratégias Práticas para a Resolução de Conflitos. Trad. Magda França Lopes. 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 1998. p.5.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **A medida da pessoa humana:** estudos de direito civil constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil:** Direito de Família. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

SALES, Lilia Maia de Moraes. ***Mediare – guia prático para mediadores***. 3. ed. Rio de Janeiro: GZ Editora. 2010.

SALES, Lília Maia de Morais. **A mediação de conflitos e a pacificação social**: Família, Escola e comunidade. Florianópolis: Conceito Editorial, 2007.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da (org.). **Mediação de conflitos.** São Paulo: Atlas, 2013. p. 06-08

SIX, Jean-François. **Dinâmica da mediação**. Belo Horizonte: Del Rey. 2001.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 4. ed., rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO: 2018.

Vainer, R. (1999). ***Anatomia de um Divórcio Interminável*: o litígio como forma de vínculo**. São Paulo: Casa do Psicólogo.

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas.** 6. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2018.

WARAT, Luis Alberto. ***O ofício do mediador***. Florianópolis: Habitus. 2001.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A LIBERDADE DAS FORMAS E A SEGURANÇA JURÍDICA À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

WILAME PEREIRA MARCIEL: Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA. [170]

MARCIUS ROBERTO PIMENTEL DE CARVALHO [171]

(coautor)

GILBERTO ANTÔNIO NEVES PEREIRA DA SILVA [172]

RESUMO: A presente pesquisa tem relevância no contexto nacional, posto que se volta ao estudo da Liberdade das Formas e a segurança jurídica à luz do Código civil de 2002. Tem-se por problema de pesquisa: a liberdade das formas afeta a segurança jurídica à luz do código civil de 2022? Logo, tal pesquisa se propôs a fazer uma análise sobre a "visão contemporânea dos contratos", "a compra e venda no direito brasileiro" e o consensualíssimo contemporâneo dos contratos. Objetivou-se, desse modo, fazer um estudo com o intuito de analisar se a liberdade das formas afeta ou não a segurança jurídica à luz do que prevê o código civil de 2002, uma vez que está prevista no Código civil de 2002, foi adotada pelo legislador, portanto nem sempre prejudica a segurança jurídica ou será que prejudica? Quanto aos meios, a pesquisa foi bibliográfica, pelo fato de a fundamentação teórico- metodológica ser necessária para este estudo.

Palavras-chave: Contrato, Liberdade Contratual, Função social do contrato, Código Civil 2002, Segurança Jurídica.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa se volta a identificar de que forma a liberdade das formas tem afetado a segurança jurídica à luz do que prevê o código civil de 2002.

170 *E-mail*: wpm95394501@gmail.com.

171Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho- UNIFSA. *E-mail*:marciuspimentel2006@gmail.com.

172Gilberto Antônio Neves Pereira da Silva Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho -UNIFSA, Mestre em Direito pela PUC-RS, *E-mail*: gilberto0814@gmail.com.

Dessa maneira, tem-se como delimitação do tema: a liberdade das formas e a segurança jurídica à luz do código civil de 2002.

Em assim sendo, eis o problema de pesquisa: a liberdade das formas afeta a segurança jurídica à luz do código civil 2002?

O desenvolvimento da pesquisa terá como base a revisão bibliográfica acerca da temática da teoria geral dos contratos e os seus princípios que devem ser observados na formação dos contratos à luz do que prevê o código civil de 2002.

O objetivo da pesquisa visa identificar se a liberdade das formas afeta a segurança jurídica uma vez que está prevista no código civil de 2002, foi adotada pelo legislador, portanto nem sempre prejudica ou será que prejudica?

Assim, será analisado a segurança jurídica frente a liberdade da autonomia da vontade das partes, utilizando como referência o código civil 2002.

Para alcançar as considerações finais da presente pesquisa, propõe-se trabalhar no primeiro momento, na revisão bibliográfica em Direito civil sobre a formalidade dos contratos na visão contemporânea, bem como os princípios que regem os contratos no estado democrático de direito, de acordo com o que prevê o código civil de 2002.

Depois discorrer-se-á sobre a funcionalização do contrato. Na sequência, discorrer-se-á sobre a compra e venda, suas características e efeitos, bem como a solenidade exigida no direito brasileiro.

E, por fim, discorrer sobre o consensualismo contemporâneo dos contratos, a relativização do formalismo, a segurança jurídica e a preservação da vontade das partes.

O artigo será desenvolvido através de uma pesquisa bibliográfica com abordagem dedutiva no que diz respeito a analise da formalização dos contratos, a preservação da vontade das partes e a segurança jurídica à luz do que prevê o código civil de 2002, por meio da consulta em livros, artigos, teses, dissertações, legislações e jurisprudências brasileiras atinentes á temática.

A pesquisa tem como objetivo geral analisar de que maneira a liberdade das formas preserva a vontade das partes, sem prejudicar a segurança jurídica de acordo com

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

o que prevê o código civil de 2002, sem intenção de esgotar o assunto, que merece atenção crescente da academia.

2.CONTRATO NA VISÃO CONTEMPORÂNEA

Ao longo da história, corriqueiramente, as expressões *pacto, convenção* e *contrato*, vocábulos que comportam acepções distintas tanto na perspectiva histórica quanto na técnica, tornou-se voz corrente dizer que o *contrato* é a espécie mais importante dos *negócios jurídicos*.

Partindo dessa premissa, o contrato, é um dos pilares do direito privado, um dos institutos jurídicos mais antigos e mais significativos do direito privado, está sempre em constante mudança, amoldando-se a realidade social e histórica ao qual está inserido.

Ao longo dos séculos, o direito contratual foi marcado por uma concepção individualista, restrito somente as artes. Trazia a ideia de que as partes eram livres para contratar com quem quisessem e da forma que quisessem inspiradas pelo princípio da autonomia da vontade.

No entanto essa concepção, não é mais absoluta no direito contratual contemporâneo, o contrato não pode ser analisado como algo fora do contexto social.

Nesse sentido, à concepção de contrato, sofreu inúmeras mudanças em especialmente com o advento do Código Civil de 2002, ao inserir no ordenamento jurídico positivo os princípios *da dignidade da pessoa humana, a liberdade contratual, a força obrigatória do contrato (pacta sunt servanda), Relatividade, boa-fé objetiva, Equilíbrio econômico e a função social do contrato*, manifestando-se, através de vários dispositivos, a preocupação com o equilíbrio material nas relações contratuais.

Assim, a visão contemporânea de contrato em muito se difere do diploma anterior, que se caracterizava por um individualismo exacerbado. Hoje o contrato é visto como um instrumento dinâmico, voltado não apenas à satisfação dos interesses ou necessidades individuais das partes, mas direciona-se também à produção de efeitos externos às partes contratantes.

Portanto, a visão contemporânea do contrato impõe um novo olhar, uma nova concepção, onde tais princípios devem ser obrigatoriamente observados, revelando um respeito maior ao interesse coletivo em detrimento apenas do interesse individual.

2.1 Princípios Contratuais no Estado Social democráticos de direito

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A palavra "*princípio*" traz uma ideia de *início*, *começo,* e também de *fundamento.* No passado, os princípios só entravam em cena caso não houvesse norma ou dispositivo legal para dirimir um determinado conflito. E, mesmo nesse cenário os princípios tinham que concorrer com os *costumes* e *analogias,* elementos que no passado integravam o ordenamento jurídico.

Contudo, e com o advento da Constituição Federal de 1988 e com a edição do Código de Defesa do consumidor (Lei 8.078/90), os princípios ganham força, passando a dispor de autonomia e positivação no ordenamento jurídico em larga escala, passando a ser inserido nos principais ordenamentos jurídicos, adquirindo importância singular, inclusive, no direito brasileiro.

E importante destacar que atualmente os "princípios*" não* se encontram mais atrelados às lacunas da legislação, ou não exclusivamente a essa situação. Constituem autênticas normas jurídicas, de natureza *cogente*, a prescreverem condutas e servindo de elemento *conformador* do sistema jurídico ao direcionarem o melhor sentido para a *valoração* e *aplicação* das demais normas jurídicas pertencentes ao sistema" (JUNIOR, 2013, p.40).

Nesse sentido, cabe salientar que o Código Civil de 2002, alterou profundamente a filosofia do direito civil brasileiro ao inseri explicitamente no seu corpo legislativo os "*princípios*", que citamos com exemplos os contidos nos art. 421 (função social do contrato), art. 422 (boa-fé objetiva) e vários outros que abordaremos a seguir.

2.1.1 Princípio da dignidade humana

O status de norma constitucional que ocupa hoje o princípio da "dignidade humana" é bem diferente do que ocupou ao longo da história da humanidade. Tal, principio, só foi reconhecido internacionalmente após a Declaração Universal dos Diretos do Homem em 1948.

Seguindo a mesma linha da Declaração Universal dos Diretos do Homem, a Constituição Federal de 1988, consagrou em seu art.1º, III, "a *dignidade da pessoa humana*" como um de seus fundamentos*, in verbis*:

> "Art. 1.º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

(...)

III — a dignidade da pessoa humana".

Mais do que garantir, a mera sobrevivência, este princípio assegura o direito de se viver plenamente, viver com dignidade, sem qualquer intervenção estatal ou particular, na efetivação dessa finalidade.

Ao comentar a respeito desse importante princípio Pablo Stolze Gagliano aduz:

> "a sua definição é missão das mais árduas, muito embora arrisquemo-nos em dizer que a noção jurídica de dignidade traduz um valor fundamental de respeito à existência humana, segundo as suas possibilidades e expectativas, patrimoniais e afetivas, indispensáveis à sua realização pessoal e à busca da felicidade." (GAGLIANO, 2021, p.101)

Nessa mesma linha, discorrendo sobre esse importante tema, ALEXANDRE DOS SANTOS CUNHA, acentua:

> ""O princípio da dignidade da pessoa humana, não obstante a sua inclusão no texto constitucional, é, tanto por sua origem quanto pela sua concretização, um instituto basilar do direito privado. Enquanto fundamento primeiro da ordem jurídica constitucional, ele o é também do direito público. Indo mais além, pode-se dizer que é a interface entre ambos: o vértice do Estado de Direito." (GAGLIANO, 2021, p.101)

Nesse sentido, a consagração desse princípio é o reconhecimento de que a ordem jurídica existe em função da pessoa humana, para a sua proteção e o seu desenvolvimento. Logo, tal princípio serve como base sólida para a construção de um sistema jurídico de direito contratual, para que tenha assim um mínimo de legitimidade.

Com efeito, o direito contratual recepcionou o princípio da dignidade humana como elemento indispensável que valida o pactuado, não apenas como forma de garantia entre as partes, mas também de validade perante toda a sociedade. Pois existindo confronto entre o pactuado no contrato e a dignidade da pessoa humana, prevalecera este último em detrimento do primeiro.

2.1.2 Princípio da autonomia da vontade

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Não se pode pensar em contrato sem autonomia da vontade. Mesmo no sistema brasileiro que toma por princípio maior a *função social do contrato,* ainda assim, não se pode neutralizar a livre- iniciativa das partes, consoante bem advertiu o insuperável professor ARRUDA ALVIM:

> "Parece, portanto, que a função social vem fundamentalmente consagrada na lei, nesses preceitos e em outros, mas não é, nem pode ser entendida como destrutiva da figura do contrato, dado que, então, aquilo que seria um valor, um objetivo de grande significação (função social), destruiria o próprio instituto do contrato"" (GAGLIANO, 2021, p.110).

Como bem leciona o ilustre professor, mesmo tendo por vetor a *função social do contrato,* o contrato é instrumento voluntarista, fruto da autonomia privada e da livre-iniciativa.

Na mesma esteira Clovis V. do Couto e Silva:

> "Entende-se por autonomia de vontade, a "facultas", a possibilidade, embora não ilimitada, que possuem os particulares para resolver seus conflitos de interesses, criar associações, efetuar o escambo dos bens e dinamizar, enfim, a vida em sociedade. Para a realização desses objetivos, as pessoas vinculam-se, e vinculam-se juridicamente, através de sua vontade41." (JUNIOR, 2013, p.43).

Essa liberdade de contratar ou (*liberdade contratual*), nada mais é que a livre escolha pelas partes de optarem com quem contratar e o que pactuar.

São ainda livres para pactuarem, sob os limites das normas cogentes e dos bons costumes, o que bem lhe convier, o que resulta mais adequadamente na chamada "*liberdade contratual* ou *liberdade de disposição do conteúdo do contrato*".

Esse princípio, engloba tanto a liberdade dos sujeitos escolherem com quem querem contratar, como também a modalidade contratual a ser pactuada (compra e venda, locação, doação, empréstimo etc.) e de que maneira disporão sobre o conteúdo desse contrato.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O princípio da autonomia da vontade, nesse viés, almeja no plano da bilateralidade do contrato, o que também pode ser expressa pelo denominado *consensualismo,* ou seja*,* o encontro de vontades livres que faz nascer o consentimento, que é a pedra fundamental de todo negócio jurídico contratual.

Portanto, "Contrato sem vontade não é contrato. Pode ser tudo. Até tirania. Menos contrato." (GAGLIANO, 2021, p.112).

Assim, o princípio da *autonomia da vontade* está intimamente ligado ao at.421, CC, que dispõe:

> "Art. 421. A liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato."

Seguindo essa esteira, significa dizer que os sujeitos que estão envolvidos no negócio jurídico detêm essa liberdade ampla de contratar dentro dos estritos limites da Lei.

É importante frisar, que a autonomia privada está relacionada também ao que dispõe o art.425, CC, *in verbis:*

> "Art. 425. É lícito às partes estipular contratos atípicos, observadas as normas gerais fixadas neste Código."

Desse modo, é licito as partes criarem contratos atípicos, ou seja, contratos que podem ser estipulados pelas partes nos limites da Lei. Não há nomes específicos para esses tipos de contrato, que dentro dessa liberdade de contratar, as partes estão livres para criarem contratos atípicos, considerando que o legislador diz que apenas devem observar as normas gerais fixadas neste código como por exemplo o artigo 104, senão vejamos:

> Art. 104. A validade do negócio jurídico requer:
>
> I - agente capaz;
>
> II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
>
> III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Esse dispositivo trata da validade dos negócios jurídicos, ou seja, um negócio jurídico existe, mas não basta apenas existir, ele precisa ter validade para surtir efeitos. Desse modo o mínimo que um contrato atípico, e que demonstra essa autonomia da vontade tem que ter são: *agente capaz*, *objeto licito, observar a forma*, se não tiver forma

então estaremos diante de um contrato livre, não solene com é o caso da compra de um livro em uma livraria por exemplo.

2.1.3 Princípio da força obrigatória do contrato *(pacta sunt servanda)*

Outro importante princípio do direito contatual é o princípio da força obrigatória do contrato, que classicamente é denominado de "*pacta sunt servanda",* isto é, o pacto, o acordo deve ser cumprido.

De nada adiantaria, se um negócio firmado entre as partes não fosse dotado de força obrigatória, se não fosse assim seria apenas um mero protocolo de intenções vazio e sem validade jurídica alguma.

Segundo Carlos Roberto Gonçalves:

> "O aludido princípio tem por fundamentos: (i) a necessidade de segurança dos negócios, que deixaria de existir se os contratantes pudessem não cumprir a palavra empenhada, gerando balbúrdia e o caos; (ii) a intangibilidade ou imutabilidade do contrato, decorrente da convicção que o acordo de vontades faz lei entre as partes, personificada pela máxima pacta sunt servanda (os contratos devem ser cumpridos), não podendo ser alterado nem pelo juiz. Qualquer modificação ou revogação terá de ser, também, bilateral. O seu inadimplemento confere à parte lesada o direito do uso dos instrumentos jurídicos para obrigar a outra parte a cumpri-lo" (ALMEI, 2015, p.152)

Desse modo, a força obrigatória consubstancia-se na regra de as partes se obrigam a cumprir o que foi pactuado, o que foi acordado, tornando –se assim o contrato lei entre as partes, uma vez celebrado deverá ser cumprido todos os pressupostos e requisitos necessários à sua validade, e executado pelas partes como se suas cláusulas fossem preceitos legais imperativos.

Ademais, o princípio da obrigatoriedade encontrará limitação a regra da obrigação, extinguindo-se caso vier a impossibilitasse por caso fortuito ou de força maior, ou seja, caso o que tenha sido avençado entre as partes encontre no futuro alguma disparidade entre as partes no que foi acordado poderá esse contrato de algum modo ser

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

relativizado. Dentro da concepção clássica essa é a única limitação à norma da obrigatoriedade do contrato.

2.1.4 Princípio da relatividade dos efeitos dos contratos

O princípio da relatividade dos efeitos do contrato traz a ideia de que o contrato vincula somente as partes contratantes, não atingindo a esfera de interesses de quem não se sujeitou a ele.

Com efeito, esses terceiros não serão beneficiados e tampouco prejudicados pelo contrato ao qual não se sujeitaram.

Importante destacarmos que, o código civil de 1916, previa que "A obrigação, não sendo personalíssima, opera assim entre as partes, como entre seus herdeiros". Nesse viés, não sendo a obrigação personalíssima operava somente entre os contratantes e seus sucessores, a título universal ou singular. Somente a obrigação personalíssima não vinculava os sucessores.

Contudo, eram previstas algumas exceções que permitiam a estipulações em favor de terceiros, reguladas pelos art.436 e 438 (comuns nos seguros de vida e nas separações judiciais consensuais, e também em convenções coletivas de trabalho, onde os acordos estipulados pelos sindicatos beneficiaria toda a categoria.

Toda via, essa visão não foram abandonadas com o advento do código civil de 2002, que não concebe mais o contrato com instrumento de interesses apenas dos contratantes, mas lhe confere uma função social.

Com efeito, abre a possibilidade de que terceiros estranhos a relação contratual possam nele influir, em razão de serem por ele direta ou indiretamente atingidos por seus efeitos.

Portanto, não resta dúvidas de que o princípio da relatividade dos efeitos dos contratos, foi de sobremodo atenuado pelo reconhecimento de que as cláusulas gerais, conterem normas de ordem pública, não se destinam mais a proteção unicamente dos interesses individuais dos contratantes, mas coloca em evidencia o interesse da coletividade frente aos individuais.

2.1.5 Princípio da boa-fé objetiva

Dispõe o código civil em seu art.422, *in verbis*:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> *"Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa –fé"*

Note-se que o legislador tratou os princípios de probidade e da boa-fé como verdadeira *obrigação* dos contratos.

O princípio da boa-fé obriga as partes atuarem de forma correta, ou seja, com responsabilidade e boa-fé no sentido de não prejudicarem a outra parte contratante.

Tal princípio deve ser observado não só durante as tratativas, mas desde a formação do contrato até o seu cumprimento. Esse princípio guarda relação segundo o qual ninguém pode beneficiar-se da própria torpeza. (GONÇALVES,2022)

Nessa esteira, o código civil o adotou como princípio basilar, que deverá incidir antes, durante e após a execução do contrato, isto é, nas fases pré e pós-contratual.

Seguindo esse viés, a regra da boa-fé, é uma cláusula geral na aplicação do direito obrigacional que segundo leciona (GONÇALVES, 2022), divide-se em boa-fé *objetiva*, também denominada de concepção *ética* da boa-fé e boa-fé *subjetiva,* também conhecida de concepção *psicológica* da boa-fé.

A boa-fé *subjetiva*, está relacionada ao fato do sujeito ter conhecimento ou não a existência de um vício em relação a coisa ou ao direito que está exercendo ou exercerá. Por outro lado, a boa-fé *objetiva* está relacionada ao comportamento dos contratantes, ou seja, o que se espera das partes na contratação é que fação boa coisa vendida, isto é, não tirar vantagem ou prejudicar a outra parte na contratação.

A boa-fé *objetiva* foi uma inovação introduzida pelo código civil de 2002, provocou inúmeras mudanças tornando-se um princípio de norma geral do direito, segundo o qual todos devem-se comportar-se de boa-fé nas relações contratuais.

A clausula geral de boa-fé é tratada no código civil de 2002 em três dispositivos, sendo o de maior repercussão o art.422 (*"Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa –fé").*

Os demais artigos são: o art. 113 *("Os negócios devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração")* e o 187 *("Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes").*

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Assim, pode-se concluir que a *boa-fé objetiva* é clausula geral que deve estar presente nas relações contratuais, não podendo as partes deixar de observar esse importante princípio antes, durante e após a conclusão do negócio jurídico, guardando entre si, a lealdade, o respeito e a responsabilidade em todas as fases do contrato.

2.1.6 Princípio da função social do contrato

O princípio da função social do contrato, também é merecedor de especial atenção no estudo dos princípios norteadores do direito contratual.

O código civil vigente, prevê expressamente esse valioso princípio em seu art.421, senão vejamos;

> Art. 421. "*A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato".*

Nesse sentido, o contrato deve atender aos interesses de toda a sociedade, ou seja, as partes ao contratar devem se abster de não prejudicar a outrem, devendo contratar um objeto licito, pois existe todo um interesse da sociedade nos reflexos desse contrato.

Nesse contexto, tal princípio aparece como um limitador ao princípio da autonomia da vontade, que possibilita as partes contratarem a partir de seus desejos, entendimentos e preferencias, mas que tais liberdades não podem ser ilimitados ou absolutas. (ALMEI, 2015)

O contrato deve resguardar um proposito em si mesmo, atingir uma finalidade própria ligada a uma questão social e solidaria.

Nesse sentido, leciona Maria Helena Diniz:

> "a liberdade contratual não é ilimitada ou absoluta, pois está limitada pela supremacia da ordem pública, que veda convenções que lhe sejam contrárias e aos bons costumes, de forma que a vontade dos contraentes está subordinada ao interesse coletivo" (ALMEI, 2015, p.171)

Dessa forma, a função social do contrato atinge a liberdade contratual, ou seja, os contratantes deverão observar as regras e os limites quanto ao *conteúdo* e ao *objeto* que se deseja contratar.

Assim, a função social do contrato objetiva a prevalência dos interesses coletivos frente aos interesses individuais.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Desse modo, a autonomia da vontade não é absoluta, as partes tem liberdade para contratar o que quiserem, desde que o contrato atenda a função ao qual foi determinado, resguardando sempre os interesses da coletividade quando em confronto com os interesses individuais.

Pela função social dos contratos, os negócios jurídicos patrimoniais devem ser analisados de acordo com o meio social. A função social é a barreira contra as onerosidades excessivas, desproporções, injustiça social. Sem olvidar, não podem os contratos violarem interesses metaindividuais ou interesses individuais relacionados com a proteção da dignidade humana.

A jurisprudência mais abalizada é nesse sentido com o se verifica:

> AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL (CPC/2015). DIREITO CIVIL. PLANO DE SAÚDE. MEDICAMENTO ANTINEOPLÁSICO PALBOCICLIBE (IBRANCE). RECUSA DE COBERTURA. ALEGAÇÃO DE NÃO ENQUATRAMENTO NA DIRETRIZ DE COBERTURA DA ANS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO DO ROL DE PROCEDIMENTOS E DIRETRIZES DA ANS. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DA TERCEIRA TURMA. FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE. 1. Controvérsia pertinente à obrigatoriedade de cobertura do medicamento antineoplásico PALBOCICLIBE (IBRANCE) a paciente acometida de câncer de mama metastático, tendo havido recusa da operadora sob o fundamento de ausência de enquadramento do caso nas diretrizes de utilização previstas no rol de procedimentos mínimos da ANS.2. Caráter exemplificativo do rol de procedimentos da ANS, **na linha da jurisprudência pacífica desta TURMA, firmada com base na função social do contrato de plano de saúde.3. Caso concreto em que a paciente se encontra acometida de doença oncológica grave e progressiva, de modo que a recusa genérica de cobertura (sem instauração de junta médica nos termos da RN ANS 424/2017) deixou a paciente padecendo à própria sorte no tratamento da doença, desatendendo assim à função social do contrato,**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

segundo a linha de entendimento desta TURMA.4. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

(AgInt no REsp 1911407/SP, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021) ***grifou-se***.

Nesse mesmo sentido, o enunciado 23 do CJF, aprovado na I Jornada de Direito Civil:

> *"A função social do contrato prevista no artigo 421 do novo Código Civil não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio, quando presentes interesses meta-individuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana".*

Assim, conclui-se que a autonomia contratual não pode se sobrepor diante do interesse maior que é de resguardar a vida e a integridade física do segurado, direitos da personalidade relacionados com dignidade da pessoa humana.

3. A COMPRA E VENDA

O contrato de compra remonta uma fase primitiva da civilização a sua história e origem está intimamente ligada à troca. Isso porque antigamente as trocas ou permutas de objetos entre os indivíduos era comum, trocava-se o que se precisava pelo que sobejava para o outro. Esse sistema de trocas atravessou os séculos como pratica comum de negociações, até certas mercadorias passarem a ser utilizadas como padrão, para facilitar o comercio e o intercâmbio de bens úteis aos homens.

Assim, a *compra venda*, em pouco tempo, tornou-se responsável pelo desenvolvimento dos países passando a figurar como o mais importantes dos contratos, pois aproxima os homens e fomenta a circulação das riquezas.

Seu conceito é dos mais simples, como bem leciona PABLO STOLZE GAGLIANO:

> "A definição do contrato de compra e venda é extremamente simples, dispensando grande esforço intelectual: traduz o negócio jurídico em que se pretende a aquisição da propriedade de determinada coisa,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> mediante o pagamento de um preço." (GAGLIANO, 2017, p.52).

No mesmo sentido, denomina Carlos roberto Gonçalves:

> "Denomina-se compra e venda o contrato bilateral pelo qual uma das partes (vendedor) se obriga a transferir o domínio de uma coisa à outra (comprador), mediante a contraprestação de certo preço em dinheiro3" (GONÇALVES, 2022, p.451).

Já o código civil de 2002 o enuncia da seguinte forma:

> "Art. 481. Pelo contrato de compra e venda, um dos contratantes se obriga a transferir o domínio de certa coisa, e o outro, a pagar-lhe certo preço em dinheiro."

Nota-se, portanto, a existência de dois atores de fundamental importância nesse contexto jurídico, quais sejam, o *vendedor* e o *comprador.* O primeiro se obriga a transferência do domínio enquanto o segundo se obriga ao pagamento do preço avençado.

É importante ressaltar que, no sistema jurídico brasileiro o *contrato de compra e venda,* vai produzir efeitos apenas jurídicos obrigacionais, não operando, *de per si*, isto é, por si só, a transferência da propriedade, por ele, os contratantes apenas obrigam-se reciprocamente pois a transferência do domínio depende de outro ato: *a tradição*, para os móveis (CC, arts. 1.226 e 1.267); e o registro, para os imóveis (arts. 1.227 e 1.245).

Com efeito, Dispõe o art. 1.267 do Código Civil, com efeito, que "a propriedade das coisas não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição". Do mesmo modo, "os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código" (art. 1.227).

Com isso, queremos dizer que, mesmo tendo celebrado o contrato de compra e venda, as partes "*vendedor e comprador*", ainda não podem considerar-se ser donas do

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

preço ou da coisa, até que se opere a tradição da coisa vendida, muito embora já sejam titulares do direito de exigir a sua prestação.

3.1 – Características e efeitos

A *"compra e venda"* como já mencionado antes é o mais importante dos contratos e a origem também de quase todo o direito das obrigações. Em sua caracterização jurídica, diz a doutrina que este contrato é em síntese, um negócio jurídico *bilateral e sinalagmático*, em regra *consensual, cumulativo* ou *aleatório*, em certos casos *solene* quando a Lei exigir, *oneroso*, autorizador da transferência de propriedade, de execução *instantânea* ou *diferida*, entre outras características.

Nesse viés, a compra e venda é um contrato *bilateral,* ou *sinalagmatico*, pois exige-se na sua formação a conjugação de vontades contrapostas do vender e do comprador, as quais geram obrigações reciprocas: para o comprador a de pagar o preço em dinheiro e para vendedor a de transferir o domínio da coisa. Assim, quando harmonizadas, formam então o consentimento, que se entrelaçam de tal modo que a execução da prestação por parte de um dos contraentes é causa do adimplemento da do outro.

Além de *bilateral e sinalagmatico* é *consensual*, ou seja, torna-se perfeito quando os contraentes convencionam no preço e na coisa vendida. Vale dizer, o contrato forma-se pelos simples consentimento, independente da entrega da coisa.

Nesse sentido aduz o código civil 2002:

> "Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço"

De acordo com o disposto supramencionado, é possível extrair os elementos essenciais do contrato de compra e venda "consentimento, objeto e o preço", o que analisaremos com mais profundidade no próximo tópico.

É ainda, espécie de negócio jurídico *oneroso,* podendo ser *cumulativo* ou *aleatório.* É *oneroso*, pois ambos os contraentes percebem proveito, o que corresponde um sacrifício (para um, o pagamento do preço e o recebimento da coisa, já para o outro a transferência do domínio da cosa e o recebimento do pagamento). Faz-se, destarte, por interesse e utilidade recíproca de ambas as partes.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em regra, também é *cumulativo*, uma vez que de imediato se apresenta certo o conteúdo das prestações reciprocas. As prestações são certas e as partes podem antever as vantagens e os sacrifícios, que geralmente serão equivalentes, todavia, pode se transformar em *aleatório* quando se tem por objeto coisas futuras ou coisa existente, mais sujeita a riscos se não houver certeza quanto à ocorrência de umas das suas prestações. A este respeito SILVIO VENOSA pontifica: [...]

> ""é contrato geralmente comutativo porque, no momento de sua conclusão, as partes conhecem o conteúdo de sua prestação. Admite-se a compra e venda aleatória quando uma das partes pode não conhecer de início o conteúdo de sua prestação, o que não suprime os fundamentos básicos do negócio"" (GAGLIANO, 2017, p.61).

Trata-se, ainda, de um contrato que pode ser de forma (*livre* ou *solene*, ou, a contrário sensu, com rigor formal (*contrato solene*), quando envolva bens imóveis, a teor do art. 108 do CC/2002.

Outrossim, a compra e venda pode ainda se dar tanto na modalidade *Paritária,* quanto na modalidade de *adesão.* Vai depender se as partes estão ou não em iguais condições de negociação, estabelecendo de forma livre as cláusulas contratuais, na fase de pontuação, ou se apenas um dos contratantes as predetermina, ou seja, as impõe de forma unilateral.

O contrato de compra e venda é ainda, um contrato "*impessoal",* pois só interessa o resultado da atividade contratada a pessoa que irá contratá-la. Com isso, se o comprador ou vendedor vier a falecer antes da ocorrência da tradição da coisa ou da transcrição (registro) da transferência, pode ser exigida de seu espolio a providência.

Por fim, é um contrato *instantâneo*, pois seus efeitos podem ser produzidos de uma só vez, podendo ser de execução imediata, quando se consumam no momento da celebração, com a entrega do bem móvel ou registro do contrato de transferência de bem imóvel, ou ser *diferida*, quando as partes fixam prazo para a sua exigibilidade ou o seu cumprimento. (GAGLIANO, 2017).

3.1.2 – Elementos essenciais da compra e venda

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O contrato de compra e venda, pela sua própria natureza, exige-se, como elementos integrantes a *coisa*, o *preço*, e o *consentimento.*

Esses elementos essenciais podem ser extraídos da leitura do art.482, CC, *in verbis*;

> "Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço." (Grifo nosso)

Para melhor compreensão analisemos cada um desses elementos separadamente.

Superadas as fases das tratativas preliminares, ao firmarem as partes o seu *consentimento* a respeito do preço e a coisa a ser vendida, o contrato reputar-se a formado, independentemente de forma previamente estabelecida em lei.

O com sentimento pressupõe a capacidade das partes para comprar e vender e deve ser *livre* e *espontâneo,* sob pena de anulabilidade, bem como recair sobre os outros dois elementos: a coisa e o preço.

A venda será anulável, também, caso haja erro sobre o *objeto principal* da declaração ou sobre as *qualidades essenciais* (CC, art.139). Não existe venda se o vender julgar esta alienando uma coisa e o comprador acredita estar recebendo outra coisa diferente.

O preço é elemento essencial da compra e venda. Sem a sua fixação a venda é nula (*sine pretio nulla venditio*), dizia ULPIANO. O preço é em regra é determinado pelo livre debate entre os contraentes, de acordo com as leis do mercado sendo por isso denominado de *preço convencional,* pois se não for desde logo *determinado,* deverá ser ao menos determinável.

O código civil em seu art.486, permite que se *deixe "a fixação do preço à taxa do mercado ou de sua bolsa, em certo e determinado lugar ".* Todavia, se a cotação variar no mesmo dia escolhido "tomar-se-á por base a medida nessa data, salvo se as partes tenham convencionado forma diversa, por aplicação análoga do parágrafo único do art.488, CC.

Vários outros modos de determinação futura do preço podem ser escolhidas pelas partes, como por exemplo: o preço do custo, o preço em vigor no dia da expedição, a melhor oferta, o preço do costume etc. o que não é admitido é a indeterminação absoluta,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

como na clausula "*pagarás o que quiseres*", ficando a cargo do comprador a taxação do preço. Consoante ao art.489 o declara *nula*, por potestativa.

Outrossim, permite ainda a lei que a fixação do preço seja "deixada ao arbítrio de terceiro, que os contratantes logo designarem ou prometerem designar. Se o terceiro não aceitar a incumbência, ficará sem efeito o contrato, salvo quando acordarem designar outra pessoa" (CC, art. 485). Nesse caso o terceiro vai agir como mandatário destes, o que não se exige capacidade especial. Não é ele uma avaliador da coisa, mas sim um arbitro escolhidos pelas partes.

Pode ainda o preço ser fixado "em função de *índices* ou *parâmetros*, desde que suscetíveis de objetiva determinação". (Art.487, CC).

> "Índices são os indicadores de cálculo da variação de preços e valores de determinados conjuntos de bens. A inflação tem provocado a criação de índices de atualização monetária, que podem ser adotados pelos contratantes. Parâmetros são referenciais que servem como indicativos de custo de vida ou de inflação." (GONÇALVES, 2022, p.471).

Para melhor compreensão PAULO LUIZ NETTO LÔBO dá o seguinte exemplo, para explicar o seu significado:

> "O contrato de compra e venda de derivados de petróleo pode ter como parâmetro a variação do preço do petróleo no mercado nacional"." (GONÇALVES, 2022, p.471).

Segundo LÔBO, se as partes contratantes não definirem o índice ou os parâmetros que serão aplicados, fazendo referência apenas a sua atualização de valor ou à correção monetária em geral, compete ao juiz defini-los dentre os quais serão calculados por entidades oficiais e que sejam mais pertinentes as finalidades do contrato.

É importante também destacar que, o preço deve ser pago "em dinheiro", como prescreve o art. 481, in fine, do Código Civil ou redutível a dinheiro, subentendendo-se

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

válido o pagamento efetuado por meio de título de crédito, do qual conste o montante em dinheiro estipulado.

> "É, portanto, o preço um pressuposto existencial ou elemento constitutivo específico do contrato de compra e venda" (GAGLIANO, 2017, p.73).

Por fim, por obvia razão, o bem, objeto do contrato de compra e venda, deverá ser a "*coisa* "passível de circulação no comercio jurídico (a coisa não pode ser bem fora do comercio, seja por disposição de lei, contrato ou por sua própria natureza). Deverá ser certa e determinada ou determinável, afastando assim, por consequência, todos os interesses não suscetíveis de aferição ou valor econômico essencial, como a honra, o nome, a integridade física e a vida etc.

O código civil de 2002, art. 483, admite expressamente a possibilidade da compra e venda ter por objeto coisas atuais ou futuras. *In verbis*: "a compra e venda pode ter por objeto coisa atual ou futura", dispondo que, "neste caso, ficará sem efeito o contrato se esta não vier a existir, salvo se a intenção das partes era de concluir contrato aleatório".

Por coisa entende-se:

> "o objeto existente e disponível, ao tempo da celebração do negócio; a coisa futura, por sua vez, é aquela que, posto ainda não tenha existência real, é de potencial ocorrência." (GAGLIANO, 2017, p.68).

O objeto da compra e venda há de ser ainda determinado, ou suscetível de determinação no momento de sua execução, pois o contrato gera obrigação de dar, consiste em entregar, devendo incidir, pois sobre coisas individuada. Contudo admite-se a venda de coisas incertas, indicadas pelo menos pelo gênero e quantidade (art.243, CC), que será determinada pela escolha, bem como a venda alternativa, cuja indeterminação cessa com a concentração (art. 252).

Ademais, a coisa deve-se também, encontrar-se disponível, isto é, não fora do comercio.

3.1.3 – Efeitos da compra e venda.

Os principais efeitos da compra e venda são: gerar as obrigações reciprocas para os contratantes (vendedor e comprador). Para o vendedor gera a obrigação de transferir o domínio da coisa, enquanto que para o comprador a de pagar-lhe o preço em dinheiro conforme aduz o art.481, CC.

Outro efeito da compra e venda é a responsabilidade do vendedor pelos vícios redibitórios e pela evicção. Pode tal responsabilidade derivar também de outros contratos. Por essa razão, o direito brasileiro a disciplina na teoria geral dos contratos diferentemente de alguns sistemas, que a inserem na dogmática da compra e venda, em face da íntima relação que mantém com o aludido contrato.

A principal obrigação do vendedor, como visto, é a entrega da coisa ou a tradição que é o ato pelo qual se consuma a compra e venda.

Não haverá compra e venda, como sublinha Cunha Gonçalves, se for feita com a cláusula de nunca se fazer a tradição." (GONÇALVES, 2022, p.483).

A tradição pode ser real (ou efetiva), simbólica (ou virtual) e ficta (ou tácita). Nesse sentido, será real, quando envolve a entrega efetiva e material da coisa, ou seja, quando o comprador recebe a posse material, tendo a coisa nas suas mãos ou em seu poder. E é ficta, no caso do constituto possessório ou cláusula constituti, que se configura, por exemplo, quando o vendedor, transferindo a outrem o domínio da coisa, conserva-a todavia em seu poder, mas agora na qualidade de locatário.

> "A referida cláusula tem a finalidade de evitar complicações decorrentes de duas convenções, com duas entregas sucessivas. O atual Código Civil a adotou no parágrafo único do art. 1.267, segundo o qual a propriedade das coisas "não se transfere pelos negócios jurídicos antes da tradição", mas está se subentende "quando o transmitente continua a possuir pelo constituto possessório". (GONÇALVES, 2022, p.483).

Ainda sobre os efeitos da compra e venda podem ser acarretados outros efeitos chamados de *secundários ou subsidiários*, destacamos a responsabilidade pelos riscos; a repartição das despesas e o direito de reter a coisa.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em relação a "*responsabilidade pelos riscos",* até o momento da tradição no caso dos bens móveis e até o registro no caso dos imóveis, a coisa pertence ao vendedor. Portanto, se antes disso a coisa perecer ou danificar, até esse momento, ficam a cargo do vendedor (*res perit domino*). E o do preço se perder, ficam por conta do comprador. Dispõe assim, o código civil, art.492, verbis:

> "Até o momento da tradição, os riscos da coisa correm por conta do vendedor, e os do preço por conta do comprador".

Outrossim, temos em relação as "repartições das despesas ", consoante ao art.490, CC, in verbis:

> "Salvo cláusula em contrário, ficarão as despesas de escritura e registro a cargo do comprador, e a cargo do vendedor as da tradição".

Nesse sentido aduz Carlos Roberto Gonçalves:

> "Despesas da tradição são as efetuadas com o transporte da coisa e sua entrega no domicílio do comprador, ou outro lugar por ele indicado. Pode ser convencionado que incumbe ao adquirente retirá-la no endereço do vendedor, fornecer embalagem mais segura ou veículo adequado para o seu transporte. A norma supratranscrita incidirá na falta de cláusula expressa." (GONÇALVES, 2022, p.489).

Por fim, o direito de reter a coisa ou preço, na compra e venda à vista por exemplo, as obrigações são reciprocas e simultâneas. Cabe ao comprador o primeiro passo, ou seja, pagar o preço. Pois, antes disso, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa, podendo retê-la, ou negar-se assinar a escritura definitiva, até que o comprador satisfaça a sua parte da obrigação. Consoante dispõe o art.491 do código civil, *verbis*:

> "Não sendo a venda a crédito, o vendedor não é obrigado a entregar a coisa antes de receber o preço".

Nesse sentido, vejamos o que escreve Gonçalves a esse respeito:

> "Sendo a venda a crédito, pode o vendedor sobrestar a entrega, se antes de tradição "o comprador cair em insolvência", até obter dele "caução" de que pagará "no

> tempo ajustado" (CC, art. 495). Preceito semelhante consta do art. 477 do mesmo diploma, de caráter geral: "Se, depois de concluído o contrato, sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a outra recusar-se à prestação que lhe incumbe, até que aquela satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la"." (GONÇALVES, 2022, p.489).

Portanto, pode-se extrair do dispositivo acima transcrito que não sendo a venda *à credito*, se o comprador não pagando o preço da coisa até a tradição, o vendedor poderá sobrestar então a entrega da coisa até que o comprador efetue o pagamento do preço.

De outro modo, se a coisa a ser vendida for *à credito*, e percebendo o vendedor que o comprador tornou-se insolvente antes da tradição, poderá o vendedor sobrestá a entrega da coisa até que o vendedor lhe preste "caução" de que pagará "no tempo ajustado".

3.2 – A solenidade da compra e venda no direito brasileiro.

Solenes são os contratos que devem obedecer à forma prescrita em lei. Assim, quando a forma é exigida como condição de validade do negócio, este é solene e a formalidade é *ad solemnitatem*, ou seja, constitui a substância do ato (como escritura pública na alienação de imóveis etc.). Caso não observada, o contrato é nulo (C.C, art.166, IV). Portanto, um contrato solene não terá validade se não for celebrado por instrumento público, ainda que as partes o tenham dispensado (C.C, art.109).

Assim, se o contrato versar sobre imóveis que ultrapasse o teto de 30 salários mínimos, considera-se indispensável a lavratura do ato em escritura pública, sob pena de nulidade absoluta (C.C, art 108).

Por outro lado, no âmbito do direito imobiliário, as exceções que admitem a celebração de contrato de compra e venda por meio de instrumento particular são muitas, bastante comuns previsto no art. 108 do C.C. Então vejamos:

a) compra e venda de imóvel inserido em loteamento pode ser celebrada por instrumento particular, a teor do art. 26 da Lei 6.766/1979, e deve ter o seguinte conteúdo:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

identificação dos contratantes, descrição do loteamento, identificação do lote, preço e forma de pagamento, taxa de juros, cláusula penal de até 10% do débito, e declaração das restrições urbanísticas convencionais do loteamento.

b) compra e venda de imóvel, em regime de incorporação imobiliária, pode ser celebrada por instrumento particular, a teor do art. 35-A da Lei 4.591/1964, e deve ter o seguinte conteúdo: identificação dos contratantes, número do registro do memorial da incorporação imobiliária, a matrícula do imóvel e a identificação do cartório competente, o preço e forma de pagamento, as condições da corretagem, índice de correção monetária e de juros, prazo de conclusão e as consequências do desfazimento do contrato.

c) compra e venda de imóvel, em regime do sistema financeiro imobiliário, a teor do art. 38 da Lei 9.514/1997, pode ser celebrada por instrumento particular com eficácia de escritura pública, e deve conter o seguinte conteúdo: valor principal da dívida, prazo e as condições de reposição do empréstimo, taxa de juros e encargos incidentes, cláusula de propriedade fiduciária com a descrição do imóvel objeto da alienação fiduciária, indicação do valor do imóvel para fins de leilão, e o procedimento de leilão extrajudicial.

d) compra e venda de imóvel, no regime do sistema financeiro da habitação, pode ser celebrada por instrumento particular com eficácia de escritura pública, a teor do art. 61, §5º, da Lei 4.380/1964, e deve ter o seguinte conteúdo: identificação de imóvel construído ou em construção, valor da transação, índice de correção monetária e de juros convencionais.

Por sua vez, à luz do Código Civil/2002 (e conforme interpretação de JOSÉ OSÓRIO) o contrato promessa de compra e venda de imóvel não loteado pode ser celebrado por instrumento particular e, dada a sua natureza de contrato preliminar, não constitui meio idôneo à transmissão da propriedade sobre o imóvel, gerando direitos aquisitivos (Tema 1124/STF). Ressalte-se que a Lei 9.785/1999, ao emprestar nova redação ao art. 26, §6º, da Lei 6.766/1979, dispõe que o contrato de promessa de compra e venda configura título de aquisição para efeito de transmissão da propriedade de imóvel loteado, quando acompanhado da prova da quitação, e desde que levado a registro perante o cartório de registro imobiliário. Trata-se de preceito de ordem pública que é aplicável a qualquer loteamento e de precedentes jurisprudenciais do TJSP e do TJPR. Pelo modelo adotado no Código Civil, em seus arts. 496 e 1.245, o contrato de compra e venda de imóvel não loteado, por si mesmo, não tem o condão de transferir a propriedade imobiliária, mas se limita a criar a obrigação de transferi-la. A transmissão da propriedade imobiliária se

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

opera, quando há o registro do contrato de compra e venda perante o cartório de registro imobiliário.

Vale dizer, pelo contrato de compra e venda de imóvel, a teor do art. 481 do Código Civil, o vendedor promete transferir a propriedade do bem imóvel ao comprador, que, por sua vez, promete pagar-lhe certo preço em dinheiro. Não há transferência, isto é, há a promessa de transferir, porquanto o contrato de compra e venda é negócio jurídico obrigacional e não real. A transmissão da propriedade imobiliária, nesse contexto, somente se opera com o registro do título perante o cartório de registro imobiliário.

Sendo assim, nas citadas hipóteses em que a lei admite que seja celebrado por instrumento particular (imóveis até 30 salários mínimos, loteamento, sistema financeiro imobiliário, sistema financeiro habitacional e incorporação imobiliária), o contrato particular de compra e venda de imóvel ostenta, para todos os efeitos, o atributo da eficácia de escritura pública, de sorte que a transmissão da propriedade imobiliária pressupõe que se proceda, perante o cartório de registro imobiliário, ao registro do instrumento particular, dispensando-se a lavratura da escritura pública, em sintonia com a finalidade inegável de desburocratização da aquisição da propriedade imobiliária.

4 O CONSENSUALISMO CONTEMPORÂNEO DOS CONTRATOS

Outro importante princípio norteador nas relações contratuais é o princípio do *consensualismo* ou *liberadade das formas.* Tal princípio traz a concepção de que os contratos se aperfeiçoam no simples consenso de vontade das partes, isto é, a partir do acordo de vontade dos contratantes.

Basta, portanto, o simples acordo de vontade das partes para se aperfeiçoar o contrato, contrapondo-se ao formalismo e ao simbolismo que vigorava tempos atrás. O consensualismo decorre da moderna visão que o contrato resulta do consenso entre as partes, do acordo de vontades dos contratantes, independente da entrega da coisa. (GONÇALVES, 2022)

Nas lições de Maria Helena Diniz [...] como princípio contratual o consensualismo, pelo qual apenas há o acordo de duas vontades, o que seria suficiente para se criar um contrato válido, pelo simples motivo de o vínculo contratual não necessitar de nenhuma forma." (ALMEI, 2015, p.148)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Nesse sentido o art. 482, CC, aduz que:

> *"Art. 482. A compra e venda, quando pura, considerar-se-á obrigatória e perfeita, desde que as partes acordarem no objeto e no preço."*

Se as partes consentem em contratar de acordo com suas vontades, deve a Lei evitar de estabelecer solenidades ou formas para se dar validades aos contratos. Salvo os que a seriedades dos seus efeitos exija a observância de requisitos da Lei. Assim os contratos consensuais são considerados não solenes.

No direito brasileiro em regra os contratos são de forma *livre*, ou seja, as partes podem celebrar de forma escrita, pública ou particular, ou até mesmo verbalmente, a não ser nos casos em que a lei objetivando dar maior seriedade e segurança ao negócio, exija a forma escrita, pública ou particular como se extrai do CC, art. 107, senão vejamos:

> *"Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir."*

O consensualíssimo nessa esteira, é a regra, e o formalismo, a exceção. Assim a não ser que a lei obrigue, no caso concreto, que sejam reais (do latim *res*: coisa), o contrato só se aperfeiçoa com a entrega da coisa, subsequente ao acordo de vontades.

4.1 A relativização do formalismo

Os atos e negócios jurídicos na esfera civil, individuais, privados ou particulares num primeiro momento possuem forma livre. Assim, só quando a Lei expressamente exigir é que o negócio jurídico deverá obedecer a forma prevista pela legislação.

Nesse sentido, em regra no direito brasileiro a formação dos contratos é de forma livre, isto é, não dependem de forma especial para ter efetividade, salvo, quando a lei expressamente a exigir conforme aduz o CC, art.107, senão vejamos:

> *"Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir."*

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em mesma linha de raciocínio o art.104, III, CC, aduz que a validade do negócio jurídico requer a observância de 3 (três) elementos: 1.agente capaz; 2. Objeto lícito, possível, determinado ou determinável; e 3. Forma prescrita ou não defesa em lei.

Com efeito, se o contrato é celebrado por agentes capazes, tem como objeto algo lícito, possível, determinado ou determinável então porque não haveria de ter validade? Em alguns casos o contrato apenas deixou de observar a forma prescrita em Lei não podendo as partes ser prejudicadas por mero desapego das formalidades exigidas pelo ordenamento jurídico, uma vez que em algumas situações tais inobservâncias de formalidade não prejudicam em nada a efetividade e satisfação pretendida por esse contrato.

Nesse sentido, é notório observar que o Superior Tribunal de Justiça já tem reconhecido em diversos julgados, a possibilidade do mutuário que compra imóvel financiado por meio de contrato de gaveta discuta em juízo as condições das obrigações e direito assumidos no referido contrato.

Como é sabido os contratos de gaveta são acordos particulares firmados entre o mutuário (neste caso é o vendedor que contraiu financiamento com a agência financeira e bancária, e o terceiro adquirente e comprador, chamado de "gaveteiro") que receberá o imóvel negociado.

Assim, o mutuário/vendedor permanece como o titular do imóvel (mútuo) até que seja realizada a quitação de todo o procedimento de financiamento.

O contrato de gaveta trata-se de um documento particular de compra e venda, em que não há a interferência de nenhuma agência imobiliária ou instituição bancária vendedora do imóvel.

Além disso, o registro atestando a propriedade do comprador não é atualizado perante o Cartório de Registro de Imóveis competente.

Desse modo, os bancos consideram essa modalidade de contrato irregular pois, segundo o art.1º da Lei 8.004/90, alterada pela Lei 10.150/00, exige-se que para o mutuário do sistema financeira de habitação transferi os direitos e obrigações decorrentes do

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

respectivo contrato a terceiros terá que formalizar a venda em ato concomitante à transferência obrigatória na instituição financiadora, senão vejamos:

Art. 1º O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei.

Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora (Redação dada pela Lei nº 10.150, de 2000).

Com efeito, mesmo o contrato de gaveta não obedecendo a forma prescrita na Lei o Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo, por exemplo, que se o contrato de gaveta já se consolidou no tempo, com o adimplemento de todas as prestações que estavam previstas no contrato, não é possível anular a transferência, uma vez que não há prejuízo ao agente do SFH. No entendimento do colegiado da 1ª Turma, a interveniência do agente financeiro no processo de transferência do financiamento é obrigatória, por ser o mútuo hipotecário uma obrigação pessoal, que não pode ser cedida, totalmente ou em parte, sem concordância expressa do credor.

No entanto, se o financiamento for integralmente pago, com a situação de fato plenamente consolidada no tempo, se aplica a chamada "teoria do fato consumado", não havendo como considerar inválido e nulo o contrato de gaveta nessas circunstancias (conforme julgamento do Recurso Especial 355.771). Senão vejamos:

> RE no RECURSO ESPECIAL Nº 355.771 - RS (2001/0127392-1) RECORRENTE: UNIBANCO UNIÃO DE BANCOS BRASILEIROS S/A.ADVOGADA: CRISTIANA RODRIGUES GONTIJO E OUTRO.RECORRIDO: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEFADVOGADO: ROGÉRIO AMPESSAN COSER BACCHI E OUTROS RECORRIDO: INÁCIO LOTÁRIO BLAUTH E CÔNJUGE. ADVOGADO: MARCO POLLO GIORDANI E OUTROS Vistos, etc.1. Trata-se de recurso extraordinário, com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, interposto contra acórdão assim sumariado: "SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DE FINANCIAMENTO.NÃO INTERVENÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO. "CONTRATO DE GAVETA". PAGAMENTO INTEGRAL DO MÚTUO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA PELO LAPSO TEMPORAL.1. **Se a**

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

transferência de imóvel financiado apesar de efetivada sem consentimento do agente financeiro consolidou-se com o integral pagamento das 180 prestações pactuadas, não faz sentido declarar sua nulidade. 2. Em tal circunstância, os agentes financeiros, que se mantiveram inertes, enquanto durou o financiamento, carecem de interesse jurídico, para resistirem à formalização de transferência. "Interpostos embargos de declaração, foram rejeitados. Alega-se, em primeiro lugar, que a rejeição dos embargos de declaração teria implicado negativa de prestação jurisdicional e ofensa aos arts. 5º, XXXV e LV, e 93, I, da Constituição Federal. No mérito, sustenta-se que a decisão recorrida teria violado o art. 5º, II e XXXVI, da Constituição. Acrescenta-se, ao final, que, "em última análise, o recurso especial deveria ser conhecido e provido" (fl. 209), nos termos do art. 105, III, "a", também apontado como contrariado. 2. Observe-se, inicialmente, que a questão relativa à rejeição dos embargos esgota-se, necessariamente, em patamar infraconstitucional. A propósito, o Supremo Tribunal considera "inviável o processamento do apelo extremo para debater matéria processual, relativa ao reexame do julgamento proferido em grau de embargos de declaração, para fins de nulidade do acórdão" (Ag. Reg. no AG 420.982-2, DJ de 14/5/2004, pág. 55). Igualmente, "a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que a discussão em torno dos requisitos de admissibilidade do recurso especial, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, não viabiliza o acesso à via recursal extraordinária, por tratar-se de tema de caráter eminentemente infraconstitucional, exceto se o julgamento emanado dessa Alta Corte judiciária apoiar-se em premissas que coflitem, diretamente, com o que dispõe o at. 105, III, da Carta Política" (Ag. Rg. no AG 442.654-8, DJ de 11/6/2004, pág. 6). Isso, contudo, não ocorre no presente caso. Quanto ao mérito, cumpre observar que a lide foi dirimida com base na legislação infraconstitucional, mais especificamente, em torno da aplicabilidade do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 8.004/90 à espécie. Nesse contexto, eventual ofensa ao texto constitucional, se

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> ocorresse, somente se verificaria por via reflexa. Entretanto, a jurisprudência do Supremo Tribunal é pacífica em "não admitir, em RE, alegação de ofensa que, irradiando-se de má interpretação, aplicação, ou, até, de inobservância de normas infraconstitucionais, seria apenas indireta à Constituição da República" (Ag 44.977-3, DJ de 21/5/2004, pág. 61).3. Ante o exposto, não admito o recurso.P.I. Brasília, 9 de setembro de 2004.MINISTRO SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA Vice-Presidente (RE no RESP n. 355.771, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJe de 23/09/2004.)

Em outro julgado o mesmo colegiado destacou que, com a edição da Lei 10.150, foi prevista a possibilidade de regularização das transferências efetuadas até 25 de outubro de 1996 sem a anuência da instituição financeira, desde que obedecidos os requisitos estabelecidos (Recurso Especial 721.232). Vejamos:

> ADMINISTRATIVO. SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DO FINANCIAMENTO. INTERVENÇÃO DO AGENTE FINANCEIRO. INDISPENSABILIDADE. APLICAÇÃO DO ARTIGO 1º DA LEI 8.004/90 E DO ART. 20 DA LEI 10.150/2000. SÚMULA VINCULANTE 10/STF. RECURSO PROVIDO. (REsp n. 721.232/PR, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 13/10/2008.)

Nessa esteira, percebe-se a intenção do legislador em dar validade aos famosos ‘contratos de gaveta” em relação às transferências firmadas até 25 de outubro de 1996. Todavia, manteve-se a vedação à cessão de direitos sobre imóvel financiado no âmbito do SFH, sem a intervenção obrigatória da instituição financeira, realizada posteriormente àquela data.

Em mesma linha de entendimento, a 4ª Turma do STJ no julgamento do Recurso Especial 61.619, entendeu que é possível o terceiro, adquirente de imóvel de mutuário réu em ação de execução hipotecária, pagar as prestações atrasadas do financiamento habitacional, a fim de evitar que o imóvel seja levado a leilão.

> CIVIL. S.F.H. EXECUÇÃO HIPOTECÁRIA MOVIDA CONTRA MUTUÁRIOS. CESSÃO DO IMÓVEL POR? CONTRATO DE GAVETA? POSSIBILIDADE DE OS NOVOS ADQUIRENTES PAGAREM A DÍVIDA EM MORA PARA EVITAR A PRAÇA. SITUAÇÃO QUE NÃO SE

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> CONFUNDE COM A VALIDAÇÃO OU NÃO DE TAL ESPÉCIE CONTRATUAL À REVELIA DO AGENTE FINANCEIRO. CC ANTERIOR, ART. 930. EXEGESE.
>
> I. Não sendo objeto de debate específico, nessa espécie de ação de execução hipotecária movida contra os mutuários originários, a validade ou não do? contrato de gaveta? celebrado com terceiros, podem estes intervir na lide para pagar as prestações em atraso, que constituem o escopo da demanda, para evitar a praça do imóvel por eles adquirido.II. Recurso especial não conhecido. (REsp n. 61.619/RS, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, DJ de 15/8/2005, p. 316.)

Portanto, segundo entendimento do colegiado o terceiro é diretamente interessado na regularização da dívida, uma vez que celebrou com o mutuário contrato de promessa de compra e venda, quando lhe foram cedidos os direitos sobre o bem. É importante destacarmos que no caso em tela, o colegiado não estava discutindo a validade, em si, do contrato de gaveta, mas a quitação da dívida para evitar o leilão do imóvel.

Com efeito, percebe-se uma maior sensibilidade da jurisprudência em relativizar a forma pelo menos em parte dos contratos quando mesmo não estando nos moldes definidos na legislação não apresente nenhum prejuízo as partes ou ao credor como nos casos dos financiamentos conforme entendimento já pacificado dos tribunais.

4.2 A segurança jurídica e a preservação da vontade das partes

A validade do acordo de vontades foi pressuposto no surgimento na antiguidade quando o respeito a palavra dada materializado pela premissa máxima "*pacta sunt servanda",* isto é, os pactos devem ser observados, deu origem ao contrato de basilar importância tanto para o direto nacional quanto para o direito internacional.

O contrato na contemporaneidade possui uma visão solar no contexto jurídico, os contratos organizam as atividades econômicas, as transações e o mercado. A estabilidade econômica e política pressupõe a existência de garantias e de segurança jurídica onde o Estado só consegue garantir a consagração efetiva dos princípios da segurança jurídica, através de uma ordem pública que seja o mais claro, estável e confiável possível, onde o cidadão consiga visualizar com facilidade o regime jurídico que está se submetendo. Nessa

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

esteira, para que haja reconhecimento um Estado de Direito, o Direito e a segurança jurídica têm de se encontrar intrinsecamente ligados.

Assim, se faz necessário tecer algumas considerações acerca do que venha a ser segurança jurídica.

Nesse sentido, Dispõe a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 5º, XXXVI que a Lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Disso, extrai-se que a constituição veda que a Lei infraconstitucional ´prejudique o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, com isso se esta prestigiando o "*princípio da segurança jurídica",* ou seja, os cidadãos não podem ser surpreendidos pela lei de um modo a prejudicar direitos já adquiridos, ou anular atos que antes tenham sidos consubstanciados da maneira correta, nem tão pouco ser surpreendidos por nova lei modificando o *status quo* de uma coisa julgada.

Segundo Catarina Botelho, "Por sua vez, o princípio da segurança jurídica revela-se como a dimensão objetiva da estabilidade das relações jurídicas. Ambos os princípios assentam na lógica da manutenção do status quo, no sentido de evitar surpresas que possam frustrar os interesses ou expectativas legítimas dos cidadãos". (author 2020, p.649).

Assim, temos por "*direito adquirido"* aquele que já se incorporou ao patrimônio e a personalidade de seu titular, pelo aperfeiçoamento de algum ato que o confere e do domínio dessa pessoa não pode ser retirado, surge em decorrência de uma fato licito e amparado por lei não podendo ser subtraído de seu titular pela entrada em vigor de uma nova lei. Portanto, se uma pessoa percorreu toda as regras, todos os procedimentos necessários para aquisição de um direito de forma licita, de forma honesta, e de acordo com o previsto pela lei, aquele direito passa a ser incorporado ao seu respectivo patrimônio.

Já em relação ao "*Ato Jurídico Perfeito* ", é o ato que ao tempo de sua ocorrência preenche todos os requisitos exigidos em lei, quais sejam, objeto licito, a gente capaz, e forma prescrita ou não defesa em Lei, isto é, não proibida pela Lei. (CC, art.104, III).

E por fim, a *"coisa julgada",* é a decisão judicial irrecorrível contra qual não cabe mais recurso, ocorre no âmbito do processo judicial quando a decisão não for mais passível de impugnação tornando-se pois imutável.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Desse modo, o princípio da segurança jurídica está no rol das garantias e direitos constitucionais, favorecendo, desse modo, as relações contratuais, garantindo estabilidade e previsibilidade e clareza dos efeitos dos negócios jurídicos ao qual os contratantes estão se submetendo evitando assim surpresas que possam frustrar os interesses ou expectativas legítimas dos contratantes.

CONCLUSÃO

Em síntese, é possível salientar alguns aspectos importantes da seara abordada no presente estudo. Como visto o contrato é um dos mais antigos e mais importantes instrumentos jurídicos do direito. O contrato é um instrumento dinâmico, está sempre em constante evolução, adequando-se a realidade social e histórica da sociedade em que está inserido.

Assim, como demonstrado o contrato passou por inúmeras transformações ao longo da história, os princípios norteadores da teoria contratual passaram por processo de releituras ao longo do tempo afastando-se da concepção formalista e individualista do século XIX, passando o estado a intervir nas relações econômicas influenciando a teoria contratual e atenuando a autonomia privada, submetendo os contratos a uma nova visão no sentido de atender as novas realidades e desafios vividos pela sociedade.

Nesse contexto, a teoria do contrato pautada na teoria da autonomia da vontade exercendo uma função individual tornou-se insuficiente e inadequada diante das inúmeras transformações sociais e econômicas do século XX, tendo de ser restruturada para conseguir atender e exercer agora uma função social, voltada a uma ideologia de igualdade e de justiça social.

Isso não significa, contudo, o abandono do princípio da autonomia da vontade que foi e sempre será indispensável para a existência, validade e eficácia dos contratos, mas sim, uma atenuação, uma limitação a liberdade de contratar, sobretudo, para que o contrato esteja em consonância com o princípio da função social do contrato e da boa-fé objetiva.

Com efeito, o contrato não pode ser mais concebido como um instrumento de satisfação apenas dos interesses dos contratantes, pois os efeitos decorrentes dos contratos vão além destes, em decorrência das obrigações derivadas da Lei e dos princípios

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

gerais do Direito, tais efeitos são relevantes a toda coletividade e prevalecem estes sobre os individuais.

Em que pese, noutro lanço, recentes decisões, sobretudo, as mencionadas no presente estudo demonstram a intenção da jurisprudência dos tribunais em validar e reconhecer a prevalência da autonomia da vontade das partes pelo menos em parte quando o contrato é estipulado de forma diferente da formalidade exigida de alguns contratos pela Lei, quando, por si só, o mero abandono a formalidade não causar prejuízo direto ao credor como nos casos do reconhecimento dos contratos de gaveta mencionados neste estudo.

Assim, portando verifica-se uma nova visão acerca dos contratos, relativizando o formalismo exacerbado em detrimento da vontade dos contratantes, pelo menos em parte, para que o contrato alcance a sua função social, mas sem deixar de lado a segurança jurídica e compreensão da real intenção dos contratantes ao estabelecê-lo devendo os julgadores observar todo o contexto social no qual o contrato está inserido, para atingir a sua função social em prol da mais acertada justiça contratual.

REFERÊNCIAS

ALMEI, L. F. D. V. D. Função social do contrato e contrato social - Análise da crise econômica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. E-book.p.137-190.

AZEVEDO JR., José Osório de. A dispensa de escritura na venda de imóvel loteado. Crítica da orientação do Conselho Superior da Magistratura de São Paulo, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Ano 10, nº 20, julho/dezembro de 2007, p. 159

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 abr. 2022

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de **2002**. Institui o **Código Civil**.

GONÇALVES, C. R. **Direito civil brasileiro**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book. p.67-109.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Novo Curso de Direito Civil** - Contratos. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, volume 3: contratos e atos unilaterais. 12ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, v. 4: contratos, tomo II: contratos em espécie/ 6ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Saraiva, 2013.

GOMES, Orlando. **Contratos**. Rio de Janeiro, Forense, 2007, 26ª edição Coordenador: Edvaldo Brito Atualizadores: Antônio Junqueira de Azevedo e Francisco PaulpDe Crescenzo Marino 1. Contratos I. Título.

JUNIOR, A. G. J. **Direito dos Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2013. E-book.

PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado**. São Paulo: RT, 2012, t. XXXIV, p. 129-131.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de Direito Civil**. Volume III. Contratos .16ª edição. Revista e atualizada por Regis Fichtner. Ed. Forense

TRATADO DE DIREITO PRIVADO, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª edição, São Paulo, 1984, Parte Especial, vol. 39, pág. 5.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil: Contratos em espécie.** 5 ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-mai-26/contrato-gaveta-riscos-jurisprudencia-reconhece-validade Acesso em: 25 maio 2022

Disponível em: https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp Acesso em:15 maio 2022

Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/processos/136838843/peca-recurso-tjsp-acao-planos-de-saude-apelacao-civel-1463833747 Acesso em: 15 maio 2022

Disponível em: https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/669 Acesso em:15 maio 2022

Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp Acesso em: 15 maio 2022

Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20032022 Acesso em 02 maio 2022

www.conteudojuridico.com.br

A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER NA PANDEMIA DO COVID-19

NAYSE DE FREITAS SILVA: Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. [173]

AXELA MIKAELE BARRADAS DA SILVA[174]

(coautora)

WIRNA MARIA ALVES DA SILVA[175]

(orientadora)

RESUMO: Em suma, o presente estudo observou que as medidas utilizadas para conter a pandemia do covid-19, visou controlar o vírus e prevenir a sociedade, em contrapartida ocasionou outros problemas, como o aumento da violência doméstica contra a mulher, pois o isolamento social que foi uma das medidas adotadas para combater o vírus, fez com que as vítimas passassem mais tempo em casa com seus agressores. A falta de transporte público que foi uma das consequências das mudanças que ocorreu na pandemia, visto que o vírus fez com que houvesse mudanças econômicas também, dificultou que muitas mulheres não conseguissem ter acesso a uma delegacia, ficando ainda mais vítimas desses relacionamentos. Mediante essas mudanças e dificuldade, foi necessário estudar as medidas protetivas de urgência e os meios disponíveis para a segurança dessas vítimas, como a lei Maria da Penha, as medidas protetivas de urgência, a delegacia da mulher, a rede de apoio necessário para elas, e os aplicativos que foram criados para ajudar no combate da violência.

Palavras-chave: Lei Maria da Penha. Violência Contra a Mulher. Medidas Protetivas. Isolamento Social.

173 *E-mail*: nayse.freitas@hotmil.com

174 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*: mikaele6000@icloud.com

175 Professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. Mestra em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba – UEPB. *E-mail*: wirnaalves@unifsa.com.br

ABSTRACT: In short, the present study observed that the measures used to contain the covid-19 pandemic, aimed to control the virus and prevent society, on the other hand, caused other problems, such as the increase in domestic violence against women, as the social isolation that was one of the measures adopted to combat the virus, made the victims more necessary for them, and the applications that were created to help in the fight against violence. time at home with their abusers. The lack of public transport, which was one of the consequences of the changes that occurred in the pandemic, since the virus caused economic changes as well, made it difficult for many women to not be able to access a police station, becoming even more victims of these relationships. Due to these changes and difficulties, it was necessary to study the urgent protective measures and the means available for the safety of these victims, such as the Maria da Penha Law, the women's police station, the support network.

Keywords: Maria da Penha Law. Violence Against Women. Protective Measures. Social isolation.

1 INTRODUÇÃO

Com a chegada da pandemia do COVID-19 no Brasil, o cotidiano da maioria das famílias brasileiras mudou, e o governo precisa implementar medidas de distanciamento social para minimizar a contaminação do novo vírus. Apesar da importância e necessidade dessas medidas, a situação de isolamento domiciliar gerou preocupação por suas consequências potencialmente brutais para as milhares de mulheres brasileiras que vivem em situação de violência doméstica.

Portanto, a presente pesquisa tem como objetivo analisar os efeitos do isolamento social decorrente da pandemia da COVID-19 sobre a violência doméstica e familiar contra a mulher, onde abordaremos os dados de violência doméstica durante o tempo de isolamento.

Em assim sendo, eis o problema da pesquisa: quais impactos potencializaram a violência contra a mulher na pandemia da COVID-19?

A violência doméstica e familiar é um problema de saúde pública que afeta não somente as vítimas, mas também toda uma sociedade, por isso faz se necessário a criação de medidas protetivas, a fim de amenizar esta problemática. Assim, as medidas protetivas

de urgência servem para amparar as vítimas da violência, pois buscam impedir que as agressões aconteçam e visam a realização de uma proteção mais abrangente, resguardando assim os direitos das vítimas.

No entanto, no período pandêmico, com o isolamento social sendo uma das medidas adotadas para a contenção da COVI-19, uma em cada quatro mulheres acima de 16 anos sofreram algum tipo de violência no Brasil, segundo a pesquisa do Instituto Datafolha encomendada pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2021).

Com isso, todos os âmbitos sofreram modificações, como o profissional, a economia e a educação. Já que as vítimas foram obrigadas a passar mais tempo com seus agressores, pois com essa medida fez com que houvesse uma potencialização na violência doméstica e muitas vítimas acabaram perdendo seus empregos, tendo consequentemente que depender de seus parceiros financeiramente.

Assim, essas consequências das dificuldades econômicas ocasionadas pela pandemia da COVID-19, fez com que muitas vítimas de violência não conseguissem fazer a denúncia, já que passaram a ter difícil acesso as medidas protetivas de apoio e por serem psicologicamente violentadas por seus agressores, ocasionando um aumento nos casos de feminicídio.

Contudo, a Lei Maria da Penha, que foi uma grande conquista para a sociedade brasileira e principalmente para as mulheres, visto que este problema é algo pertinente no país. Teve então, durante a pandemia a edição da lei n° 14.188/2021, a agressão psicológica sendo motivo para afastamento do agressor, garantindo uma seguridade as vítimas.

2 VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHERES NO BRASIL

2.1 Conceito

A violência doméstica e familiar é um problema pertinente que sempre existiu no Brasil, todos os dias mulheres são mortas e espancadas no país, pois muitas vezes são vistas como um objeto por seus parceiros, que se sentem donos delas, além de serem consideradas o sexo mais frágil, por conta da desigualdade histórica entre o gênero feminino e masculino, pois o Brasil veio de uma sociedade escravocrata e de uma educação machista consolidada numa sociedade patriarcal.

Cunha e Pinto (2018, p. 41) aborda que segundo o Conselho da Europa, a violência doméstica e familiar é entendida como:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Qualquer ato, omissão ou conduta que serve para infligir sofrimentos físicos, sexuais ou mentais, direta ou indiretamente, por meio de enganos, ameaças, coação ou qualquer outro meio, a qualquer mulher, e tendo por objetivo e como objetivo intimidá-la, puni-la ou humilhá-la, ou mantê-la nos papéis estereotipados ligados ao seu sexo, ou recusar-lhe a dignidade humana, a autonomia sexual, a integridade física, mental e moral, ou abalar a sua segurança pessoal, o seu amor próprio ou a sua personalidade, ou diminuir as suas capacidades físicas ou intelectuais (CUNHA; PINTO, 2018, p. 41).

Assim, entendesse que violência doméstica ou familiar é toda ação ou omissão dirigidas à mulher e pode ser no âmbito doméstico, familiar ou onde haja uma relação intima de afeto entre o agressor e a vítima. Conclui-se então que a violência de gênero é uma espécie de violência contra à mulher.

A mulher que sofre violência, incluindo em relação homoafetiva, desde que marcada pela violência de gênero, é protegida pela Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006). Pois mulheres homossexuais e transexuais também sofrem essa violência e preconceito dentro do próprio lar, em casos que a família não aceita a opção de gênero. Quando ocorre a alteração do registro civil para sexo feminino a lei deve ser aplicada, tendo em vista que juridicamente aquela pessoa é classificada como mulher.

As violências contra as mulheres compreendem um amplo leque de agressões de caráter físico, psicológico, sexual e patrimonial que ocorrem em um contínuo que pode culminar com a morte por homicídio, fato que tem sido denominado de feminicídio (MENEGHEL; PORTELLA, 2017).

2.2 Perfis do agressor e da vitima

Segundo a Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres (BRASIL, 2011), os agressores são principalmente homens, enquanto ás vítimas, são mulheres, consideradas historicamente a parte mais frágil da relação. De acordo com Laura (2017), as vítimas de violência frequentemente relatam predomínio dos abusos psicológicos em relação às agressões físicas, estando o principal agressor e o abusador sexual dentro de suas casas. O uso de álcool e drogas associado à violência, pode ser considerado tanto fator preditor quanto consequência, devido à diminuição de capacidade

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

cognitiva que dificulta a resolução dos problemas de modo construtivo, assim como leva ao abuso de entorpecentes devido ao impacto sob a saúde mental das vítimas.

Estimativas Globais publicadas pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 2021) indicam que aproximadamente uma em cada três mulheres (35%) em todo o mundo sofreram violência física e/ou sexual por parte do parceiro ou de terceiros durante a vida, o que representa cerca de 736 milhões. A OMS alerta que essa violência começa cedo: uma em cada quatro mulheres jovens (de 15 a 24 anos) que estiveram em um relacionamento já terá sofrido violência de seus parceiros por volta dos vinte e poucos anos.

Quem sofre com esse tipo de violência geralmente não é só a vítima, pois os filhos que crescem nesse ambiente também acabam sofrendo as consequências e adquirem problemas psicológicos. Ocorre também que muitas vezes essas vítimas não têm uma rede de apoio necessário, o que dificulta e faz com que elas fiquem pressas nesses relacionamentos abusivos, que não é apenas um problema social, é também uma questão de saúde pública, de necessidade de medidas de urgência e amparo eficazes, capazes de mudar esta realidade.

Em relação ao agressor, na maioria das vezes ele já contém traços agressivo, já são predestinados a serem violentos por experiências passadas, pelo convívio familiar ou pela criação que tiveram, acabam vendo a violência como resolução de conflitos. Esse tipo de comportamento agressivo e machista geralmente já vem desde a infância dos agressores, pois vivemos em uma sociedade em que a mulher sempre foi vista como inferiores aos homens.

Os agressores desse tipo de violência dificilmente comentem apenas uma delas, elas não ocorrem de forma isoladas, inicia-se primeiro com a verbal, depois a física, consequentemente a moral.

Um fator característico, para Santos (2017) associados à violência estão a necessidade de autoafirmação ou ciúmes, ocasionado pela construção social do casal como indivíduos numa relação de pose, uso de álcool e drogas ilícitas, como fatores de distorção da realidade e regras sociais de conduta moral e ética.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

3 LEI MARIA DA PENHA

3.1 Consolidação da Lei Maria da Penha

A consolidação da Lei Maria da Penha foi uma grande conquista na luta pelos direitos das mulheres no Brasil, e do reconhecimento deste tipo de violência para a sociedade. Maria da Penha Maia Fernandes é representativo da violência doméstica que milhares de mulheres sofrem no Brasil.

Nesse sentido é o Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial (AgRg no AREsp n° 1626825/GO), julgado pela quinta turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), de relatoria do Min. Felix Fischer, que diz:

> [...] A Lei Maria da Penha objetiva proteger a mulher da violência doméstica e familiar que, cometida no âmbito da unidade doméstica, da família ou em qualquer relação íntima de afeto, cause-lhe morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico, e dano moral ou patrimonial. Estão no âmbito de abrangência do delito de violência doméstica e podem integrar o polo passivo da ação delituosa as esposas, as companheiras ou amantes, bem como a mãe, as filhas, as netas do agressor e também a sogra, a avó ou qualquer outra parente que mantém vínculo familiar ou afetivo com ele. Precedente [...] (BRASIL, 2020).

Portanto, os principais desenvolvimentos da Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), inclui medidas de proteção emergencial e a criação de tribunais dedicados à violência doméstica contra a mulher. Anteriormente a essa lei, o Juizado Especial Criminal havia analisado a maioria dos casos de violência contra a mulher, como ameaças, atos, lesões corporais, perturbação do sossego e danos à honra, nos termos da Lei nº 9.099/95 que se centrava na finalidade de mediação.

Além disso, a Lei nº 9.099/95, previne efetivamente as prisões no local, enquanto a Lei Maria da Penha (BRASIL, 2006), reforça a possibilidade de prisão preventiva, independentemente das razões gerais previstas no Código de Processo Penal, inclusive garantindo a efetividade das medidas cautelares de emergência.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Assim, uma das inovações jurídicas mais importantes da lei nº. 11.340/2006, foi a criação de medidas de proteção urgentes, com o objetivo de garantir instrumentos jurídicos capazes de proteger as mulheres nessa situação, com o objetivo de dar uma resposta do Estado para prevenir danos ou lesão da lei e promover a redução dos índices de violência (BRASIL, 2006).

A Lei Maria da Penha modificou o tratamento do Estado em relação aos casos envolvendo violência doméstica, basicamente, por meio de três canais, pois: i) aumentou o custo da pena para o agressor; ii) aumentou o empoderamento e as condições de segurança para que a vítima pudesse denunciar; e iii) aperfeiçoou os mecanismos jurisdicionais, possibilitando que o sistema de justiça criminal atendesse de forma mais efetiva os casos envolvendo violência doméstica (IPEA, 2015).

A criação de varas dedicadas à violência doméstica é outro ganho da lei, permitindo que juízes e servidores se especializem, entendam as causas da violência de gênero e disponibilizem equipes psicossociais para lidar com situações complexa.

Portanto, o Instituto Maria da Penha (IMP) aborda que além de proteger mulheres em situação de violência e salvar vidas, a Lei n. 11.340/2006 condena os agressores, garante a autonomia das mulheres, melhora os meios de assistência e atendimento, sempre apresentando valores de direitos humanos nas políticas públicas para meios de combate à violência de gênero.

3.2 Medidas de assistência e proteção as mulheres

As medidas protetivas de urgência – MPU são aquelas que podem ser solicitadas por mulheres, que estejam sofrendo algum tipo de violência doméstica, seja ela física, sexual, psicológica, moral ou até mesmo patrimonial. Essas medidas visam proteger a saúde e a integridade da vítima, e podem ser solicitadas na delegacia no momento do (B.O) boletim de ocorrência.

No entanto, para haver a aplicação da medida protetiva de urgência sendo o Art. 12-C caput da Lei n° 13.827/2019, deve haver risco atual ou eminente à vida da vítima ou a integridade física dela. Risco pode ser conceituado como situação de perigo, que pode ocasionar morte ou a violação de sua integridade física. O risco atual, quer dizer que é contemporâneo, presente; e iminente significa dizer que a ameaça se caracteriza de forma imediata, está preste a acontecer (GIMENES; ALFERES, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

É um tipo de recurso de proteção que está previsto na Lei Maria da Penha, que é uma legislação intuitiva que tem como objetivo criar mecanismos para coibir e prevenir a violência de gênero contra mulheres no Brasil. Este direito também está assegurado no art. 226, §8° da Constituição Federal de 1988, que fala que o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de todos que a integram, criando mecanismos para tentar coibir a violência no âmbito de suas relações familiares (BRASIL, 1988).

Segundo um estudo as vítimas de feminicídio no Distrito Federal, feito pela Câmara Técnica de Monitoramento de Homicídios e Feminicídios da Secretaria de Segurança Pública do DF (BRASÍLIA, 2019), mostra que 79,4% das mulheres assassinadas pelos parceiros não se encontravam sob medida protetiva. Pois, elas não tiveram coragem de denunciar seus ex companheiros, segundo esse mesmo estudo a maioria das vítimas de feminicídio nunca nem se quer registraram um B.O.

No artigo 22 da lei estabelece cinco tipos de medidas protetivas destinadas ao agressor, que se for verificada a violência doméstica podem ser aplicadas de imediato, em ou conjunto ou então separadamente. Essas medidas são: a suspensão de posse ou restrição do porte de armas com comunicação ao órgão competente; afastamento do lar domicilio ou local de convivência com a ofendida; proibição de determinadas condutas, como por exemplo, aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando um limite mínimo de distância entre estes e o agressor; contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação; a frequentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade psicológica e física da vítima; restrição ou suspensão das visitas aos seus dependentes menores; assim como, a prestação de alimentos provisionais ou provisórios (GIMENES; ALFERES, 2020).

Já as medidas protetivas direcionadas a ofendida em caso de violência doméstica, estão previstos nos artigos 23 e 24 da referida lei. No art. 23, existe a possibilidade do juiz, sem prejuízo a outras medidas adotadas, ou que possam ser adotadas, encaminhar a vítima e seus dependentes a um programa de proteção ou atendimento, que pode ser oficial ou comunitário. O juiz também pode determinar, se for necessário, outras três medidas protetivas a ofendida, que são o seu retorno ao domicílio, após o afastamento do agressor; o seu afastamento do lar, preservando-se os seus direitos, principalmente patrimoniais e a guarda dos filhos; a separação de corpos (BRASIL, 2006)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O art. 24, impõe medidas de proteção exclusivamente patrimonial à ofendida, como por exemplo, a restituição de bens e a proibição temporária de atos e contratos relativo aos bens de propriedade conjunta com o agente ativo do crime (BRASIL,2006)

As medidas protetivas de urgência depois de serem requeridas pela vítima, devem ser encaminhadas ao Poder Judiciário, pela Autoridade Competente, pelo Defensor Público ou pelo Ministério Público. A noção da medida, que destaca essa condição de urgência, exige imediata ação a autoridade de que primeiro tomar conhecimento dos fatos (GIMENES; ALFERES, 2020).

Portanto, o não cumprimento da medida protetiva de urgência também é caracterizado crime, está disposto no Art. 24-A da Lei n° 13.641/2018 que fala que o descumprir decisão judicial de gera pena detenção de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, a configuração do crime independe da competência civil ou criminal do juiz que deferiu as medidas, na hipótese de prisão em flagrante, apenas a autoridade judicial poderá conceder a sentença, o disposto nesse artigo não exclui a aplicação de outras sanções cabíveis (BRASIL, 2006).

3.3 Tipos de violência contra a mulher

Segundo o artigo 7º da Lei 11.340 de 2006 existem cinco tipos de violência doméstica e familiar contra mulher: violência fisica, violência psicóligica, violência sexual, violência moral e violência patrimonial:

> Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:
>
> I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
>
> II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

> III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;
>
> IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;
>
> V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria. (BRASIL, 2006).

Portanto, o objetivo da referida lei é corrigir uma realidade que agravada pela falta de legislação para proteger as mulheres e, além disso, diante da falta de um tratamento apropriado às mulheres quando iam a delegacia de polícia para conseguir ajuda.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) assim compreende:

> [...] A Lei Maria da Penha cria mecanismos adequados para coibir a violência de natureza física, psicológica, sexual, patrimonial ou moral dirigida conscientemente contra a mulher, conferindo proteção específica ao gênero feminino quando a agressão é praticada nas específicas situações descritas no art. 5º: âmbito da unidade doméstica, âmbito da família ou qualquer relação íntima de afeto [...] (BRASIL, 2017)

Assim, a violência física é a forma de violência contra a mulher de maior visibilidade, pois há uma menor predisposição social em aceitar esse tipo de agressão. Pode ocorrer das mais variadas formas: obrigar a tomar medicamentos desnecessários ou inadequados, bloquear a passagem, dar tapas, empurrões, mordidas, chutes, socos, amarrar ou imobilizar

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

a pessoa, torcer o braço, provocar queimaduras e cortes, estrangular, causar lesões por armas ou objetos, e até ameaçar matar a parceira.

Pois, a violência física ocorre muitas vezes quando o agressor usa a força com a intenção de ferir o corpo da mulher, deixando ou não marcas indistintas, incluindo hematomas.

O inciso II da referida lei faz referência a violência psicológica, que é caracterizada por episódios frequentes a identidade e as características físicas ou de personalidade da pessoa, com maneiras de desqualificá-la e destruir sua autoestima. Não são apenas críticas, não visam o desenvolvimento de outros, mas sim à sua desestabilização e fragilização psicológica. As agressões podem ocorrer por meio de xingamentos, humilhações (ou até em público), restrições, constrangimentos, entre outros. A mulher que vivencia esse tipo de violência pode se sentir inferior ao parceiro, culpar-se pela agressão, acreditar que está fora de controle. A vítima também pode se sentir intimidada e envergonhada, desamparada e sem esperança porque não podem ser ouvidos e respeitados por seus agressores (BARBOSA *et al.* 2020).

O Instituto Maria da Penha (IMP) assinala algumas condutas que configuram violência sexual: estupro, obrigar a mulher a fazer atos sexuais que causam desconforto ou repulsa, impedir o uso de métodos contraceptivos ou forcar a mulher a abortar, forçar matrimonio, gravidez ou prostituição por meio de coação, chantagem, suborno ou manipulação, limitar ou anular o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos da mulher (IMP, 2018).

A violência patrimonial ocorre quando o agressor de alguma forma lesa os bens da vítima, pode ser por qualquer conduta que configure a destruição a detenção ou a subtração, parcial ou total dos bens da vítima. Como por exemplo quebrar ou destruir seus instrumentos de trabalho, dinheiro e documentos pessoais, que vão lhe causar prejuízos financeiros. Outra forma de violência patrimonial é controlar o dinheiro ou extorquir a vítima, não pagar a pensão alimentícia, estiolando, usar o nome e ou os documentos da vítima em proveito próprio. Geralmente esse tipo de comportamento vem acompanhado de ameaças e violência, que causam medo na vítima e fazem com que ela ceda ou não consiga impedir.

A violência doméstica moral é um ato difamatório em que o agressor tenta manchar a imagem da vítima com calúnia, difamações e mentiras sendo destinados a ofender a dignidade das mulheres. Além disso, a conduta que gera atitudes humilhantes,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

desvalorização moral, atitudes que abalam a autoestima da mulher, são condutas da violência doméstica moral, que é uma das mais comuns formas de violência contra a mulher.

Todos os tipos de violência acima são vivenciados por mulheres vítimas de violência doméstica em seu cotidiano. Essas violências não deixam vestígios visíveis na maioria dos casos, mas afetam profundamente as vítimas, levando-as a um estado de depressão extrema.

4 PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

4.1 Surgimento da pandemia e a recomendação da OMS

No passado, a humanidade enfrentou diversas doenças no nível de pandemia, os surtos e as doenças se repetem apresentando semelhança na forma de alastramento e controle da doença. Atualmente, o mundo vivência a pandemia causada pelo novo coronavírus, sua virulência é bastante alta, vem causando milhares de mortes (GASQUE *et al*, 2020).

A COVID-19 é a designação dada pela Organização Mundial de Saúde (OMS) para identificar a doença causada pelo novo coronavírus. Os primeiros casos da doença foram identificados, na cidade de Wuhan, na província de Hubei, na China, a infecção viral se expandiu internacionalmente causando grandes ameaças à saúde e a vida. Devido à forma de como a doença foi manifestada por vários sintomas, desde assintomáticos, leves até doença grave e morte, em março de 2020, foi declarada pela OMS que a Covid-19, é uma pandemia.

A principal forma de transmissão é o contato entre pessoas ou através do contato por meio de toque do aperto de mão, objetos contaminados, gotículas de saliva, espirro, tosse. Os principais sinais e sintomas apresentados são febres, tosse, dificuldade de respirar, redução do paladar e do olfato (GASQUE *et al*, 2020).

Em cenário acelerado e devastador da doença, a população mundial passou a adotar intervenções para conter o avanço do vírus tais como, o distanciamento social, quarentena, isolamento, lockdown, shutdown, essas medidas têm como objetivo limitar a movimentação interna das pessoas, impedindo que haja contato entre elas (AQUINO et al.; GOSTIC *et al*, 2020).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O Ministério da Saúde vem orientando à população desde o início no sentido de reforçar a importância das medidas de prevenção, que são as seguintes, a lavagem das mãos com água e sabão ou sua higienização com álcool em gel 70%, uso de máscara (BRASIL, 2020).

Como uma das medidas de proteção e prevenção contra o vírus, o isolamento social, foi durante o ano de 2020 uma realidade no mundo todo, e segundo dados do Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (BRASIL, 2020) desde o início da pandemia do coronavírus, mulheres passaram a ficar 24 horas em casa, muitas vezes, com seus agressores, o que levou ao aumento do número de práticas de violência doméstica. Elevando inclusive a preocupação do ministério, com a violência doméstica e familiar contra a mulher.

4.2 Saúde pública: violência doméstica

A violência doméstica é considerada uma questão de saúde pública, pois a violência sexual ou física e psicológica pode provocar lesões imediatas, infecções, depressão e até transtorno mental, além de violar os direitos humanos e a integridade da mulher (OPAS/OMS).

Esse tipo de violência ocorre dentro do próprio lar e só quem tem conhecimento é a vítima e o agressor, em alguns casos os filhos, vizinhos ou parentes mais próximos sabem ou presenciam as agressões, porém não interferem, ou não conseguem interferir seja por medo da conduta do agressor ou porque a própria vítima não deixa, por ter medo ou depender do agressor, seja financeiramente ou emocionalmente.

A violência doméstica é a forma mais comum de violência contra a mulher e cria um problema de saúde pública por causar sequelas nos domínios físico, emocional, familiar e econômico.

Dados da Organização Mundial da Saúde (OMS) indicam que agressões estão ocorrendo cada vez mais cedo; em todo o mundo, um terço das mulheres ou 736 milhões já sofreu violência física ou sexual por um parceiro ou alguém próximo. A violência a mulheres está ocorrendo cada vez mais cedo na vida de mulheres e meninas, sendo os agressores na maioria dos casos um parceiro ou uma pessoa conhecida da vítima. Mesmo com esforços de governos e sociedade civil, o número global de todas as mulheres continua sendo ao redor de um terço, sem mudanças ou melhoras na última década (ONU, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

5 IMPACTOS DA COVID-19 SOBRE A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA

5.1 Reflexos da medida de isolamento sobre a violência contra a mulher

Acredita-se que o necessário isolamento social para o enfrentamento à pandemia escancara uma dura realidade, de acordo com dados da Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH), do Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), entre os dias 1º e 25 de março de 2020, houve crescimento de 18% no número de denúncias registradas pelos serviços como Disque 100 e Ligue 1808.

As estatísticas apontam que mesmo na condição de chefes do lar, as mulheres não estão seguras nem mesmo em suas casas, dos 3.739 homicídios de mulheres em 2019 no Brasil, 1.314 (35%) correspondem ao crime de feminicídio, sendo desses, 88,8% praticados por companheiros ou ex-companheiros (EURONEWS, 2020)

O Fórum Brasileiro De Segurança Pública (BRASIL, 2020) informou que, só no mês de abril, ápice do isolamento no pais, o número de ligações, denunciando episódios de violência doméstica no Ligue 180 cresceu 37,6% com relação a abril de 2019, confirmando o aumento considerável nos registros de casos de violência doméstica no período do isolamento social, o Brasil, que já apresentava altos índices de violência doméstica antes de iniciar a pandemia, através do isolamento social consolidou a crescente dos casos.

Para Mainart (2021) torna-se explícito que, embora o isolamento social seja a medida mais adequada para a contenção da pandemia, o ambiente doméstico apresenta riscos para a segurança de muitas mulheres, nos levando a perceber que o enfrentamento da violência doméstica é um desafio cotidiano no Brasil.

Através dos boletins de ocorrência das Polícias Civis das 27 Unidades da Federação, O Fórum Brasileiro De Segurança Pública fez um levantamento de dados, que indicaram um leve recuo nos registros de feminicídio em 2021, ao mesmo tempo que apontam o aumento dos registros de estupro e estupro de vulnerável no mesmo ano. Os dados preliminares de violência letal contabilizam 1.319 mulheres vítimas de feminicídio no ano de 2021, decréscimo de 2,4% no número de vítimas; e 56.098 estupros (incluindo vulneráveis), apenas do gênero feminino, crescimento de 3,7% em relação ao ano anterior (FBSP,2021).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

5.2 Conjuntura da política pública na violência doméstica

Dessa forma, com o crescente casos de violência doméstica durante a pandemia, o Governo Federal aprovou a Lei. 14.022/20, que dispõe sobre medidas ao enfrentamento da violência doméstica durante o isolamento. A norma torna essenciais os serviços ao combate e a prevenção tanto contra mulheres quanto contra idosos, crianças e pessoas com deficiência (BRASIL, 2020).

Com o apoio de 23 deputadas foi aprovado o Projeto de Lei 1291/20, que prevê medidas de combate e prevenção à violência doméstica durante o estado de emergência de saúde pública decorrente do coronavírus. O projeto traz como mecanismos de denúncias: um número telefônico municipal ou estadual; atendimento por portal eletrônico na internet; e aplicativos de celular gratuitos. Também poderá ser estabelecido convênio para que o Disque 180, número nacional de recebimento de denúncias, repasse as informações urgentes recebidas para as redes de atendimento local, que incluem delegacia especializada e conselho tutelar (BRASIL, 2020)

Assim, com a referida lei o registro de ocorrência contra a violência doméstica poderá ser feito por meio eletrônico ou por número de telefone emergência, designado para tal pelos órgãos de segurança pública.

No dia 10 de junho de 2020, a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB (2020), em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), lançou a campanha chamada Sinal Vermelho. A campanha é um instrumento de denúncia contra a violência doméstica, com um "X" na palma da mão, a mulher pode pedir ajuda para qualquer estabelecimento comercial, onde o atendente irá chamar a polícia.

Pois a mesma inclui uma forma silenciosa de condenação em que as vítimas, privadas do direito de usar seus telefones celulares, computador, falar com amigos e familiares, desenhe um "X" vermelho na palma da mão e vá até a farmácia mais próxima quando tiver oportunidade, então o farmacêutico solicita à vítima para fornecer informações como nome, endereço e número de telefone, se houver, aciona a polícia. (AMB, 2020).

A campanha se tornou efetiva e acessível, sendo sancionada pelo Presidente da República Jair Bolsonaro no ano de 2021 "O projeto de Lei 741/2021 define o programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica como uma das medidas de combate à violência contra a mulher" (BRASIL, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Logo após o projeto de Lei 741/2021 se transformou na Lei 14.188 de 2021. A mesma lei alterou o diploma do Código Penal, incluindo o §13 na estrutura do art. 129 "Se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do §2°-A do art. 121, tendo reclusão de um a quatro anos. (BRASIL, 2021)

Na referida lei, inclui também no art. 147-B no Código Penal a violência psicológica contra a mulher sendo determinada como crime, a ser atribuído a quem causar dano emocional.

Em julho de 2020, foi aprovado pelo Senado Federal o substitutivo do Projeto de Lei (PL) 2.510/2020, que obriga síndicos, moradores e locatários a informarem casos de violência doméstica e familiar às autoridades competentes (AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS, 2020).

O referido projeto foi aprovado mediante o aumento da violência doméstica diante o isolamento social, que acarretou a vítima ter mais restrição aos meios de medidas de proteção. Assim, Bianquini (2020), aborda:

> Os riscos de violência contra mulheres e meninas, especialmente violência doméstica, aumentam devido ao aumento das tensões em casa e também podem aumentar o isolamento das mulheres. As sobreviventes da violência podem enfrentar obstáculos adicionais para fugir de situações violentas ou acessar ordens de proteção que salvam vidas e/ou serviços essenciais devido a fatores como restrições ao movimento de quarentena. (BIANQUINI, 2020).

O Ministério da Mulher, Família e Direitos Humanos (MMFDH), no dia 02/04/2020, propôs o enfrentamento à violência doméstica durante o COVID, com medidas emergenciais. Uma das propostas foi ampliar a Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ONDH) para os meios digitais com a criação do Aplicativo Direitos Humanos e de portal exclusivo. Trazendo para o mundo digital o disque 100 e 180, possa tornar mais fácil a denúncia para a vítima ao enfrentamento da violência doméstica durante o COVID.

Portanto, é valido expor a validade da lei Maria da Penha, pois são necessárias políticas públicas intersetoriais e integradas nos sistemas de justiça, segurança, saúde, assistência social e educação, bem como a atuação conjunta de todos os atores que compõem a rede de combate à violência contra a mulher, bem como da sociedade civil.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

6 CONCLUSÃO

Tendo em vista os aspectos observados, o presente estudo teve como base o aumento da violência doméstica contra a mulher na pandemia do covid-19, e os meios e medidas de urgência usadas para combater essa problemática e ajudar as vítimas desse tipo de violência, seja ela física, moral, sexual, psicológica ou patrimonial.

A pandemia do covid-19 adotou como uma medida para amenizar o vírus o isolamento social, que trouxe como consequência o aumento da violência doméstica e familiar visto que as vítimas passaram a ficar mais tempo em casa com seus agressores. Além disto a pandemia trouxe problemas econômicos para o país, e outra consequência disto foi o desemprego em massa, a paralização dos ônibus e as atividades acadêmicas e escolares de forma remota.

O desemprego acabou gerando uma frustação nos agressores o que o deixou ainda mais agressivo, a paralização dos ônibus fez que houvesse uma dificuldade ainda maior para as vítimas denunciarem os agressores, as atividades acadêmicas de forma remota, fez com que as vitimas passassem mais tempo em casa, além disso o desemprego fez com que algumas as vítimas ficassem ainda mais dependente de seus parceiros.

Desse modo, observa-se que além do aumento da violência doméstica, todas as esferas sofreram mudanças com a pandemia do covid-19, e muitas dessas mudanças contribuíram tanto para o aumento da violência como também para uma maior dificuldade da vitima em denunciar seus agressores, o que consequentemente fez com que também ocorre o aumento do feminicídio.

A lei Maria da penha já existe há muitos anos e tem como objetivo resguardar o direito das mulheres vítimas de violência doméstica, ou seja, as mulheres vítimas da violência em razão do gênero. As medidas protetivas de urgência descritas nesta lei, e visam proteger e vida dessas mulheres que estão vivendo algum tipo de violência doméstica, que estão em risco ou perigo de vida.

Na pandemia surgiram outras medidas e outros meios, que visavam resguardar a vida dessas mulheres, como por exemplo o aplicativo Salve Rainha, a mulher chegar em uma farmácia com um X escrito de batom na mão. Visto que a violência doméstica e familiar também é um problema de saúde publica que não atinge apenas as mulheres de

violência, e seus familiares, e sim toda uma sociedade, pois é também uma questão de saúde pública.

REFERÊNCIA

AGÊNCIA CÂMARA DE NOTÍCIAS. **Projeto obriga condomínios a denunciar casos de violência doméstica**. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.camara.leg.br/noticias/690668-projeto-obriga-condominios-a-denunciar-casos-de-violencia-domestica/. Acesso em: 13 maio 2022.

AQUINO, E. M. L. *et al*. Medidas de distanciamento social no controle da pandemia de COVID-19: potenciais impactos e desafios no brasil. **Ciência & Saúde Coletiva,** v. 25, n. 1, p. 2423-2446, jun. 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/4BHTCFF4bDqq4qT7WtPhvYr/?format=pdf&lang=en. Acesso em: 05 fev. 2022.

ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS - AMB. O que é a campanha Sinal Vermelho? https://sinalvermelho.amb.com.br/sobre-a-sinal-vermelho/. Acesso em: 25 fev. 2022.

BIANQUINI, Heloisa. **Combate à violência doméstica em tempos de pandemia: o papel do Direito.** Revista Consultor Jurídico, [S. l.], p. 1, 24 abr. 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-abr-24/direito-pos-graduacao-combateviolencia-domestica-tempos-pandemia. Acesso em: 19 abr. 2022

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 jan. 2022.

_____. **Lei no 11.340, de 7 de agosto de 2006**. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 08 mar. 2022.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos (MMFDH), Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos (ODNH). **Coronavírus:** sobe o número de ligações para canal de denúncia de violência doméstica na quarentena. Brasília, 2020. Disponível em: https://www.gov. br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/marco/ coronavirus-sobe-o-numero-de-ligacoes-para-canalde-denuncia-de-violencia-domestica-na-quarentena**.** Acesso em: 28 mar. 2022.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Ouvidoria Nacional de Direitos Humanos do Ministério da Mulher.** Disponível em: https://ouvidoria.mdh.gov.br/. Acesso em: 13 maio 2022.

_____. Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos. **Governo lança canais digitais de atendimento para enfrentamento à violência doméstica durante a pandemi**a. 2020.Disponível em: https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2020-2/abril/governo-lanca-canais-digitais-de-atendimento-para-enfrentamento-a-violencia-domestica-durante-a-pandemia. 2020.Acesso em: 02 juj. 2020.

_____. Ministério da Saúde. **Prevenção e Tratamento dos Agravos resultantes da Violência Sexual contra mulheres e adolescentes:** Norma técnica Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações programáticas estratégicas. Área técnica de saúde da mulher. Brasília: Ministério da saúde, 2012. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/prevencao_agravo_violencia_sexual_mulheres_3ed.pdf. Acesso em: 08 maio 2020.

_____. Presidência da República. Política Nacional de Enfrentamento à Violência Contra as Mulheres. Brasília (DF): Secretaria de Políticas para as Mulheres, 2011. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a- violencia/pdfs/politica-nacional-de-enfrentamento-a-violencia-contra-as-mulheres ((LINK INDISPONÍVEL)

_____. **Sancionada lei do Sinal Vermelho contra violência doméstica**. 28 jul. 2021. Disponível em: https://www.gov.br/pt-br/noticias/assistenciasocial/2021/07/sancionada-lei-do-sinal-vermelho-contra-violencia-domestica. Acesso em: 31. Maio.2022. (LINK INDISPONÍVEL)

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ementa nº 1643237**, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Medidas Protetivas de Urgência. C de O S. Ministério Público do Estado de Goiás. Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Brasília, DF, 21 de setembro de 2021. Diário Justiça Eletrônico. Brasília, 29 set. 2021. Disponível em:

https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1298977295/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1643237-go-2020-0003216-8/inteiro-teor-1298977305. Acesso em: 29 mar. 2022.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Ementa nº 0052833-47.2016.1.00.0000**, Penal. Habeas corpus. Paciente denunciado pelo crime de furto contra sua genitora. Ato de violência de gênero contra mulher. Carlos Thiago Cavalcanti de Lima. Defensor Público-Geral do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Min. TEORI ZAVASCKI. Brasília, DF, 13 de dezembro de 2016. Diário Justiça Eletrônico. Brasília, 13 fev. 2017. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1298977295/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-1643237-go-2020-0003216-8/inteiro-teor-1298977305. Acesso em: 29 mar. 2022.

BRASÍLIA. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios. **A grande causa da violência [contra a mulher] está no machismo estruturante da sociedade brasileira**. 2019. Acesso em: 18 maio 2022.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. Violência doméstica: Lei Maria da Penha. 11.340/2006, comentada artigo por artigo. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DATASENADO. **Violência doméstica e familiar contra a mulher**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/institucional/datasenado/publicacaodatasenado?id=violencia-domestica-e-familiar-contra-a-mulher-2021. Acesso em: 25 mar. 2022.

EURONEWS. **Domestic violence cases jump 30% during lockdown in France**. 2020. Disponível em: https://www. euronews.com/2020/03/28/domestic-violence-casesjump-30-during-lockdown-in-france. Acesso em: 26 mar. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA - FBSP. **Anuário brasileiro de segurança pública 2020.** Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/10/anuario-14-2020-v1-interativo.pdf. Acesso em: 05 mar. 2022.

_____**. Anuário brasileiro de segurança pública 2021. 2021.** Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/10/anuario-15-completo-v7-251021.pdf. Acesso em: 01 mar. 2022.

GASQUE, N. DE L. *et al*. **Covid-19 e grandes pandemias da humanidade:** um olhar histórico e sociológico. Revista Observatório, v. 6, n. 3, 01 maio, 2020. Disponível em: https://sistemas.uft.edu.br/periodicos/index.php/observatorio/article/view/10824. Acesso em: 14 jan. 2022.

GIMENES, Eron Veríssmo; ALFERES, Priscila Bianchini de Assunção. **Lei Maria da Penha explicada**: Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Edipron, 2020.

GOSTIC, K. *et al*. Estimated effectiveness of symptom and risk screening to prevent the spread of COVID-19. **Elife**. v.9. 2020. Disponível em: https://elifesciences.org/articles/55570. Acesso em: 18 fev. 2022.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA - IPEA. **Avaliando a efetividade da lei maria da penha**, Brasília, 2015. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/a-efetividade-da-lei-maria-da-penha>. Acesso em: 04 de maio de 2022.

INSTITUTO MARIA DA PENHA - IMP. **Tipos de violência.** 2018.Disponível em: https://www.institutomariadapenha.org.br/lei-11340/tipos-de-violencia.html. Acesso em: 25 abr. 2022.

LAURA, R. S. **Alcohol abuse, women,and domestic violence (part 4).** Women Health Open Journal. v.3, n. 3, p. 18-20, 2017.

MAINART, Catherine Ferreira. Mulheres e pandemia: breves reflexões sobre o recrudescimento da violência doméstica no Brasil durante as Medidas de isolamento social. **Revista Transgressões**. v.9, n.1. 2021. Disponível em: https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/24204/14630. Acesso em: 04 dez. 2022.

MENEGHEL, Stela. Nazareth; PORTELLA, Ana Paula. Feminicídios: conceitos, tipos e cenários. **Ciência & Saúde Coletiva**, 22, n. 9, 2017. Disponível em: https://www.scielosp.org/pdf/csc/2017.v22n9/3077-3086/pt. Acesso em: 25 abr. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE - OMS, Violência contra as mulheres. 2021. Disponível em: https://www.paho.org/pt/topics/violence-against-women. Acesso em: 18 fev. 2022.

SANTOS, Ione Barbosa dos *et al*. Violência contra a mulher na vida: estudo entre usuárias da Atenção Primária. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 25, p. 1935-1946, 2020. Disponível em: https://www.scielo.br/j/csc/a/R64vx7t9ykzCH54DTfSFvjv/?format=pdf&lang=pt. Acesso em: 15 mar. 2022.

SANTOS, M. S. **Fatores associados à impulsividade e ao uso de drogas entre homens autores de violência por parceiro íntimo no estado do Ceará**. Dissertação (mestrado) – Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Medicina. Programa de Pós-graduação em Saúde Pública. Fortaleza, CE. 2017.

www.conteudojuridico.com.br

O DEVER DE MOTIVAÇÃO DOS ATOS E DAS DECISÕES ADMINISTRATIVAS E AS ALTERAÇÕES DA LINDB

FELIPE MIRANDA FERRARI PICOLO: Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2016). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV/SP (2018). Mestrando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2020-2022). Advogado.

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo expor o dever de motivação dos atos e das decisões administrativas sob o prisma da teoria dos atos administrativos, bem como avaliar as disposições introduzidas na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB sobre esse dever. Se, por um lado, as decisões nas esferas administrativa, julgadora e controladora já deveriam ser motivadas, com o sopesamento dos impactos da decisão na sociedade, a reforma da LINDB, por outro lado, teve o importante papel de conferir segurança jurídica aos administrados ao impor que o processo de tomada de decisão deverá, necessariamente, levar em consideração as consequências práticas (efeitos jurídicos) no mundo fático.

Palavras-chaves: Ato e decisão administrativa. Dever de motivação. Valores jurídicos abstratos. Consequências práticas da decisão.

ABSTRACT: This article aims to expose the duty to motivate administrative acts and decisions from the perspective of the theory of administrative acts, as well as to evaluate the provisions introduced in the Law of Introduction to the Brazilian Rules – LINDB on this duty. If, on the one hand, decisions in the administrative, judging and controlling spheres should already be motivated, weighing the impacts of the decision on society, the LINDB reform, on the other hand, had the important role of providing legal certainty to those administered by means of imposing that the decision-making process must necessarily take into account the practical consequences (legal effects) in the society.

Keywords: administrative act and decision. Duty to motivate. Abstract legal concepts. Practical consequences of the decision.

Sumário: 1. Introdução. 2. O dever de motivação dos atos administrativos. 3. A LINDB e as alterações de segurança jurídica. 4. Inovação ou Retórica? 5. Conclusão.

1.Introdução

Decidir é tomar resolução sobre algo; dar uma solução para resolver, solucionar, determinar. A definição do conceito é clara, mas a sua aplicação não. Isso porque não há um arcabouço legal específico que guie o aplicador do Direito no processo de tomada de decisão. Nem seria o caso de haver, afinal a multiplicidade de possíveis decisões diante de uma quantidade incalculável de situações jurídicas (com suas respectivas peculiaridades) inviabilizaria normatizar um manual que mecanize o processo decisório.

Para evitar a edição de decisões incoerentes, desviadas ou desproporcionais, a teoria do ato administrativo relaciona requisitos essenciais para assegurar a eficácia e a validade das decisões administrativas, entre eles a motivação. A motivação, enquanto exposição de fundamentos fáticos e jurídicos da decisão, cria um liame entre o fato jurídico e a decisão tomada, ou seja, é a linha de raciocínio utilizada pelo decisor diante de determinado fato para concluir por certa decisão.

Com o propósito de reforçar o dever de motivação, a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro foi reformada para incluir dispositivos que garantissem segurança jurídica na aplicação das normas de direito público. Entre essas novas previsões, duas estão diretamente relacionadas com a motivação dos atos e decisões nas esferas administrativa, judicial e controladora: os artigos 20 e 21. Segundo esses artigos, o processo de tomada de decisão não pode se pautar exclusivamente em valores jurídicos abstratos, sem que se considere as consequências práticas da decisão, e qualquer decisão de invalidação deve indicar as consequências jurídicas e administrativas.

Estes enunciados podem gerar certas reflexões: os decisores já não eram obrigados a refletir sobre as possíveis consequências de suas decisões? Era possível invocar princípios jurídicos ou conceitos jurídicos indeterminados para motivar decisões administrativas? Se a resposta para ambas as perguntas for negativa, houve, então, alguma inovação na reforma da LINDB? São essas questões que pretendemos responder no presente artigo.

2.O dever de motivação dos atos administrativos

Antes de tratarmos sobre o dever de motivação dos atos e das decisões administrativas, precisamos definir um referencial teórico acerca do próprio *ato administrativo*. Não pretendemos estender a análise à aspectos que não serão relevantes para o debate proposto, mas tampouco podemos tratar sobre a *motivação* sem antes introduzirmos uma categoria fundamental do Direito Administrativo: o ato administrativo.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro uma definição definitiva sobre ato administrativo. Sua conceituação advém da construção doutrinária – a despeito das

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

divergências na delimitação do determinado signo entre autores – que "*estratificam um ponto de referibilidade de normas, de efeitos de direito*".176

Não seria possível explorarmos o processo de conceituação do ato administrativo sem antes fixarmos uma série de premissas conceituais, tais como função administrativa, função pública e interesse público. Contudo, como não faz parte do escopo deste artigo esmiuçar as bases deste processo doutrinário, tomaremos a liberdade para avançarmos à definição de ato administrativo para, então, indicarmos aquela que utilizaremos como referencial teórico.177

Registre-se que optar por uma definição de ato administrativo não significa desprezar as demais. Poderíamos nos valer das lições de Antônio Carlos Cintra do Amaral para adotar o conceito de ato enquanto *norma administrativa*, isto é, "*norma jurídica concreta criada pelo Estado no exercício da função administrativa, que produz efeitos, diretamente, na esfera jurídica dos particulares, fora, portanto, do âmbito do aparelho estatal*".178 Poderíamos adotar, ainda, uma definição que restringe o ato às *declarações unilaterais* da Administração Pública, como Hely Lopes Meirelles, para quem "*ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria*".179

Contudo, para fins do presente estudo, utilizaremos a definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo a qual o ato administrativo é a "*declaração do Estado (ou de quem lhe faça as vezes – como, por exemplo, um concessionário de serviço público), no exercício de prerrogativas públicas, manifestada mediante providências jurídicas complementares da lei a título de lhe dar cumprimento, e sujeitas a controle de legitimidade por órgão jurisdicional*".180

176 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 386.

177 Para uma análise completa sobre a conceituação de função administrativa, função pública e interesse público, v. por todos: MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo* – v. 5: ato administrativo e processo administrativo [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

178 CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 30.

179 MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16ª ed. 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 126.

180 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 393.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Nos valemos também das lições do ilustre administrativista para fixarmos o referencial teórico sobre os elementos e pressupostos do ato administrativo. A sua sistematização prevê que os elementos do ato administrativo envolvem o conteúdo e a forma, enquanto os pressupostos são subdivididos entre pressupostos de existência (objeto e pertinência do ato ao exercício da função administrativa) e de validade (subjetivo – sujeito, objetivo – motivo/requisitos procedimentais, teleológico – finalidade, lógico – causa e formalístico – formalização).

O último pressuposto de validade, isto é, o *pressuposto formalístico de regularidade* é o mais importante para o objeto deste artigo: é aqui que, na visão do mencionado autor, reside o dever de motivação dos atos administrativos.181 A despeito da motivação não ter constado expressamente no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal – conforme previsto em seu projeto original – seu fundamento de validade decorre de outros dois dispositivos constitucionais: os artigos 1º e 93, X.

De acordo com o primeiro artigo da Constituição Federal, a República Federativa do Brasil é constituída como Estado Democrático de Direito. É dizer que o nosso ordenamento jurídico privilegia a estrutura republicana, federativa, democrática e de Estado de Direito, o que na visão da doutrina administrativista majoritária, extrai-se uma regra geral de obrigatoriedade da motivação dos atos administrativos.182 Nessa linha, o Supremo Tribunal Federal, em processo com repercussão geral reconhecida, reconheceu que a obrigação de a Administração Pública motivar os atos administrativos decorre da "*própria ideia de Estado Democrático de Direito, no qual a legitimidade de todas as decisões*

181 Há, ainda, posição doutrinária defendendo que a motivação constituiria um "ato jurídico autônomo" de modo que esta integraria a álea dos requisitos procedimentais do ato administrativo. Nestes termos, SUNDFELD, Carlos Ari. A motivação do ato administrativo como garantia dos administrados. *Revista de direito público*. São Paulo, v. 75, p. 118-125, jul./set. 1985; e CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

182 "Desses três princípios estruturantes – republicano, democrático e do Estado de Direito – decorre a regra geral de que todo ato administrativo deve ser motivado. Está absolutamente superado o velho entendimento de que somente é obrigatória a motivação quando a lei expressamente a imponha. São os princípios jurídicos que determinam quando uma decisão deve ou não ser motivada: na ausência de uma regra abstrata que imponha a motivação não há que se descartar sua imposição; pelo contrário, como regra geral, ela é sempre obrigatória. Despicienda, assim, sua previsão legal" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo* – v. 5: ato administrativo e processo administrativo [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, RB-5.19).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

administrativas teria como pressuposto a possibilidade de que seus destinatários as compreendessem e o de que pudessem, caso quisessem, contestá-las".183

Ademais, o artigo 93, X, da Constituição Federal prevê que "*as decisões administrativas dos tribunais serão motivadas em sessão pública*", sendo correta a interpretação de que o constituinte não restringiu o dever de motivação às decisões administrativas do Poder Judiciário, mas também àquelas editadas por órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta.

A motivação é a fundamentação, o raciocínio, o apontamento dos fatos considerados relevantes, a exposição de razões e das normas que devem incidir diante de determinado fato jurídico. Especialmente no caso de atos administrativos, a motivação tem a importante função de conferir publicidade aos elementos ponderados pelo administrador para concluir sobre determinada decisão, como conclui Maria Sylvia Zanella Di Pietro ao tratar a motivação como princípio: "*o princípio da motivação exige que a Administração Pública indique os fundamentos de fato e de direito de suas decisões*".184

Entendemos não haver espaço, em nosso ordenamento jurídico, para posicionamentos defendendo a motivação de atos administrativos somente nos casos em que a lei expressamente impusesse este dever.185-186 E ainda que assim fosse, a obrigatoriedade de motivação, com indicação dos fatos e fundamentos jurídicos, foi incluída na Lei Federal 9.784/1999, que regulamenta o processo administrativo no âmbito

183 Supremo Tribunal Federal, Plenário, RE 589.998, Ministro Relator Ricardo Lewandowski, Data do julgamento 20.03.2013.

184 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 82.

185 "Les agents publics ne sont tenus de motiver leurs actes que lorsque la loi ou un règlement les y oblige. En l'absence d'un texte, ils n'ont pas besoin de motiver leurs décisions" (JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Marcel Giard, 1926, v. III : le conctionnement des services publics, p. 220).

186 "No que se refere à motivação, porém, temos para nós, com o respeito que nos merecem as respeitáveis opiniões dissonantes, que, como regra, a obrigatoriedade inexiste. Fundamo-nos em que a Constituição Federal não incluiu (e nem seria lógico incluir, segundo nos parece) qualquer princípio pelo qual se pudesse vislumbrar tal intentio; e o Constituinte, que pela primeira vez assentou regras e princípios aplicáveis à Administração Pública, tinha tudo para fazê-lo, de modo que, se não o fez, é porque não quis erigir como princípio a obrigatoriedade de motivação. Entendemos que, para concluir-se pela obrigatoriedade, haveria de estar ela expressa em mandamento constitucional, o que, na verdade, não ocorre. Ressalvamos, entretanto, que também não existe norma que vede ao legislador expressar a obrigatoriedade. Assim, só se poderá considerar a motivação obrigatória se houver norma legal expressa nesse sentido" (CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 125-126).

da Administração Pública Federal,187 afastando suposta necessidade de leis esparsas optarem quando o ato administrativo deve ou não ser motivado.

Destaca-se que a motivação dos atos administrativos deve, obrigatoriamente, incidir sobre atos administrativos vinculados e discricionários. A Constituição Federal e a Lei Federal 9.784/1999 não excepcionaram a motivação somente a atos administrativos discricionários. Como mencionamos, a motivação indicará os pressupostos de fato e de direito que dão a sustentação ao ato e, portanto, aplica-se também aos atos vinculados.

É evidente que a motivação dos atos administrativos vinculados – isto é, aqueles que a lei já predefine a conduta a ser adotada pelo administrador – estará em segundo plano em comparação com o motivo que ensejou a edição do ato. Caso um cidadão, por exemplo, ingresse com pedido de aposentadoria, demonstrando ter preenchido o tempo mínimo de contribuição definido na Constituição Federal, caberá ao servidor público do Instituto Nacional de Seguridade Social analisar os documentos apresentados e, cumpridos os requisitos legais, conceder ou negar a aposentadoria pleiteada. Esse ato administrativo não comporta discricionariedade.

De toda forma, a concessão ou a negativa da aposentadoria deverá ser motivada com a indicação do pressuposto fático e jurídico ponderado pelo servidor. Caso contrário, em caso de negativa da aposentadoria, o cidadão não terá suporte para questionar eventual negativa ou, em caso de concessão da aposentadoria, os órgãos de controle não terão elementos para realizar fiscalizações.

Como consequência para a ausência de motivação de ato administrativo vinculado, filiamo-nos ao entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual, via de regra, o ato deverá ser reputado inválido, salvo se a Administração Pública demonstrar que a motivação do ato havia sido editada anteriormente.188

187 Art. 2º. A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência. (...) Art. 50. Os atos administrativos deverão ser motivados, com indicação dos fatos e dos fundamentos jurídicos, quando: (...). § 1º. A motivação deve ser explícita, clara e congruente, podendo consistir em declaração de concordância com fundamentos de anteriores pareceres, informações, decisões ou propostas, que, neste caso, serão parte integrante do ato.

188 "Assim, se o ato não houver sido motivado, mas for possível demonstrar ulteriormente, de maneira indisputavelmente objetiva e para além de qualquer dúvida ou entredúvida, que o motivo exigente do ato preexistia, dever-se-á considerar sanado o vício do ato" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 410-411). Nesse mesmo sentido, "Quanto aos atos ditos vinculados os quatro doutrinadores [Celso Antônio Bandeira de Mello, Floriano

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Como não poderia ser diferente, o dever de motivação em atos discricionários fica mais evidente ainda. Uma vez que a motivação confere transparência sobre os motivos que resultaram em determinada decisão administrativa, permitindo que o interessado possa exercer o contraditório e o devido processo legal, a exposição de motivos pelo administrador que ensejou um determinado resultado em detrimento de outro (exercício da discrição administrativa) é imprescindível.

Desta forma, a falta de motivação nos atos administrativos discricionários torna o ato inválido e, via de regra, de impossível convalidação. Excepcionalmente, a Administração Pública poderá demonstrar que o ato praticado continha motivação preexistente que justificava a sua edição – ainda que o documento que ampare a justificativa seja apartado ao ato, como um parecer, uma nota técnica, um laudo etc.189

3.A LINDB e as alterações de segurança jurídica

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, introduzida por meio do Decreto-Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942, é um conjunto de normas jurídicas que regem a hermenêutica sobre as demais normas em nosso ordenamento jurídico, isto é, a lei de introdução às próprias leis brasileiras.190 É a bússola legislativa que orienta o

Dutra de Araújo, Carlos Ari Sundfeld e Juarez Freitas] afirmam, com palavras diferentes, a mesma ideia à qual acedemos sem reservas: a motivação é exigível também dos atos vinculados, o que significa que não se pode transformar em uma prática comum na rotina do administrador a supressão da motivação em atos de competência vinculada; mas, se porventura a motivação não ocorrer – o que deve ser exceção, apenas acontecer por uma falha justificável –, o ato poderá ser convalidado se for reconhecida que a única solução possível a contemplar a competência vinculada é realmente a interpretação jurídica que foi empregada pela Administração" (PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa:* dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009, p. 201-202).

189 "Entretanto, se se tratar de ato praticado no exercício de competência discricionária, salvo alguma hipótese excepcional, há de se entender que o ato motivado está irremissivelmente maculado de vício e deve ser fulminado por inválido, já que a Administração poderia, ao depois, ante o risco de invalidação dele, inventar algum motivo, 'fabricar' razões lógicas para justifica-lo e alegar que as tomou em consideração quando da prática do ato. Contudo, nos casos em que a lei não exija motivação, não se pode, consoante dito, descartar alguma hipótese excepcional em que seja possível à Administração demonstrar e de maneira absolutamente inquestionável que (a) o motivo extemporaneamente alegado preexistia; (b) que era idôneo para justificar o ato e (c) que tal motivo foi a razão determinante da prática do ato. Se estes três fatores concorrerem há de se entender, igualmente, que o ato se convalida com a motivação ulterior" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, p. 411). Destaca-se que há posicionamentos contrários a tese exposta,

190 "Na verdade, é uma lei de introdução às leis, por conter princípios gerais sobre as normas sem qualquer discriminação. Trata-se de uma norma preliminar à totalidade do ordenamento jurídico. É uma *lex legum*, ou seja, um conjunto de normas sobre normas, constituindo um direito sobre direito (...), um superdireito, ou melhor, um direito coordenador de direito" (DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 73-74).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

intérprete em sua atividade cognitiva de decodificar o sentido e a aplicação das normas dispostas no sistema.

Originalmente denominada Lei de Introdução ao Código Civil, a alteração da nomenclatura legal, em 2010, teve como objetivo esclarecer que as normas contempladas nesse diploma legal regiam não só o direito privado, mas também a hermenêutica e aplicação das normas de direito público. A alteração da alcunha para LINDB, contudo, não trouxe nenhuma inovação prática ao direito público, afinal grande parte de seus artigos permaneciam se relacionado à interpretação e aplicação do direito privado e do direito internacional.

Esse panorama somente foi alterado em 2018 após o advento da Lei 13.655, de 25 de abril de 2018, que introduziu "*disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público*". Os dez novos artigos incluídos na LINDB passaram a balizar a hermenêutica, revisão e o controle do ato administrativo, a criação e aplicação de políticas públicas e a responsabilização do administrador em casos em dolo ou erro grosseiro.191

A partir de expressões usualmente utilizadas pela jurisprudência e, sobretudo, pela doutrina administrativista moderna, como "valores jurídicos abstratos" e "consequências práticas da decisão", o legislador positivou comandos aplicáveis à atuação de administradores, julgadores e controladores. E essa influência na atividade administrativa tinha o claro propósito de "*neutralizar importantes fatores de distorção da atividade jurídico-decisória pública*", nas palavras do relator do projeto de lei que viria a ser sancionada na Lei 13.655/2018.192

Em outros termos: a introdução dos artigos na LINDB pretendeu positivar entendimentos construídos por precedentes judiciais e administrativos e pela doutrina moderna, gerando um controle sobre o controle exercido pelas autoridades públicas. Sob esse aspecto, ao mesmo tempo que não negamos a importância das alterações promovidas na LINDB para fins de promover maior segurança jurídica aos administrados, tampouco concordamos que o texto legal tenha criado paradigmas hermenêuticos das normas de direito público.

---

191 Para uma análise aprofundada acerca da história legislativa da Lei 13.655/2018 vide, por todos: PALMA, Juliana Bonacorsi de. Segurança jurídica para a inovação pública. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, mai./ago. 2020.

192 Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=2919883&disposition=inline>. Acesso em: 16 jun, 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Para fins do presente estudo, destacamos os artigos 20 e 21 introduzidos na LINDB e que dialogam com o dever de motivação dos atos e decisões administrativas.193

O artigo 20 veda a adoção de "valores jurídicos abstratos" como motivação das decisões proferidas nas instâncias administrativa, controladora e judicial sem que sejam considerados os efeitos da decisão, ou seja, as consequências práticas. Isso não significa que o agente não poderá fundamentar a sua decisão em valores abstratos, tais como "interesse público" e "dignidade da pessoa humana". O conteúdo da norma, na realidade, preocupa-se em assegurar ao administrado que as decisões não serão motivadas somente a partir da invocação de fundamentos indeterminados ou genéricos.

Exige-se, a partir da interpretação desta norma, que a autoridade competente realize um exercício de ponderação em relação às possíveis consequências práticas que sua possível decisão pode gerar no mundo fático. Administradores, julgadores e controladores não poderão, portanto, fundamentar suas decisões em conceitos jurídicos indeterminados como a "supremacia do interesse público" sem avaliar os impactos dessa decisão no caso concreto.

Aqui precisamos destacar dois enunciados aprovados pelo Instituo Brasileiro de Direito Administrativo, em 14 de junho de 2019, sobre a interpretação do *caput* do artigo 20. De acordo com o Enunciado 2/2019, a motivação poderá ocorrer por remissão a orientações gerais, precedentes administrativos ou atos normativos, desde que a autoridade competente não se exima de analisar as particularidades do caso concreto (inclusive para o caso de não aplicação da orientação geral).

Além disso, o Enunciado 6/2019 prevê que a referência legal à "valores jurídicos abstratos" não se restringe à intepretação e aplicação de princípios, abrangendo, também, regras e outras normas que contenham conceitos jurídicos indeterminados. Essa interpretação é valiosa, pois *a contrario sensu* poderia se entender que a mera remissão a normas legais seria suficiente para motivar a decisão administrativa. Ocorre que há circunstâncias que a remissão legal se depara com conceitos jurídicos indeterminados

193 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão. Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. Parágrafo único. A decisão a que se refere o caput deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

como "interesse público", o que, consoante o Enunciado 6/2019, merece ser sopesado à luz das consequências da decisão.

O parágrafo único do artigo 20 vai além ao dispor que a motivação da decisão deverá demonstrar a "*necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas*". Aqui há um evidente espírito de reduzir o hipercontrole exercido por órgãos competentes e que afligem os administrados por falta de segurança jurídica.

O exercício de ponderação das consequências não exige que a autoridade pratique futurologia: o decisor deverá pautar sua análise frente às possíveis alternativas da sua decisão, levando em consideração aspectos sociais, econômico-financeiros, políticos e, evidentemente, jurídicos. E, por força do parágrafo único do artigo 20, a motivação do ato ou da decisão deverá apresentar o racional utilizado, inclusive em relação à necessidade e adequação do conteúdo do ato.

Mais adiante, referimo-nos ao artigo 21 que, em linha com o artigo 20, prevê que as decisões editadas nas esferas administrativa, controladora ou judicial que decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas. O parágrafo único desse artigo revela preocupação com a onerosidade excessiva imposta ao administrado ao indicar que eventual regularização de ato ou fato jurídico ocorra de modo "*proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais*".

São valiosas as lições de José Vicente Santos de Mendonça acerca da definição das consequências jurídicas e administrativas, necessárias para compreender o espírito desta norma. Ao seu ver, as "*consequências jurídicas são estados imediatos e imediatamente futuros associados à interpretação ou à aplicação do Direito e que, certos ou prováveis, sejam exequíveis e admissíveis pela Constituição de 1988. Consequências administrativas são estados imediatos e imediatamente futuros, associados à atuação pública e que, certos ou prováveis, sejam igualmente exequíveis e admissíveis por nossa Constituição*".194

Com efeito, assim como a previsão constante do artigo 20 da LINDB, as autoridades competentes que determinarem quaisquer invalidações deverão, obrigatoriamente, sopesar as consequências desta decisão de acordo com os impactos no caso prático.

194 MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. Revista de Direito Administrativo. Edição especial: direito público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 50.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

4.Inovação ou retórica?

Após expormos, em apertada síntese, o dever de motivação dos atos e decisões administrativas e as alterações legais promovidas em 2018, propomos a seguinte reflexão: os artigos 20 e 21 inovaram no ordenamento jurídico ou não, tendo apenas o condão de ratificar aquilo que a teoria dos atos administrativos já previa?

De um lado temos quem afirme que a reforma da LINDB não inovou no exercício hermenêutico das normas de direito público. Segundo essa visão, os artigos 20 e 21 apenas dão eficácia às exposições doutrinárias a respeito da interpretação consequencialista e em sua aplicação pelo administrador, julgador e controlador.195

Do outro lado há quem veja as inovações com o exato propósito de eliminar práticas subjetivas e superficiais das autoridades competentes. Entende-se que o objetivo desta reforma foi alcançado pelo fato de aumentar a segurança jurídica aos administrados ao positivar entendimentos então sedimentados na doutrina, mas de baixa aplicação pelos responsáveis pelas decisões administrativas, judiciais e controladoras.196

Sem medo de ficar "em cima do muro", entende-se que ambas as posições são acertadas.

Antes de mais nada, precisamos refutar o tom pejorativo que determinados autores utilizam para discorrer sobre o *consequencialismo*. Ao contrário do que afirmam, o consequencialismo não representa uma carta branca à disposição do administrador para decidir somente com base em fenômenos econômicos, políticos ou sociais. Na realidade, e aqui faremos referência a Neil MacCormick, um dos principais autores responsáveis pela

195 "Pretendeu-se, por meio da lei, impor aos órgãos de controle e aos operadores do direito em geral a implementação dos avanços científicos. Pode-se dizer que, teoricamente, em relação aos atos administrativos, as inovações da Lei nº 13.655/18 não configuraram, em absolutamente nada, verdadeiras 'inovações'. Foram uma tentativa de dar eficácia aos avanços científicos das últimas décadas, que não foram, por desconhecimento, implementados no cotidiano da Administração Pública" (MARTINS, Ricardo Marcondes. Teoria do ato administrativo à luz das alterações da LINDB. In: VALIATI, Thiago Priess et. al (Coord). *A lei de introdução e o direito administrativo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019, p. 23).

196 "As inovações introduzidas pela Lei nº 13.655/2018 destinam-se preponderantemente a reduzir certas práticas que resultam em insegurança jurídica no desenvolvimento da atividade estatal. O art. 20 relaciona-se a um dos aspectos do problema, versando especificamente sobre as decisões proferidas pelos agentes estatais e fundadas em princípios e valores de dimensão abstrata. A finalidade buscada é reduzir o subjetivismo e a superficialidade de decisões, impondo a obrigatoriedade do efetivo exame das circunstâncias do caso concreto, tal como a avaliação das diversas alternativas sob um prisma de proporcionalidade" (JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: direito público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018, p. 15).

criação dessa visão, o consequencialismo deve ser visto como a ponderação para os prováveis impactos que a decisão terá no comportamento da sociedade.

É dizer: apesar de a interpretação consequencialista dever ser adotada quando surgirem problemas de interpretação da norma, nenhuma deliberação pode ser feita se estiver em contradição com alguma norma válida e de caráter obrigatório do sistema jurídico. O autor escocês diz que a decisão deve ser coerente com os princípios emanados da ordem jurídica e, portanto, que as consequências jamais poderão se sobrepor à ordem jurídica.197

Com isso em mente, verificamos que há muito a doutrina já repercutia que o intérprete do Direito deveria se preocupar com as consequências prováveis de cada interpretação. Adotando as lições de Carlos Maximiliano, o hermeneuta deve interpretar o Direito inteligentemente, afastando-se de interpretações absurdas ou incompatíveis com o interesse geral.198

Em relação aos atos administrativos, especialmente os discricionários, tampouco haveria liberdade de escolha conferida pela lei aos administradores competentes. Há, na realidade, uma margem de atuação não-vinculada, cujo processo de análise decisório deve se ser percorrido para satisfazer a finalidade "ótima" da lei.

---

197 "A adução do princípio ou analogia, embora necessária, não é suficiente para a completa justificação da decisão. A deliberação que rege diretamente o caso deve ser testada pela argumentação consequencialista bem como pela argumentação a partir da 'coerência' envolvida no recurso ao princípio ou à analogia. E exatamente da mesma forma (...) deve ser aplicado o teste para verificar a coesão. É preciso demonstrar que a decisão em questão não contradiz nenhuma norma estabelecida de direito, dada uma interpretação ou explicação correta de uma norma dessas à luz de princípios e políticas de interesse público" (MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 326).

198 "Preocupa-se a Hermenêutica, sobretudo depois que entraram em função de exegese os dados da Sociologia, com o resultado provável de cada interpretação. Toma-o em alto apreço; orienta-se por ele; varia tendo-o em mira, quando o texto admite mais de um modo de o entender e aplicar. Quanto possível, evita um a conseqüência incompatível com o bem geral; adapta o dispositivo às ideias vitoriosas entre o povo em cujo seio vigem as expressões de Direito sujeitas a exame. Prefere-se o sentido conducente ao resultado mais razoável, que melhor corresponda às necessidades da prática, e seja mais humano, benigno, suave. E antes de crer que o legislador haja querido exprimir o conseqüente e adequado à espécie do que o evidentemente injusto, descabido, inaplicável, sem efeito. Portanto, dentro da letra expressa, procure-se a interpretação que conduza a melhor conseqüência para a coletividade" (MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 20ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 135).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello refuta a discrição administrativa como leque de escolhas do administrador. No seu entendimento, as várias hipóteses abstratamente comportadas pela norma jurídica devem ser avaliadas à luz das circunstâncias fáticas do caso concreto de modo que a depender das balizas estabelecidas, a discrição poderá ser inclusive suprimida a apenas uma alternativa possível.199

Os racionais mencionados coadunam com a ideia de que o sistema jurídico brasileiro impõe o "dever de boa administração", ou seja, que o hermeneuta deve perseguir a solução perfeita diante das circunstâncias concretas. Invocar valores jurídicos abstratos, conceitos jurídicos indeterminados ou princípios jurídicos gerais do direito sem traçar paralelos com o contexto apresentado em determinado caso viola as regras basilares de interpretação jurídica.

Sendo este o caso, temos que o ato administrativo não foi motivado ou, pelo menos, que a motivação do ato não foi adequada para atender a finalidade perfeita da norma. Com efeito, a conduta imposta pelo ato "*não é aquela pretendida pela regra de Direito, quem a promoveu atuou em desconformidade com a finalidade legal e quando alguém atua em desconformidade com a finalidade legal, o ato é inválido*".200

Aqui temos a demonstração de que a doutrina clássica já se manifestava pela invalidação de atos e decisões administrativas quando não se atentassem às consequências práticas da decisão. Sob esse prisma, nos parece correta a afirmação de que o comando normativo gerado pela inclusão dos artigos 20 e 21 não trouxeram grandes inovações no sistema.

Esse racional, agora positivado na LINDB, parece-nos válido para vincular as esferas administrativa, judicial e controladora que porventura não ponderassem as consequências

199 ""(...) quando a norma jurídica vinculadamente estabelece um único comportamento perante situação definida em termos objetivos, ninguém duvida que ela quer um comportamento ótimo e que foi considerado possível pré-definir a conduta dessarte qualificada como ideal para atender ao interesse que se propôs a tutelar; por isso o fez em termos de vinculação total. Mas, caberia perguntar: quando a lei regula uma dada situação em termos dos quais resulta discricionariedade, terá ela aberto mão do propósito e da imposição de que seja adotado o comportamento plenamente adequado à satisfação de sua finalidade? Muito pelo contrário. A discrição, como se espera a breve trecho comprovar, é a mais completa prova de que a lei sempre impõe o comportamento ótimo. Procurar-se-á demonstrar que quando a lei regula discricionariamente uma dada situação, ela o faz deste modo exatamente porque não aceita do administrador outra conduta que não seja aquela capaz de satisfazer excelentemente a finalidade legal" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 32).

200 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e controle jurisdicional. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 36

de suas decisões. E essa é justamente a justificativa por trás da sua inclusão no sistema jurídico.

Ainda sob esse contexto, mais um elemento justificaria a preocupação do legislador ao incluir os artigos 20 e 21 na LINDB: o excesso de decisões fundadas em princípios. Essa discussão ganhou protagonismo após o avanço da teoria pós-positivista,201 segundo a qual se reconhece a dimensão normativa dos princípios jurídicos e o Direito passa a ser considerado não apenas um conjunto de normas jurídicas, mas uma ordem objetiva de valores.

A adoção de princípios jurídicos para fundamentar decisões administrativas, contudo, gera uma enorme insegurança jurídica ao administrado que se depara, inclusive, com decisões distintas em casos similares. De acordo com Marçal Justen Filho, "*a proliferação de normas principiológicas acarreta a elevação do grau de indeterminação da disciplina jurídica*", de modo que a nova imposição legal aos administradores se revela adequada (e até necessária) para garantir a motivação dos atos administrativos.

5.Conclusão

Há muitas décadas a teoria clássica dos atos administrativos enaltece a motivação como fundamento de validade dos atos administrativos. É dizer: o ato (ou a decisão) que não contiver motivação – ainda que em casos de atos vinculados – cerceia a ampla defesa e o contraditório dos administrados, assim como a possibilidade de fiscalização dos órgãos de controle. Como consequência, o ato administrativo sem motivação será, via de regra, considerado inválido.

Ocorre que com a proliferação de decisões fundamentadas exclusivamente em princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados, a motivação foi colocada em segundo plano. Dizer que essa ou aquela decisão foi tomada com base na "supremacia do interesse público" ou na "indisponibilidade do interesse público" se tornou recorrente nas vias administrativas, controladoras e judiciais.

201 "O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais" (BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005, p. 4-5. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>. Acesso em: 10 jun, 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Sob este contexto, quis o legislador reformar a LINDB para impor um dever adicional no processo decisório: a motivação deve sopesar as consequências práticas que a decisão pode gerar. Aqui não se exige um exercício de prever consequências incalculáveis ou imprevisíveis, mas somente que o decisor considere alternativas e impactos das possíveis decisões.

Em um cenário de prorrogação de contrato de concessão, por exemplo, a decisão discricionária da Administração Pública por aceitar ou não o pedido de prorrogação deve sopesar quais serão os impactos mediatos e imediatos, envolvendo: (i) custos que a Administração Pública deveria alocar para modelar uma nova licitação; (ii) custos que a Administração Pública incorreria ao assumir a prestação do serviço público enquanto nova concessionária não assumisse a exploração da infraestrutura; (iii) possibilidade de incluir novos investimentos (adequados e necessários) no contrato de concessão para prorrogá-lo para a atual concessionária; entre outros elementos.

A despeito de o Supremo Tribunal Federal já ter reconhecido a discricionariedade da Administração Pública em matéria de prorrogação contratual, defendemos nesse exemplo a imprescindibilidade de as decisões administrativas serem motivadas à luz das consequências práticas que impactarão o orçamento público e a prestação do serviço ao usuário. Uma decisão negando a prorrogação por "interesse público", sem sopesar os efeitos dessa decisão poderá ser reputada como inválida.

Entendemos, portanto, que as alterações da LINDB no tocante ao dever de motivação dos atos e das decisões administrativas têm como propósito afastar a adoção de princípios jurídicos e conceitos jurídicos indeterminados sem nenhum aprofundamento, reforçando o dever de boa administração e da motivação adequada da teoria dos atos administrativos.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Motivo e motivação do ato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos. *Teoria do ato administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Paris: Marcel Giard, 1926, v. III : le conctionnement des services publics.

JUSTEN FILHO, Marçal. Art. 20 da LINDB: dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 13-41, nov. 2018.

MACCORMICK, Neil. *Argumentação jurídica e teoria do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

MARTINS, Ricardo Marcondes. Ato administrativo. In: MARTINS, Ricardo Marcondes; BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Tratado de direito administrativo – v. 5*: ato administrativo e processo administrativo [livro eletrônico]. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos de. Art. 21 da LINDB: indicando consequências e regularizando atos e negócios. *Revista de Direito Administrativo*. Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), p. 43-61, nov. 2018.

PALMA, Juliana Bonacorsi de. *Segurança jurídica para a inovação pública*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 279, n. 2, p. 209-249, mai./ago. 2020.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. *Controle judicial da discricionariedade administrativa*: dos conceitos jurídicos indeterminados às políticas públicas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *A motivação do ato administrativo como garantia dos administrados*. Revista de direito público. São Paulo, v. 75, p. 118-125, jul./set. 1985.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito administrativo para céticos*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

PSICOPATIA E O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

EMANUELE BORGES SEVILHA:
Graduanda em Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul-SP

ADEMIR GASQUES SANCHES

(orientador)

RESUMO: A psicopatia é um transtorno de personalidade antissocial, podendo ser confundida com doença mental, no entanto, diferente destes, os psicopatas não sofrem delírios ou alucinações. Trata-se de uma temática de suma relevância no atual sistema jurídico, em especial na área penal, a qual carece de tratamentos adequados e eficazes para tais criminosos. O presente trabalho possui como objetivo principal compreender a psicopatia e esclarecer como a legislação trata o criminoso psicopata e se as normas atuais são realmente eficazes na maneira de lidar com estes indivíduos. Pretende-se evidenciar a gravidade dos delitos cometidos por criminosos psicopatas e o alto grau de periculosidade que estes representam para a sociedade como um todo. O método empregado ao presente trabalho foi o hipotético-dedutivo, sendo utilizados como base da pesquisa doutrinas, artigos acadêmicos e análise de casos concretos. Até o presente momento, não há no ordenamento jurídico brasileiro lei específica que trate sobre o assunto, havendo grande controvérsia a respeito do tema. É notável a imprescindibilidade da criação de normas que regularizem e façam a correta punição de tais criminosos psicopatas, bem como a criação de programas com profissionais devidamente qualificados para atender os portadores de tal transtorno.

Palavras-chave: Psicopatia. Sistema Jurídico. Punibilidade. Direito Penal.

ABSTRACT: Psychopathy is an antisocial personality disorder, and can be confused with mental illness, however, unlike these, psychopaths do not suffer from delusions or hallucinations. This is a topic of paramount importance in the current legal system, especially in the criminal area, which lacks adequate and effective treatments for such criminals. The present work has as main objective to understand psychopathy and to clarify how the legislation treats the psychopathic criminal and if the current norms are really effective in the way of dealing with these individuals. It is intended to highlight the seriousness of the crimes committed by psychopathic criminals and the high degree of danger they represent for society as a whole. The method used in the present work was the hypothetical-deductive method, being used as a basis for the research doctrines, academic articles and analysis of concrete cases. To date, there is no specific law in the Brazilian legal system dealing with the subject, and there is great controversy on the subject. It is notable the indispensability of creating norms that regulate and correctly

punish such psychopathic criminals, as well as the creation of programs with properly qualified professionals to assist people with this disorder.

Keywords: Psychopathy. Juridical system. Punishment. Criminal Law.

1 INTRODUÇÃO

As pessoas portadoras de distúrbio de personalidade antissocial ou sociopatas, mais conhecidos como psicopatas, são pessoas que devido a anomalias no sistema límbico, possuem comportamentos antissociais e impulsivos.

Comumente, pessoas que tem este transtorno apresentam comportamento impulsivo ou irresponsável, agressivo, são manipuladores, e apresentam total indiferença ou falta de sensibilidade, além do mais, apresentam íntegro desprezo às regras da sociedade, desrespeitando-as e violando-as, sem demonstrar culpa ou remorso pelo comportamento.

Quando se trata de psicopatas, a legislação atual carece de um tratamento específico, uma vez que este tema é contornado de muitas divergências, desde a imputabilidade e culpabilidade destes indivíduos e, até mesmo, qual a medida mais apropriada a ser aplicada, uma vez que, normalmente tais indivíduos cumprem pena em presídios juntamente com presos comuns, sendo capazes de exercer forte influência sobre estes presos, que são incentivados a delinquir, praticar rebeliões e demais atos, o que prejudica a reinserção destes na sociedade e agrava ainda mais a situação do sistema prisional, e quando aplicada a medida de segurança, esta se mostra ineficaz, visto que a psicopatia não possui tratamento com o objetivo de cura patológica, e não há procedimentos que façam com que estes indivíduos criem empatia pelo próximo.

Quando se trata de crianças e adolescentes, estes são classificados até os 18 anos como Transtorno de Conduta, e não com Transtorno de Personalidade Dissocial (CID-10), por não possuírem a personalidade estruturada até então. Todavia, não é totalmente equivocado afirmar a existência da psicopatia infantil, uma vez que esta não é um episódio sem história ou de manifestação espontânea em qualquer momento da vida adulta, ela começa ainda na infância, em razão disso, é preciso estarmos atentos as atitudes destas crianças, uma vez que o caráter destas, ainda na infância pode ser moldado.

O tema é relevante visto a gravidade dos delitos cometidos por criminosos psicopatas, que chocam pelo grau de frieza importado na execução dos crimes, uma vez que estes indivíduos possuem total discernimento dos fatos, e cometem os delitos de maneira a satisfazer seu desejo pessoal de causar dor e ou sofrimento a outrem.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, é visível o alto grau de periculosidade que estes indivíduos representam à sociedade como um todo.

O tema agregado discute-se como a legislação atual, ao tratar destes indivíduos é omissa, uma vez que há muitas divergências quanto a culpabilidade e imputabilidade destes sujeitos, e até mesmo psiquiatras entram em conflito se esses criminosos podem ou não ser classificados como "loucos", bem como qual seria a medida mais eficaz e adequada quando se trata de psicopatas.

O objetivo deste trabalho é compreender os fatores que condicionam a ocorrência de crimes brutais cometidos por psicopatas e, destacar o ineficaz tratamento atribuído pela legislação brasileira e como o sistema prisional é afetado por sua inefetividade.

2 PSICOPATIA

A psicopatia, incluída como transtorno de personalidade antissocial de acordo com o CID 10 (F60.2) e o DSM-5 (301.7), também denominada sociopatia, é caracterizada pela falta de empatia destes indivíduos para com os outros e pelo grau de frieza importado em suas ações.

São seres dissimulados, mentirosos, sedutores, egoístas, individualistas, superficiais em relações interpessoais, impulsivos, calculistas e muito hábeis em manipular, não possuem sentimento de culpa ou remorso pelos seus atos, tais indivíduos se sentem seres superiores às demais pessoas, e fazem de tudo para alcançar seus objetivos e satisfazer suas vontades pessoais, pouco importando se para isso prejudicará alguém.

Hilda Morana (2019), distingue transtorno de personalidade e psicopatia:

> [...] A diferença entre transtorno da personalidade e psicopatia é que o psicopata é cruel, portanto completamente insensível ao outro. O outro só existe pra ele, não como ser humano, mas como meio para ele conseguir os seu propósitos egoístas, dessa forma o psicopata não tem amigos, não ama, mas é extremamente sedutor, ele estuda a sua vítima e passa a fazer tudo por ela, ele busca saber do que ela gosta, do que ela precisa e prontamente aparece com o objeto ou a solução para a pessoa que ele escolheu como vítima, ele trata esta pessoa muito bem e a pessoa vítima do psicopata pensa que teve muita sorte em conhecer alguém que é tão gentil consigo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Grande parte dos especialistas defendem não haver cura para a psicopatia, uma vez que esta já vem inserida no DNA destes indivíduos, podendo suas primeiras manifestações serem notadas desde a infância.

Estima-se que os psicopatas representem cerca de 1 a 3% da população mundial, e estes, por serem seres extremamente inteligentes, passam despercebidos, pois se apresentam como pessoas amistosas, solicitas e educadas, e fazem o uso da sedução para convencer e conseguir o que querem, tirando o máximo proveito da vítima, sem que tal manipulação seja percebida. E, quando se trata da população carcerária, cerca de 20 a 30% destes são considerados psicopatas.

Os psicopatas, só são notados na maioria das vezes, quando pendem para o lado do crime, tendo como principal característica a crueldade empregada em seus atos e a falta de culpa ou remorso, para eles pouco importa a consequência de seus atos brutais, e apesar de serem perfeitamente capazes de distinguir o certo e o errado, optam por fazer o que querem.

A psiquiatra forense Hilda Morana (2019), explica que:

> [...] O psicopata, ele não só é insensível aos outros como ele é indiferente, a insensibilidade do psicopata o leva a atos de crueldade. A crueldade pode se manifestar por matar alguém ou prejudicar gravemente outras pessoas então, considerando o caráter como o respeito que temos ao outro.

Os psicopatas não temem a punições, uma vez que não fazem relação do crime com a pena ou tratamento, e quando colocados em reclusão exercem forte influência sobre os demais presos, manipulando-os e fazendo com que estes realizem o "trabalho sujo", e ainda, quando aplicada medidas de segurança, estes desenvolvem melhor articulação, aprimorando suas técnicas de manipulação.

2.1 Diagnóstico da psicopatia

Embora a maioria dos casos que envolvam assassinos em série tenha o diagnóstico de psicopatia, nem todos são considerados psicopatas. Normalmente, as características notadas em assassinos em série psicopatas é a organização dos assassinatos, cuidados com a limpeza dos vestígios no local, planejamento e estratégias, aperfeiçoamento do *modus operandi*.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O diagnóstico da psicopatia é bastante dificultoso para os profissionais da psiquiatria e psicologia, uma vez que, os psicopatas, em razão de sua capacidade de manipulação, apresentam comportamento inteiramente aceitável frente aos profissionais que o avaliam. Sendo assim, diante da dificuldade no diagnóstico, isso faz com que a psicopatia esteja por vezes associada ao Transtorno de Personalidade Antissocial (TPA), o qual embora haja semelhanças com a psicopatia são coisas distintas.

Foi desenvolvido por Robert Hare, um método para diagnosticar um psicopata, chamado Psychopathy Checklist (PCL), o qual, através de um questionário a ser aplicado por profissionais devidamente habilitados, apura a existência de traços psicopáticos na personalidade de um indivíduo e confere sua incidência a graus evolutivos, sendo baseado em recursos afetivos, interpessoais e comportamentais, no qual cada item possui uma nota de 0 (zero), o que representa "não"; 1 (um), o que representa "talvez ou em algum aspecto"; ou 2 (dois), o que representa "sim"; sendo classificado em ausente/leve, moderada ou grave respectivamente. Ademais, a soma de tais notas é o que determina o grau de psicopatia do indivíduo. O fator 1 é tido como narcisismo agressivo sedutor, o fator 2 como estilo de vida socialmente desviante, o fator 3 como estilo de comportamentos irresponsáveis ou controle comportamental pobre. Com tal método, ficou evidenciado que os indivíduos apontados como psicopatas no teste também preenchiam os critérios para enquadramento como TPA, contudo, nem todos os indivíduos que eram enquadrados como TPA preenchiam os requisitos para psicopatia.

Ademais, de conforme delineado, o método Psychopathy Checklist (PCL), de Hare, se mostra eficiente e de grande valia para a identificação de psicopatas, o que pode colaborar para a resolução dos muitos casos problemáticos enfrentados atualmente, sobretudo quanto ao sistema penal brasileiro, no que tange ao modo como são tratados criminosos psicopatas.

Outra característica notória em relação aos psicopatas é que estes possuem plena capacidade de discernimento entre o certo e o errado, diferentemente das pessoas acometidas com alguma doença mental ou transtorno, as quais não possuem ou, detêm capacidade de discernimento reduzida no momento da prática delituosa.

Um psicopata que ficou amplamente conhecido pelas mídias foi Francisco de Assis Pereira, mais conhecido como "Maníaco do Parque", este foi condenado em 1998 pelo estupro de 16 mulheres, sendo que 7 destas foram brutalmente assassinadas após o ato de violência sexual. A Justiça brasileira considerou-o como sendo semi-imputável de maneira equivocada, uma vez que entendiam que este possuía capacidade de discernimento reduzida. Fato este que se mostra incompatível, pois se trata em verdade de um indivíduo com forte desvio de personalidade, que com suas habilidades em manipulação, e sem qualquer sentimento de culpa ou remorso e com o intuito de satisfazer

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

sua lascívia agia de forma cruel com suas vítimas, tratando-se, portanto, de um característico psicopata.

2.2 Psicopatia infantil

Os sinais de psicopatia já podem ser notados desde a infância, alguns especialistas defendem ser possível identificar traços psicopáticos em crianças a partir dos 3 anos de idade e, outros defendem que por não possuírem a personalidade formada, nenhuma criança pode ser chamada de psicopata.

Por mais duro e assustador que pareça, a psicopatia infantil existe. No entanto, há um consenso na psiquiatria de que o diagnóstico da psicopatia seja dado só depois dos 18 anos de idade, sendo assim, são classificados até os 18 anos como Transtorno de Conduta, uma vez que a psicopatia, classificada no CID 10 como Transtorno de Personalidade Dissocial, não pode ser diagnosticada em crianças e adolescentes, pois a personalidade ainda não está estruturada.

Conforme matéria de Martha Mendonça (2010), publicada pela revista Época:

> Não é fácil a sociedade aceitar a maldade infantil, mas ela existe", diz Fábio Barbirato, chefe da Psiquiatria Infantil da Santa Casa, no Rio de Janeiro. Ele explica que a criança ou adolescente que tem essa patologia pode se transformar, na vida adulta, em alguém com a personalidade antissocial – o termo usado hoje em dia para o que era chamado de psicopatia. "Essas crianças não têm empatia, isto é, não se importam com os sentimentos dos outros e não apresentam sofrimento psíquico pelo que fazem. Manipulam, mentem e podem até matar sem culpa", diz Barbirato. Por volta da década de 70 do século passado, teorias sociais e psicanalíticas tentaram vincular esse comportamento perverso à educação e à sociedade. Nos últimos anos, porém, os avanços da neurologia sugerem a existência de um fenômeno físico: imagens mostram que, nas pessoas com personalidade antissocial, o sistema límbico, parte do cérebro responsável pela empatia e pela solidariedade, está desconectado do resto.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Algumas das características da criança psicopata são: enurese contínua após os 5 anos de idade, violação constante às regras sociais, hábito de maltratar de maneira cruel os colegas, irmãos e animais domésticos, ausência de culpa ou remorso pelos atos praticados, hábito de mentir o tempo inteiro, com mentiras cada vez mais elaboradas, não demonstrar o menor constrangimento quando são pegas fazendo algo errado, incendiar objetos e, até mesmo casas, por prazer e sensação de poder e controle; sadismo, fazem uso de artifícios de manipulação ou chantagens, culpam os outros por seus erros, não possuem solidariedade, são arrogantes, possuem prazer em ferir ou manipular alguém, cometem atos de vandalismo, entre outras.

Segundo dados da Associação Brasileira de Psiquiatria, cerca de 3,4% das crianças apresentam problemas de conduta como brigar, mentir, desrespeitar e furtar, bem como a crueldade com animais.

Crianças com transtorno de conduta não conseguem se colocar no lugar de outras pessoas ou entender a dor do próximo, estas são insensíveis e simplesmente não se importam. Demonstrando uma extrema e profunda raiva pelos outros. No entanto, é preciso esclarecer que essa raiva não é um comportamento explosivo isolado, e sim constante.

Há um egocentrismo persistente no desenvolvimento de crianças apresentam personalidade psicopata, sendo assim, esta se torna irredutível perante os outros, e seu único objetivo é agradar aos interesses próprios.

Um bebê não nasce psicopata, no entanto, devido aos genes que regulam a quantidade de neurotransmissores responsáveis, este pode ter predisposições genéticas ao distúrbio. No entanto, para que estes genes entrem em ação, precisam interagir com o ambiente de alguma forma.

Sendo assim, estando em um ambiente violento, hostil, e com carências afetivas de recursos, é provável o desenvolvimento da psicopatia infantil por uma criança nestas circunstâncias, ambientes conturbados são solo fértil para o desenvolvimento de transtorno de conduta.

Há diversos fatores que podem influenciar no comportamento da criança para o desenvolvimento da psicopatia, dentre eles estão os fatores genéticos e biológicos, bem como fatores sociais, como traumas, atuação dos pais e ambiente hostil.

Para se fazer a identificação da criança psicopata, é indispensável fazer um estudo detalhado da situação do menor, tendo em vista que a certeza é indispensável na hora de diagnostica-los e, ainda que não se trate de um transtorno de conduta, tais atitudes devem ser corrigidas e trabalhadas por profissionais devidamente qualificados.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Tendo em vista que a criança ainda não possui sua personalidade formada, é possível trabalhar o ambiente em que ela vive, sendo possível inclusive amenizar ou até mesmo reverter esse quadro em casos de menor complexidade. Sendo assim, é preciso intervir logo após os primeiros sinais de psicopatia infantil, uma vez que esta é a chave para algo bastante destrutivo e perigoso no futuro.

Diferente do que ocorre com adultos, crianças com transtorno de conduta possuem uma chance de mudança no padrão de comportamento quando há o acompanhamento e tratamento destas em tempo hábil quando identificado traços psicopáticos. Conforme a idade avança, na adolescência a reabilitação se torna pouco provável e mais trabalhosa.

2.2.1 Caso Mary Bell

Aos 2 anos de idade, Mary Bell era uma menina diferente das outras, ela adorava surrar os brinquedos e quando se machucava nunca chorava. Aos 4 anos foi contida ao tentar enforcar uma coleguinha, e declarou às professoras que sabia que tal atitude poderia matá-la. Aos 5 anos presenciou a morte por atropelamento de outro colega, sem esboçar qualquer reação de espanto. Depois de alfabetizada passou a ficar incontrolável, maltratava os animais, pichava as paredes da escola, incendiou a casa onde morava. Aos 11 anos, Mary Bell matou dois meninos entre 3 e 4 anos por estrangulamento, tal caso aconteceu em 1968. Mary foi avaliada por psiquiatras antes de ir a julgamento, e estes concluíram por um gravíssimo transtorno de conduta, uma vez que ela não demonstrou qualquer sentimento ao saber que seria detida.

Para os especialistas, existem 3 fatores de risco para a psicopatia: possíveis lesões cerebrais no decorrer do desenvolvimento, predisposição genética e um ambiente hostil.

Sabe-se que a maioria dos psicopatas sofreu algum abuso na infância, seja psicológico, físico ou sexual, por exemplo. No caso de Mary, todos os fatores se encontraram presentes.

Ela era filha de uma meretriz viciada em entorpecentes e com distúrbios psicológicos. Mary foi abandonada e entregue para adoção por diversas vezes, todas se restaram infrutíferas. A mãe biológica de Mary dava drogas a ela, e quando ainda criança chegou a ser levada ao hospital por diversas vezes com graves overdoses. A mãe também a obrigava a se prostituir desde os 4 anos de idade.

Tais fatores somados condicionaram a formação da personalidade maléfica de Mary Bell. Ela foi presa e tratada por 12 anos, e em 1980 foi posta em liberdade sob monitoramento e nunca mais houve indícios de reincidência.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

3 O SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO EM FACE DA PSICOPATIA

Ainda não há, no Brasil, normas específicas a serem aplicadas aos crimes cometidos por pessoas portadoras de distúrbio de personalidade antissocial ou sociopatas, restando muitas dúvidas e divergências quanto a culpabilidade dos criminosos psicopatas.

3.1 Imputabilidade

O Código Penal Brasileiro, dispõe sobre a imputabilidade em seu Título III, nos artigos 26 a 28, no entanto, o legislador não versa quem é imputável, mas sim quanto aos inimputáveis e semi-imputáveis. Grande parte da doutrina considera a imputabilidade um elemento da culpabilidade.

Cleber Masson (2019. p.375) corrobora esse pensamento e, atesta ser a imputabilidade penal um dos elementos da culpabilidade. "O Código Penal acompanhou a tendência da maioria das legislações modernas, e optou por não a definir. Limitou-se a apontar as hipóteses em que a imputabilidade está ausente, ou seja, os casos de imputabilidade penal."

O Código Penal Brasileiro, após alterações trazidas pela Lei nº 7.209/1984, em seu artigo 26, dispõe que:

> Art. 26 - É isento de pena o agente que, por doença mental ou desenvolvimento mental incompleto ou retardado, era, ao tempo da ação ou da omissão, inteiramente incapaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.
>
> Parágrafo único - A pena pode ser reduzida de um a dois terços, se o agente, em virtude de perturbação de saúde mental ou por desenvolvimento mental incompleto ou retardado não era inteiramente capaz de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. (BRASIL, 1984, Art. 26)

Sendo assim, é possível analisar que o Código Penal é omisso quanto a figura do psicopata, uma vez não o trata com exclusividade e nem o enquadra em nenhum dos três níveis de imputabilidade, e até mesmo os especialistas divergem quanto a isso, enquanto uns defendem ser os psicopatas inimputáveis e até semi-imputáveis, outros defendem que psicopatas não são considerados doentes mentais, de acordo com conceitos legais e psiquiátricos, portanto não se enquadram no dispositivo citado.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Quanto a imputabilidade, Masson (2019, p.375) descreve: "é a capacidade mental, inerente ao ser humano de, no tempo da ação ou omissão, entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento.".

Posto isso, é notório que quando se trata de psicopatas, devemos enfatizar que estes são perfeitamente capazes de entender o caráter ilícito do fato, bem como de determinar-se de acordo com esse entendimento, tais indivíduos apenas não o fazem pois tem a maldade enraizada em seu ser, pois para eles é prazerosa a dor e o sofrimento causados a outrem.

No entanto, conforme se verifica, o sistema penal brasileiro vigente, ao lidar com tais indivíduos, comumente e erroneamente os trata como semi-imputáveis, apoiando-se no disposto no art. 26 do Código Penal para tal definição, pois se entende que para tais indivíduos lhes falta o aspecto ético/moral, assim, fica a cargo do Juiz do caso, embasado por um laudo pericial, decidir quanto a sua imputabilidade, e se este decidir que se trata de indivíduo semi-imputável, tal psicopata terá a pena reduzida de um a dois terços ou poderá ser encaminhado a um hospital psiquiátrico.

3.2 Inimputabilidade

O Código Penal Brasileiro, em seu artigo 27, trata os menores de 18 anos como sendo penalmente inimputáveis: "Art. 27 - Os menores de 18 (dezoito) anos são penalmente inimputáveis, ficando sujeitos às normas estabelecidas na legislação especial. (BRASIL, 1984)."

Daí surge o questionamento de como proceder com crianças e adolescentes que não exprimem qualquer tipo de sentimento de culpa ou remorso quando da pratica de atos criminosos bárbaros ou até mesmo hediondos.

Não há no Brasil formas de punição à criança criminosa, no entanto, existem formas de proteção e assistência que se encontram dispostas no artigo 122 do Estatuto da criança e do Adolescente, Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990:

> Art. 122. A medida de internação só poderá ser aplicada quando:
>
> I - tratar-se de ato infracional cometido mediante grave ameaça ou violência a pessoa;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> II - por reiteração no cometimento de outras infrações graves;
>
> III - por descumprimento reiterado e injustificável da medida anteriormente imposta.
>
> § 1º O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a três meses.
>
> § 1 o O prazo de internação na hipótese do inciso III deste artigo não poderá ser superior a 3 (três) meses, devendo ser decretada judicialmente após o devido processo legal.
>
> § 2º. Em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada. (BRASIL, 1990, Art. 122)

Sendo assim, tratando-se de psicopatia infantil, o intuito do Estado e do legislador não é a punição da criança ou adolescente, e sim no tratamento e proteção destas, devendo tais crianças serem submetidas a acompanhamento psicológico e, em alguns casos, a aplicação bem como de medidas socioeducativas previstas na legislação, tais como a internação na Fundação Casa.

Em países com penas mais severas, os casos de psicopatia infantil podem ser punidos até mesmo com pena de morte, podendo o menor ser julgado como adulto dependendo da gravidade do crime cometido.

4 APLICAÇÃO DA PENA

4.1 Sanção penal

No Brasil, após o devido processo legal, temos as penas e as medidas de segurança como resposta estatal, a serem aplicadas aos indivíduos responsáveis pela prática de crime ou contravenção penal.

Conforme leciona Masson (2019, p. 449):

> As penas reclamam a culpabilidade do agente, e destinam-se aos imputáveis e aos semi-imputáveis sem periculosidade.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Já as medidas de segurança têm como pressuposto a periculosidade, e dirigem-se aos inimputáveis e aos semi-imputáveis dotados de periculosidade, pois necessitam, no lugar da punição, de especial tratamento curativo.

Quando aplicada a pena privativa de liberdade, esta se mostra ineficaz, tendo em vista que sua finalidade é a ressocialização com o fim de reinserção destes na sociedade, fazendo com que estejam aptos ao cumprimento das normas sociais.

Todavia, o psicopata, por ser considerado inteiramente capaz de compreender o fato, é inserido no sistema convencional e, por ser desprovido de empatia, não absorve a punição determinada pelo cárcere, retirando assim a essência da pena, bem como tornando o ambiente impróprio tanto aos demais presos quanto aos funcionários pertencentes a essa instituição, podendo inclusive, dentro da prisão se tornar um líder por sua habilidade em manipulação, incitando rebeliões, bem como incentivando os demais presos a delinquir, e assim, quando posto em liberdade, o psicopata reincide em seus crimes, e pela experiencia adquirida aperfeiçoa seus atos criminosos.

E, quando imposta a medida de segurança aos psicopatas, por não serem por doença mental ou algum transtorno que lhe retirem a capacidade de discernimento do fato no momento da prática delituosa, esta não produz resultados, tendo em vista que não há, até o presente momento, tratamento com fim curativo para a psicopatia, uma vez que, conforme defendido por especialistas, a psicopatia é uma disfunção de caráter destes indivíduos, não podendo ser confundida com doença mental.

No Brasil, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XLVII, "b", não permite penas de caráter perpétuo, destarte, a pena máxima não pode ultrapassar 40 anos de reclusão, conforme disciplina o artigo 75 do Código Penal, após alterações trazidas pela Lei nº 13.964/2019.

Sendo assim, ainda que não tenha cessado a periculosidade do agente, após submetido à internação ou tratamento, é preciso por fim a esta, obedecendo assim o disposto no Código Penal, bem como de acordo com a Súmula 527 do STJ:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> XLVII - não haverá penas:
>
> b) de caráter perpétuo; (BRASIL, 1988, Art. 5º)
>
> Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.
>
> § 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo.
>
> § 2º - Sobrevindo condenação por fato posterior ao início do cumprimento da pena, far-se-á nova unificação, desprezando-se, para esse fim, o período de pena já cumprido. (BRASIL, 2019, Art. 75)
>
> Súmula 527 - O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. (SÚMULA 527, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 18/05/2015)

A psiquiatria não enxerga o psicopata como um doente, a partir disso exclui-se a inimputabilidade, a grande divergência paira quanto a sua imputabilidade ou semi-imputabilidade. Para que seja considerado semi-imputável, há a necessidade de que haja perturbação da saúde mental.

A jurisprudência vem sustentando que o psicopata tem entendimento do ato ilícito praticado, todavia, por não conseguir parar quando deve, não é totalmente capaz de autodeterminar-se de acordo com este entendimento, atestando assim sua capacidade, ainda que não seja plena.

Diante disso, considera-se necessária a mudança na lei, tanto para que estes indivíduos não fiquem no cárcere juntamente com presos comuns, quanto para que não fiquem dentro de hospitais psiquiátricos atrapalhando o tratamento dos demais pacientes com chance de cura patológica, uma vez que percebe-se que o criminoso psicopata é consciente dos seus atos, sabendo o caráter ilícito do fato, bem como suas consequências, mas mesmo assim opta por fazê-lo, ficando evidente que tais indivíduos próximos da sociedade acarretam problemas, por serem dissimulados, extremamente violentos e perigosos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Hilda Morana (2019), enfatiza que:

> Nos países desenvolvidos existem prisões para psicopatas e são prisões perpetuas quando não pena capital (pena de morte) e a prisão é perpetua porque o psicopata tem a natureza de psicopata, ou seja, é da natureza dele e ele não consegue ser diferente, por isso ele vai sempre reincidir em atividade cruel.

Dessa forma, a criação de medidas adequadas para punição destes indivíduos se mostra de suma importância, bem como o isolamento destes da sociedade, pois assim, como tem se mostrado em países desenvolvidos, com leis e tratamentos mais rígidos, estes agiriam com mais cautela, não partindo diretamente para crimes brutais, tal qual os homicídios.

5 CONCLUSÃO

Com base no que foi apresentado, apesar de a psicopatia ser conhecida a muito tempo, a legislação brasileira carece de tratamento específico para estes criminosos, sendo inquestionável a importância da criação de uma norma que regule de forma apropriada a penalização de criminosos deste tipo, uma vez que, como visto, o juiz possui insuficiente estrutura para aplicação de uma pena que se mostre realmente eficaz e correta a estes indivíduos.

Nota-se que tanto a aplicação da pena quanto da medida de segurança se mostram ineficazes ao tratar de seres em tal condição, uma vez que além de desapropriado, pode ser sejam beneficiados indevidamente, ao se permitir a redução da pena quando da semi-imputabilidade, bem como conceder benefícios que os permitam retornar ao convívio social em pouco tempo, no qual retomam as práticas delituosas assim que postos em liberdade. Como também é notória a grande divergência no mundo jurídico quando se trata da imputabilidade destes indivíduos, o que reforça ainda mais a criação de medidas específicas tratando do assunto.

Conforme delineado, para os psicopatas não existe cura, tratamento ou medidas que deem jeito nestes indivíduos e, por não serem seres ressocializáveis, o mais adequado seria a criação de uma prisão específica, onde, após a constatação da psicopatia por profissionais especializados, lá permaneceriam reclusos, afastados do convívio social, medida essa que tem se mostrado eficaz nos países desenvolvidos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

E, ao se tratar de crianças e adolescentes diagnosticados com transtorno de conduta, é necessário que estes sejam avaliadas por profissionais devidamente qualificados, para que assim haja o correto diagnóstico e, sejam submetidas a tratamento e acompanhamento por profissionais qualificados, podendo, inclusive, haver altíssimas chances de sucesso no tratamento conforme evidenciado.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, Ângela Maria da Conceição. **Psicopatia:** Mitos e Verdades. 2016. Monografia (Bacharel em Psicologia) – Faculdade de Psicologia, Centro Universitário Hermínio da Silveira, IBMR – Laureate International Universities, Rio de Janeiro, 2016. Disponível em : <https://www.ibmr.br/files/tcc/psicopatia-mitos-e-verdadesangela-m-c-aguiar.pdf>. Acesso em 22 jul. 2021.

BRASIL. **Código penal.** Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

BRASIL. **Constituição (1988).** de 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22. jul. 2021.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em: 11 nov. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 527**. O tempo de duração da medida de segurança não deve ultrapassar o limite máximo da pena abstratamente cominada ao delito praticado. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num=%27527%27>. Acesso em: 22 jul. 2021.

CABRAL, Danilo Cezar. **Por que alguém se torna psicopata? Como sua mente funciona?.** Super Abril: Mundo estranho. 15 ago. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/mundo-estranho/por-que-uma-pessoa-se-torna-psicopata-e-como-a-mente-dela-funciona/>. Acesso em 29 jul. 2021.

DE BAIRROS, D. G. A Psicopatia no Ordenamento Jurídico Brasileiro. **Anuário Pesquisa e Extensão Unoesc São Miguel do Oeste**, [S. l.], v. 5, p. e24496, 2020. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/apeusmo/article/view/24496>. Acesso em:22 jul. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

DORIGON, A; PEREIRA, G. M. **A punibilidade dos psicopatas no ordenamento jurídico brasileiro.** Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51108/a-punibilidade-dos-psicopatas-no-ordenamento-juridico-brasileiro>. Acesso em 29 jul. 2021.

FERNANDES, Bianca da Silva. **Psychopathy checklist:** um método para identificação de psicopatas. Canal Ciências Criminais. 03 dez. 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/psychopathy-checklist/>. Acesso em 13 mai. 2022.

GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 6ª ed. Revista dos Tribunais, 2008.

GONZAGA, Cristiano. **Manual de criminologia**. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

JOHN, Camila Caroline Viana. **Da punibilidade e da aplicação da medida de segurança aos psicopatas criminosos no sistema penal brasileiro.** Conteúdo Jurídico, Brasília-DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56553/da-punibilidade-e-da-aplicao-da-medida-de-segurana-aos-psicopatas-criminosos-no-sistema-penal-brasileiro>. Acesso em: 22 jul. 2021.

MASSON, Cleber. **Direito Penal:** Parte Geral. (arts. 1º ao 120)- vol. 01. 13.ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019.

MENDONÇA, Martha. **Sim, elas podem ser cruéis**. Revista Época. 04 abr. 2010. Disponível em: <http://revistaepoca.globo.com/Revista/Epoca/0,,EMI130697-15228,00-SIM+ELAS+PODEM+SER+CRUEIS.html>. Acesso em: 10 nov. 2021.

MORANA, Hilda. **Psicopatia por um especialista.** Psychiatry on line Brasil. 13 abr. 2019. Disponível em: <https://www.polbr.med.br/2019/04/13/psicopatia-por-um-especialista/>. Acesso em: 29 jul. 2021.

PEREIRA, Jéssika S. C. **A imputabilidade e a psicopatia frente a lei penal brasileira:** uma revisão bibliográfica. Conteúdo Jurídico, Brasília- DF. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56603/a-imputabilidade-e-a-psicopatia-frente-a-lei-penal-brasileira-uma-reviso-bibliogrfica>. Acesso em: 22 jul. 2021.

SANTOS, Ana Carolina dos. **A ineficácia da aplicação da medida de segurança aos psicopatas, quando da prática do tipo penal, assassinato, como condição ressocializadora ou punitiva.** Conteúdo jurídico, Brasília-DF: 22 jul. 2021. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/56394/a-ineficcia-da-aplicao-da-

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

medida-de-segurana-aos-psicopatas-quando-da-prtica-do-tipo-penal-assassinato-como-condio-ressocializadora-ou-punitiva>. Acesso em: 22 jul. 2021.

SGARIONI, Mariana. **Anjos malvados**. Super Interessante. 31 out. 2016. Disponível em: <https://super.abril.com.br/comportamento/anjos-malvados/>. Acesso em: 12 nov. 2021.

SILVA, José da. **O que é psicopatia infantil:** manual completo. Psicanálise Clinica. 14 fev. 2020. Disponível em: <https://www.psicanaliseclinica.com/psicopatia-infantil-2/>. Acesso em: 11 nov. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

ESQUIZOFRENIA: AS MEDIDAS DE SEGURANÇA E O SEU CARÁTER PERPÉTUO NOS TRATAMENTOS ADOTADOS

ANA CARLA FONSECA SOARES: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho. [202]

GUILHERME CARNEIRO SALES[203]

(coautor)

SAMILA MARQUES LEÃO[204]

RODRIGO ARAÚJO SARAIVA

(orientadores)

RESUMO: O presente artigo tem como tema a discussão sobre a possibilidade da perpetuidade das sanções aplicadas nos tratamentos adotados, tendo como objetivo discutir o caráter de perpetuidade das medidas de segurança adotadas e o despreparo do sistema jurídico brasileiro no tratamento de portadores do espectro da esquizofrenia, por meio de um estudo bibliográfico de abordagem indutiva. É cediço que a esquizofrenia é um transtorno que geralmente causa alucinações, delírios e um certo comportamento desorganizado, deste modo, o tema serve de parâmetro para que seja demonstrado a forma de tratamento imposto aos considerados inimputáveis pelo ordenamento jurídico brasileiro, onde a finalidade é apresentar a contribuição para a grande falta de preparo no Brasil ao submeter pessoas a tratamentos degradantes sem que haja um período determinado para a duração desse tratamento. A escolha deste tema foi baseada na

202 *E-mail*: ana.park2011@gmail.com

203Graduando em Direito pelo Centro Universitário Santo Agostinho. *E-mail*: guisales008@gmail.com

204Mestre em Psicologia. Especialista em Docência no Ensino Superior. Especialista em Política de Assistência Social à Infância e Juventude. *E-mail*: samilaleao@gmail.com.

[5] Mestre em Criminologia pela UFP. Especialista em Direito Civil e Processo Civil, Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Advogado e Professor Universitário. *E-mail:* rodrigoaviaras@hotmail.com.

imperfeita forma de tentar empregar métodos para a melhora do paciente sem um prazo máximo estipulado, ferindo, assim, certos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Esquizofrenia, Transtornos psicóticos, Tratamento e internação, Medida de segurança.

1 INTRODUÇÃO

O tema a ser discutido visa tratar sobre um assunto não muito abordado no ordenamento jurídico, mas que precisa de uma maior atenção, já que discute acerca da possibilidade de haver a perpetuidade nas medidas de segurança aplicadas, e o despreparo do sistema jurídico brasileiro para com o tratamento de pacientes com transtornos mentais, tendo como foco principal os pacientes que possuem esquizofrenia.

Ao discutir sobre o espectro da esquizofrenia, é necessário que seja observado o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais- DSM-5 (2014), segundo esse manual, quem sofre de tal transtorno, tende a desenvolver delírios, alucinações, dentre outras mudanças comportamentais, dito isto, é possível observar que a esquizofrenia gera uma série de disfunções cognitivas.

A esquizofrenia é um transtorno mental bastante comum e considerado crônico que inclui sintomas diversos, manifestados no início da fase adulta. Tal transtorno é entendido como um distúrbio caracterizados por delírios e/ou alucinações que causam um comportamento ou pensamentos que distorcem a realidade (DSM-5).

Destarte, quando uma pessoa que possui o espectro da esquizofrenia comete alguma infração, e que devido ao seu transtorno possa ser considerado inimputável, o juiz poderá conceder a medida de segurança. De acordo com de Greco (2017):

> O tratamento a que será submetido o inimputável sujeito a medida de segurança poderá ocorrer dentro de um estabelecimento hospitalar ou fora dele. Assim, a medida de segurança poderá iniciar-se em regime de internação ou por meio de tratamento ambulatorial. Dessa forma, podemos considerar que as medidas de segurança podem ser detentivas (internação) ou restritivas (tratamento ambulatorial) (GRECO, 2017, p. 805)

Desta forma, Greco (2017) ainda afirma que a sociedade hoje tem um entendimento de que esses tratamentos para os pacientes que sofrem de transtornos

mentais e cumprem medida de segurança são eficazes, ainda destaca que existem casos em que o paciente fica cada vez pior, e que por este motivo atualmente é proibida a criação de manicômios públicos.

Após a Reforma Penal em 1984, quem é considerado imputável não se submete às medidas de segurança, já os inimputáveis sim (conforme o que dispõe o art. 26 do Código Penal), e por fim, os semi-inimputáveis, que podem se submeter ao cumprimento de uma pena ou a medida de segurança. (Bitencourt, 2020, p. 2091)

O artigo 97, §1º do Código Penal Brasileiro, traz em seu texto o prazo da medida de segurança, e observando o descrito na lei, pode-se dizer que não há previsão legal do prazo máximo estipulado para o cumprimento da Medida de Segurança, uma vez que no texto somente indica o prazo mínimo que é de 1 (um) a 3 (três) anos.

Nesse sentido, levando em consideração a falta de um período estipulado para o cumprimento de tal medida, o Superior Tribunal de Justiça – STJ- estabeleceu uma súmula aprovada em 13/05/2015, tratando sobre o assunto, colocando que o prazo da medida de segurança não poderá ser maior que a pena do delito que o agente cometeu.

Nota-se que essas medidas de segurança privam bastante o ser humano, até mais do que quem cumpre penas restritivas de liberdade, e tem a finalidade de reinserção e tratamento de portadores de doenças mentais quando comentem algum ato considerado ilícito, e, ao serem considerados inimputáveis, cumprem medida de segurança e não pena restritiva de direito ou de liberdade.

Desta forma, entende-se que a medida de segurança não poderá ser superior a pena que a pessoa que foi imposta a cumprir, devendo ser seguido um limite, limite este, disposto no artigo do referente crime ao qual o agente foi condenado. Tendo em vista o que preza a nossa Constituição Federal, no artigo 5º, inciso XLVII, alínea *b*, que dispõe sobre penas de caráter perpetuo no Brasil, vedando a possibilidade de sua existência.

Considerando que as penas de caráter perpétuo são vedadas pela Constituição Federal, ao ser aplicada uma medida de segurança sem antes estipular o prazo máximo de cumprimento, o texto constitucional estaria sendo ferido, além de não ser observado o princípio da dignidade da pessoa humana.

2 O ESPECTRO DA ESQUIZOFRENIA

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Se faz necessário uma pequena introdução sobre o espectro da esquizofrenia. De acordo com Ramos e Hübner (2004):

> A esquizofrenia - e outros distúrbios a ela relacionados – tem sido reconhecida na maioria das culturas e descrita há muito tempo. Foi somente no século 18, porém, que o assunto começou a tomar forma nos clássicos textos psiquiátricos de Kahlbaum e Pinel (RAMOS; HÜBNER, 2004, p. 01)

Sendo assim, o Manual de Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais- DSM-5 (2014) conceitua a esquizofrenia como um transtorno mental que possui as seguintes características: psicose (perda do contato com a realidade), alucinações (percepções falsas), delírios (crenças falsas), discurso e comportamento desorganizados, embotamento afetivo (variação emocional restrita), déficits cognitivos (comprometimento do raciocínio e da solução de problemas) e disfunção ocupacional e social

Gadelha, Nardi e Silva (2021) mencionam a falta de testes laboratoriais, trazendo as tentativas fracassadas para a confirmação da esquizofrenia nos pacientes:

> Embora tenham ocorrido inúmeras tentativas nos anos recentes de identificar testes de laboratório ou marcadores biológicos de utilidade clínica que pudessem confirmar a presença do transtorno, o diagnóstico continua a se basear em critérios essencialmente clínicos. (GADELHA; NARDI; SILVA, 2021, p. 17)

Devido isto, é importante que para ser dado o resultado positivo do transtorno, mesmo inexistindo exames para a comprovação, devem ser observados os sinais e sintomas apresentados pela pessoa.

Posto isto, é notório a dificuldade de se basear apenas em uma avaliação clínica, já que tudo ainda não passa de uma mera "consulta" sem testes nenhum para que seja dado a validação de que o paciente possui tal transtorno.

Conforme o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais- DSM-5 (2014) aproximadamente 6% dos indivíduos que possuem esquizofrenia se suicidam, e cerca de 20% já tentaram por uma ou mais vezes, isso pode acontecer devido as alucinações que fazem com que tire a própria vida ou até mesmo por ter depressão ou sentimentos negativos e de desânimo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

É evidente que esses indivíduos necessitam de apoio e um tratamento eficaz, já que estender o cumprimento da medida de segurança sem tempo determinado pode encadear o caráter perpétuo de tal medida sem que haja, previamente, um tratamento eficiente que realmente ajude o paciente a ter esperança de voltar a conviver em sociedade.

2.1 O TRATAMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO

De início, para abordar sobre a classificação de pacientes com esquizofrenia no ordenamento jurídico brasileiro, precisa-se entender que no âmbito civil trata sobre a sua capacidade civil, que acabou sofrendo alteração por conta do Estatuto da Pessoa com Deficiência (lei n°13.146/2015), que definiu em seu art. 2° o conceito de pessoa com deficiência citado a seguir:

> Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas. (BRASIL, 2015)

Ademais também revogou os incisos do Art. 3° do Código Civil e alterou o seu Art. 4º a seguir citado:

> Art. 4º. São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer:
>
> I - os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos;
>
> II - os ébrios habituais e os viciados em tóxico;
>
> III - aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade;
>
> IV - os pródigos.
>
> Parágrafo único. A capacidade dos indígenas será regulada por legislação especial. (BRASIL, 2022)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Sendo assim, passaram a ser considerados relativamente incapazes, já que por conta das suas deficiências mentais possuem a capacidade de discernimento reduzida e acabam se enquadrando no inciso III do artigo supracitado, precisando então de um responsável legal, curador ou apoiador para a realização de negócios jurídicos, e sendo assim, será no caso concreto que poderá se aferir a capacidade, que possa ocorrer por consequência da deficiência mental. Neste sentido, Reale (2002) deixa claro pelo seu entendimento acerca da falta de capacidade total de quem possui deficiência mental, na sua afirmação a seguir:

> Para se reconhecer a personalidade não é mister indagar do sexo, da idade ou do discernimento mental. Recém-nascidos ou dementes, todos são pessoas, todos possuem personalidade. Nem todos, porém, dispõem de igual capacidade jurídica, isto é, têm igual possibilidade de exercer certos atos e por eles serem responsáveis. A capacidade pressupõe certas condições de fato que possibilitam o exercício de direitos. Assim, por exemplo, a criança não é capaz, e o demente também carece de capacidade. (REALE, 2002, p.232)

Já no âmbito penal há de se falar sobre a possibilidade de se atribuir autoria ou fato criminoso a alguém, sendo assim, existem 3(três) classificações quanto a isso, que são os imputáveis, inimputáveis e os semi-imputáveis.

No Código Penal Brasileiro não define o que seria a imputabilidade penal, apenas elenca hipóteses para o afastamento dela, porém Greco (2017) afirma que "imputabilidade é a possibilidade de se atribuir, imputar o fato típico e ilícito ao agente", ou seja, é a capacidade de se atribuir a responsabilidade ou a prática de ato ilícito penal para o agente.

Diante disso, Greco (2017) afirma que para determinar a imputabilidade do agente, é preciso analisar dois elementos, o intelectual, que seria a capacidade do agente entender o caráter ilícito do ato praticado e as consequências que a sua própria ação poderá acarretar o mundo social, e além do elemento intelectual, será observado o elemento volitivo que é a capacidade de se comportar de acordo com entendimento tido do elemento intelectual.

Como já citado anteriormente, o agente que comete ilícito penal pode ser classificado de três formas, imputável, inimputável e semi-imputável. Diante disso, é necessário observar o art. 26 do Código Penal, pois ele define as hipóteses para o afastamento da imputabilidade. Sendo estes os seguintes: doença mental,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

desenvolvimento mental retardado, desenvolvimento mental incompleto e a embriaguez completa, originada a partir de caso fortuito ou força maior.

Então, podemos afirmar que o imputável é o agente que possui o entendimento do caráter ilícito do fato, e a capacidade de comportar-se de acordo com este entendimento, ou seja, deve entender que o ato praticado, está em desconformidade com a lei e responderá normalmente aos seus atos. Já os semi-imputáveis são aqueles que por conta de doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado, perdem parte de sua capacidade de entendimento e autodeterminação, o agente na verdade será imputável, mas por conta de suas condições pessoais que acabaram afetando parte de seu entendimento e de suas ações, acabam diminuindo a sua culpabilidade. Colaborando com esse entendimento, Capez afirma o seguinte:

> É a perda de parte da capacidade de entendimento e autodeterminação, em razão de doença mental ou de desenvolvimento incompleto ou retardado. Alcança os indivíduos em que as perturbações psíquicas tornam menor o poder de autodeterminação e mais fraca a resistência interior em relação à prática do crime. Na verdade, o agente é imputável e responsável por ter alguma noção do que faz, mas sua responsabilidade é reduzida em virtude de ter agido com culpabilidade diminuída em consequência das suas condições pessoais. (CAPEZ, 2020 p. 515-516)

Tendo isso em vista, a semi-imputabilidade não exclui a imputabilidade do agente, e nesse caso ele será punido pelo fato ilícito que cometeu, porém, constatada a sua capacidade de compreensão reduzida, por conta das suas condições pessoais, sua pena será reduzida de 1/3 a 2/3 ou serão aplicadas medidas de segurança, porém, quando não houver a possibilidade da aplicação das medidas de segurança, o juiz ficará obrigado a aplicar a diminuição da pena de 1/3 a 2/3.

E por último, os inimputáveis são aqueles que possuem doença mental, desenvolvimento mental incompleto ou retardado que no momento do ato não possuía capacidade de determinar a ilicitude do ato ou não possuía a capacidade de determinar-se de acordo com o entendimento desse fato, e aquele que no momento do ato estava com embriaguez completa ocasionada por caso fortuito ou força maior que também não possuía a capacidade de determinar a ilicitude do ato ou não possuía a capacidade de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

determinar-se de acordo com o entendimento desse fato. Nestes casos, são aplicadas as medidas de segurança que não é considerada uma pena, e sim uma sanção penal.

Tendo em vista o que foi citado, é notória a classificação de quem possui o espectro da esquizofrenia, que podem firmemente ser classificados como inimputáveis já que, por conta da doença, o seu juízo de realidade fica comprometido devido aos sintomas psicóticos. Desse modo, cometendo qualquer ato ilícito, motivado por tais sintomas, será considerado inimputável e sofrerão como sanção penal as medidas de segurança, como forma responsável e não somente punitiva da pena, com claro caráter restaurador e clínico.

3 MEDIDA DE SEGURANÇA

A medida de segurança submete aqueles que cometeram crime e que são considerados inimputáveis ao tratamento com a finalidade de que esse indivíduo possa retornar à sociedade e que sua periculosidade cesse. De acordo com Sanches, "a medida de segurança é mais um instrumento (ao lado da pena) utilizado pelo Estado na resposta à violação da norma penal incriminadora, pressupondo, no entanto, agente não imputável" (SANCHES, 2020, p. 643)

É sabido que as medidas de segurança têm finalidades a serem seguidas, e é desta forma que

Agi e Tonon (2020) conceituam:

> A finalidade essencial da medida de segurança é preventiva, pois visa impedir que o sujeito volte a praticar fato definido como crime, pois, apesar de inimputável, ele apresenta alto grau de periculosidade. A medida de segurança não está preocupada em punir o agente pelo crime cometido no passado, tampouco preocupada com a culpabilidade do agente. Está preocupada, principalmente, com o futuro, com a periculosidade do agente. (AGI; TONON, 2020, p. 196)

Sendo assim, cabe ressaltar que quem comete qualquer fato criminoso e que é considerado inimputável, não cumpre penas restritiva de direito ou de liberdade. Vejamos agora os tipos de medidas de segurança existentes no ordenamento jurídico brasileiro. De acordo com o artigo 96, do Código Penal são elas:

> **Art. 96.** As medidas de segurança são:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> **I** - Internação em hospital de custódia e tratamento psiquiátrico ou, à falta, em outro estabelecimento adequado;
>
> **II** - sujeição a tratamento ambulatorial.

Em outras palavras, Nucci (2020), expõe as duas modalidades de medida de segurança:

> a) internação, que equivale ao regime fechado da pena privativa de liberdade, inserindo-se o sentenciado no hospital de custódia e tratamento, ou estabelecimento adequado (art. 96, I, CP);
>
> b) tratamento ambulatorial, que guarda relação com a pena restritiva de direitos, obrigando o sentenciado a comparecer, periodicamente, ao médico para acompanhamento (art. 96, II, CP). (NUCCI, 2020, p. 693)

Ao passar dos anos, é possível observar que as penas foram evoluindo, acompanhando a sociedade em sua evolução, ou pelo menos tentando, já que o atual sistema carcerário não cumpre com o seu papel ressocializador. Portanto, é necessário que sejam tomadas medidas cabíveis em relação a esta função de buscar um ambiente mais ressocializador, bem como, propiciar um tratamento digno aos seus apenados.

Devido a essa evolução é que atualmente a Medida de Segurança tem o caráter de tratamento para tratar aqueles que não obedecem a lei com finalidade de cura, e tratamento àquele que é portador de doença mental, para que ambos possam voltar ao convívio social sem que voltem cometer delitos novamente.

As medidas de segurança são medidas do Estado impostas à agentes semi-imputáveis que praticam comportamentos ilegais. Diante disso, Greco (2017) coloca que ao semi-imputável é necessário um tratamento curativo, já que a saúde mental deste se encontra fora de ordem.

Com isso, é possível concluir que, caso o agente possua doença mental, poderá ser aplicada a medida de segurança, já que para que sua conduta seja punível, deverá ele possuir culpabilidade. Deste modo, conclui-se que as medidas de segurança não são penas,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

e sim uma forma de controlar a periculosidade do agente, e dar segurança a sociedade até que a periculosidade de cesse.

Sobre a periculosidade, Capez (2020) coloca:

> É a potencialidade para praticar ações lesivas. Revela-se pelo fato de o agente ser portador de doença mental. Na inimputabilidade, a periculosidade é presumida. Basta o laudo apontar a perturbação mental para que a medida de segurança seja obrigatoriamente imposta. Na semi-imputabilidade, precisa ser constatada pelo juiz. Mesmo o laudo apontando a falta de higidez mental, deverá ainda ser investigado, no caso concreto, se é caso de pena ou de medida de segurança (CAPEZ, 2020, p.715)

Seguindo o raciocínio, Jesus (2020):

> A verificação da periculosidade se faz por intermédio de um juízo sobre o futuro, ao contrário do juízo de culpabilidade, que se projeta sobre o passado. Nessa verificação, o juiz vale-se de fatores (ou elementos) e indícios (ou sintomas) do estado perigoso. (JESUS, 2020, p. 643)

Sendo assim, essa verificação de periculosidade tem a função de avaliar a pessoa que está cumprindo a medida de segurança com o objetivo de saber se foi cessada a sua periculosidade para que possa voltar a sociedade, ademais, ao individuo que passa por essa verificação e nunca é constado tal cessação de periculosidade, cumprirá a medida de segurança sem tempo definido, é o que pode ser chamado de "caráter perpetuo da medida de segurança".

4 O CARÁTER PERPETUO E A NÃO OBSERVÂNCIA DOS DIREITOS HUMANOS

Como sabido, a medida de segurança tem como pressuposto o cumprimento de um tratamento por parte do agente que cometeu ato punível, mas que é portador de algum transtorno mental, para que, após o tratamento, o indivíduo possa voltar a conviver no meio social sem trazer problemas à sociedade e, que seja curado do transtorno.

Diante disso, a Lei de nº 10.216/2001 trata sobre os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais, e em seu artigo 2º, parágrafo único, inciso II, fala que as pessoas que têm transtornos mentais devem ser tratadas com humanidade e respeito.

Sendo assim, Zaffaroni e Pierangeli entendem que:

> Preocupa, sobremaneira, a circunstância de não terem as "medidas" um limite fixado na lei e ser a sua duração indeterminada, podendo o arbítrio do perito e dos juízes decidir acerca da liberdade de pessoas que, doentes mentais ou estigmatizadas como tais, sofrem privações de direitos, ainda maiores do que aquelas que são submetidas às penas. O problema não é simples, e a pouca atenção que geralmente se dá às medidas de segurança, do ponto de vista dogmático, torna-a bastante perigosa para as garantias individuais. (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2021, p. 939)

A não observância de direitos fundamentais por parte do ordenamento jurídico brasileiro ao submeter pessoas a tratamentos sem um período estipulado, fere direitos do ser humano, bem como pode ser caracterizado como uma pena de caráter perpétuo, haja vista que não previsão para que tal tratamento acabe, uma vez que isso irá depender da periculosidade cessada do agente.

Mesmo a Constituição Federal de 1988 vedando qualquer pena de caráter perpétuo, pode ser entendido que a medida de segurança pode perdurar pela vida toda de determinada pessoa, e é inconstitucional que isso seja estabelecido. Há de se falar na interpretação extensiva da lei, uma vez que não há no ordenamento jurídico previsão de findar tal tratamento.

Dessa forma, deve ser observado o que estipula a Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), em seu artigo V, onde diz que ninguém será submetido a tratamento cruel, desumano ou degradante. Sendo assim, uma vez que não existe a possibilidade de haver um período fixo e determinado no cumprimento da medida de segurança, pode-se entender que essa medida é justamente o que a Declaração Universal de Direitos Humanos veda.

Nesse sentido, Bitencourt (2012) expõe:

> Não se pode ignorar que a Constituição de 1988 consagra, como uma de suas cláusulas pétreas, a proibição de prisão perpétua; e, como pena e medida de segurança não se distinguem ontologicamente, é lícito sustentar que essa previsão legal— vigência por prazo

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> indeterminado da medida de segurança —não foi recepcionada pelo atual texto constitucional. (BITENCOURT, 2012, p. 298)

Assim, a medida de segurança ao não ter um período estipulado de seu cumprimento, é vista como algo que foi deixado de lado pelo ordenamento jurídico, bem como, algo que afronta os direitos humanos, podendo ser considerada uma medida desumana e que certamente abre espaço para a perpetuidade das penas no Brasil.

A possibilidade da perpetuidade nas medidas de segurança é algo que deveria ter uma atenção maior, visto que as restrições de direitos que ela impõe não são constitucionais, não obedecendo o que dispõe o artigo 5º, inciso XLVII, alínea *b*, da Constituição Federal.

Desta maneira, mesmo sendo vedada a possibilidade de prisão perpétua no ordenamento jurídico brasileiro, fica evidente que é uma realidade no Brasil, uma vez que existe pessoas cumprindo medida de segurança por mais de 40 anos, como é o caso de Francisco da Costa Rocha, mais conhecido como Chico Picadinho.

De acordo com Lemos, Fachel e Bohmann (2016) a extinção de punibilidade de Francisco foi cessada no dia 07 de junho do ano de 1998, juntamente com a expedição de alvará de soltura e sentença que reconhecia a extinção de sua punibilidade, ainda assim, permaneceu sob custódia por força de uma liminar concedida nos autos do pedido de interdição.

Ainda, teria sido tentada a desinternação de Franciso em momento posterior, com a alegação de que ele estaria cumprindo uma pena perpétua, ao qual é vedada no ordenamento brasileiro, porém, tal pedido não foi concedido (Lemos, Fachel e Bohmann, 2016).

5 CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente trabalho, ainda há dúvidas e dificuldades em diversos fatores para com a relação de quem possui o espectro da esquizofrenia, uma delas é em relação ao seu diagnóstico, já que não é possível ter conhecimento de cara se certo indivíduo possui ou não o transtorno.

Posto isto, mesmo após a evolução dos tratamentos e das análises utilizadas na medicina, ainda há dificuldades para diagnósticos clínicos para o possuidor do espectro da esquizofrenia, já que se pode afirmar que se trata apenas de certas “consultas”, o que de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

certa forma podem acabar tendo algum tipo de falha no diagnóstico, já que não possui uma certa validação conclusa do exame.

Diante disso, traz uma preocupação para a sociedade e principalmente para os familiares, já que tal transtorno afeta a compreensão da realidade, e gera vários surtos, que podem acabar na prática de atos delituosos e ou até a prática de suicídio.

Assim, é necessário observar a forma de tratamento no ordenamento jurídico brasileiro e as medidas cabíveis em casos de práticas de crimes e práticas de atividades do âmbito civil. Portanto, deve haver uma forma eficiente de punição, que hoje em dia são feitas através das medidas de segurança, já que estes indivíduos fazem parte dos agentes inimputáveis, que de certa forma não são tão eficientes. Além disso, no âmbito civil são tratados como relativamente incapazes e, a depender do caso, necessitarão de algum responsável, para fazer a sua representação.

Sobre as medidas de segurança, há que se discutir sobre como são empregadas, sua forma de tratamento e, o tempo em que este tratamento será efetuado, o que pode acabar gerando um tempo indeterminado, já que as medidas de segurança são uma forma de evitar práticas de crimes futuros, e assim o paciente só deverá sair após a garantia de que não praticará um novo ato criminoso.

Diante disso, há de se atentar a Constituição Federal, já que ela veda qualquer pena perpétua, e sendo assim, por ser um tratamento subjetivo, pode haver casos em que um paciente não demonstre melhora nos seus quadros relativos ao espectro da esquizofrenia, e acabe ficando mais tempo que o previsto em lei para os crimes cometidos, e que de certa forma pode gerar uma perpetuidade.

Dessa forma, fica notório que isso pode afetar diversos direitos humanos dos pacientes com tais transtornos, sendo um dos principais o da dignidade da pessoa humana. Sendo assim, é necessária a adoção de tratamentos que não sejam considerados desumanos, já que é vedado pela Declaração de Direitos Humanos, bem como a utilização de mecanismos para monitoramento para que não haja a aplicação das medidas de segurança de forma perpétua por parte do Estado, proporcionando tratamentos que amenizem as decorrências dos surtos, ajudando cessar a periculosidade, para que o paciente possa viver em sociedade novamente.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Deste modo, seria adequado como um dos deveres a ser cumprido, uma espécie de reavaliação semestral, para que haja monitoramento do indivíduo, e uma menor predisposição para novos surtos, assim, deixando de haver novos crimes praticados por estes.

Dessa forma, nota-se que o presente artigo traz um problema que deve ser discutido no âmbito jurídico, para que haja uma melhor abordagem na forma de lei, e demonstra ainda que há diversas dificuldades para o tratamento dos pacientes supracitados, uma vez que o sistema jurídico ainda peca na abordagem e na forma de tratar juridicamente os infratores penais que possuem o espectro da esquizofrenia, além disso, o ordenamento jurídico muitas vezes se mantém cego, onde é nítida a falta de amparo para com esses pacientes.

Por conseguinte, observa-se que o assunto discutido é de grande relevância social e jurídica, já que demonstra a problemática sofrida por indivíduos que podem provocar danos no meio social, e pacientes que podem ser considerados instáveis, pois não há como identificar com facilidade quem possui tal transtorno, e muito menos se foi completamente curado e controlado para que assim possa conviver de forma tranquila na sociedade. Logo, o presente artigo, pode incentivar novos estudos acerca do tema, para assim evoluir em todos os aspectos a forma de tratar o paciente com espectro da esquizofrenia.

REFERÊNCIAS

AGI, Samer; TONON, Michelle. **Direito penal**. 1. ed. – Brasília: CP Iuris, 2020.

American Psychiatric Association. (2014). **Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais**: DSM-5 [Recurso eletrônico]. (5a ed.; M. I. C. Nascimento, Trad.). Porto Alegre, RS: Artmed.

Assembleia Geral da ONU. (1948). **Declaração universal dos direitos humanos** (217 [III] A). Paris. Disponível em: https://www.un.org/en/about-us/universal-declaration-of-human-rights. Acesso em: 28 abril 2022.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Coleção tratado de direito penal:** parte geral, volume 1. - 26. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral, 1. – 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. – São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL, 2015, Lei n. 13.146, de 6 de jul. de 2015. **Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm acesso em: 27 de abril de 2022.

BRASIL, STJ - Superior Tribunal de Justiça. STJ - **Súmula 527 conteúdo jurídico**, Brasília-DF:30 maio 2015, 05:30. Disponível em: https://conteudojuridico.com.br/consulta/Súmulas Organizadas/44403/stj-sumula-527. Acesso em: 17 abril 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. **Lei n. 10.2016, de 6 de abril de 2001**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm. Acesso em: 19 abril 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal:** parte geral- arts. 1º a 120. V. 1 – 24. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal:** parte geral (arts. 1° ao 120) - 8. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: JusPODIVM, 2020.

DAMÁSIO, de Jesus; atualização André Estefam. **Direito penal vol. 1**- 37. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GADELHA, Ary; NARDI, Antônio Egidio; SILVA, Antônio Geraldo**. Esquizofrenia:** teoria e clínica. [Recurso eletrônico]. – 2.ed. Porto Alegre: Artmed, 2021.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal:** parte geral, volume I. 19. ed. – Niterói, RJ: Impetus, 2017.

LEMOS, Eduardo Dallagnol; FACHEL, Thiago Aguiar; BOHMANN, João Arthur Krupp. Chico picadinho: o novo julgamento. **Jusbrasil**, 2016. Disponível em:

https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/361923548/chico-picadinho-o-novo-julgamento. Acesso em: 30 de abril de 2022.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RAMOS, Marcos R. C.; HÜBNER, Carlos von Krakauer. **Rev. Fac. Ciênc. Méd. Sorocaba**, v. 6, n. 1, p. 1, 2004.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 232.

ZAFARONI, Eugenio Raúl.; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro:** parte geral. 14.ed. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A REFORMA TRABALHISTA DE 2019 E O IMPACTO NAS RELAÇÕES ENTRE EMPRESA E COLABORADOR

VERONICA LORENA DA SILVA SOUZA: Graduanda em Direito pela Universidade Brasil

ROBRIGO FRESCHI BERTOLO

(orientador)

RESUMO: A reforma trabalhista de 2019 também denomina como Lei da Liberdade Econômica, foi aprovada sobre a premissa de trazer intervenções positivas para o mercado de trabalho brasileiro. Visando a desburocratização das relações de trabalho e fomentação do empreendedorismo no Brasil, flexibilizando as normas previstas anteriormente, como a dispensa da necessidade do controle de ponto para as empresas com menos de 20 colaboradores, e ainda, a eliminação de alvarás de funcionamento para as atividades consideradas de baixo risco. A aprovação das novas normas estabelecidas, trouxeram inúmeras questões acerca da relação entre colaborador e empregador, entre elas o principal questionamento levantado é se mudanças beneficiaram as duas partes de forma igualitária e quais são as principais vantagens advindas da nova Lei.

Palavras-chave: Reforma. Empregador. Normas. Colaborador

ABSTRACT: The 2019 labor reform, also known as the Economic Freedom Act, was approved on the premise of bringing positive interventions to the Brazilian labor market. Aiming at reducing the bureaucracy of labor relations and fostering entrepreneurship in Brazil, making the previously established rules more flexible, such as waiving the need for timesheet control for companies with less than 20 employees, and also eliminating operating permits for activities considered low risk. The approval of the new established rules brought up numerous questions about the relationship between employee and employer, among them the main question raised is whether changes benefited both parties equally and what are the main advantages arising from the new Law.

Keywords: Remodeling, Employer, Standards, Collaborator.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O que foi a Reforma Trabalhista; 3. Mudanças 3.1 Flexibilização do controle de ponto; 3.2 FGTS; 3.3 Criação da CTPS digital; 3.4. A instauração do abuso regulatório; 3.5 Proteção para gestante em local insalubre; 3.6 Novo Regime de

Contratação; 3.7 Horário Livre; 4. Desconsideração da personalidade jurídica; 5. Considerações Finais 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A reforma trabalhista de 2019 ou Lei da Liberdade Econômica, Nº 13.874/19 foi aprovada em 19 de setembro de 2019 pelo atual Presidente da República Jair Messias Bolsonaro. Tendo como principal objetivo aumentar a fluidez dos negócios, permitindo que os gastos para os empregadores e empreendedores sejam reduzidos criando condições facilitadoras para aqueles que estão em busca de um emprego.

Neste presente estudo objetiva-se estudar as principais mudanças com a vigência da nova Lei, evidenciando as novas nuances da relação entre empregado e empregador, e a adaptação das partes no mercado.

Serão pontuadas as principais mudanças, como forma de elucidar os benefícios da nova Lei, e esclarecendo sua função nos polos envolvidos.

A metodologia utilizada para a produção do artigo, foi a pesquisa bibliográfica, utilizando fontes de pesquisa, primarias, secundarias e descritivas.

2. O FOI A REFORMA TRABALHISTA

Para entendermos o processo que levou a Reforma Trabalhista aprovada em 19 de setembro de 2022, temos que passa pela criação das primeiras normas que resguardavam as condições de trabalho, e estabeleciam um vínculo entre empregador e empregado. A Consolidação das Leis de Trabalho, popularmente conhecida como CLT, teve sua última edição no ano de 1943, mas tal conjunto de leis já era considerado ultrapassado para vários estudiosos da área, uma vez que ela não se enquadrava as mudanças fundamentais no ambiente de trabalho com a chegada da era tecnológica.

Antes da atual reforma, dispusemos da Lei Nº 13.467, de 2017, que foi sancionada em 13 de julho de 2017, que foi a primeira Reforma Trabalhista, e tinha como objetivo tornar mais simples as relações no mercado de trabalho, tanto que para isso foram modificados mais de 100 pontos em relação as antigas normas, tendo como ponto principal a alteração nos regimes de contratação, sendo eles o trabalho intermitente e o teletrabalho vulgarmente conhecido como home office.

3. MUDANÇAS

Como dissertado acima, as novas normas inseridas com a Reforma Trabalhistas de 2019, vieram com a intenção de despertar o empreendedorismo dos brasileiros,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

reformulando o conceito antes estabelecido, criando assim um leque de oportunidades para a instauração de novos planos de negócio, com menos burocracia e mais acessibilidade ao mercado de novos empreendimento e ao mercado de trabalho.

As mudanças mais substancias advindas da reforma foram:

3.1 FLEXIBILIZAÇÃO DO CONTROLE DE PONTO

De acordo com a CLT:

> **Art. 74.** O horário de trabalho será anotado em registro de empregados. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

O controle do ponto, que na antiga legislação tinha caráter obrigatório para empresas com mais de 10 (dez) funcionários, passou a ser exigido somete para empresas que tem mais de 20 (vinte) pessoas em seu quadro de colaboradores.

O trabalho que for realizado, em um local externo a área de execução das funções habituais, deverá ser devidamente registrado.

Outro fator que sofreu alteração na folha de ponto, foi que o trabalhador que tem uma jornada laboral das 08h às 17h, não será obrigado a fazer marcações em sua folha se não houver alteração diária em seus horários. Desta forma, acabou sendo criado registro de ponto por exceção, nele, o profissional anota apenas os horários que fogem do que é praticado diariamente.

3.2 FGTS

A MP 905, também conhecida como Medida Provisória do Contrato Verde e Amarelo, determinava a redução de encargos trabalhistas para fomentar a contratação de jovens no mercado de trabalho.

O Contrato Verde e Amarelo previa que o depósito feito pela empresa em conta FGTS do trabalhador poderia ser reduzido para 2% do salário base e não mais os 8% definidos pela CLT

Além disso, a MP 905 previa que a multa a ser paga pelo empregador se tornasse obrigatória, até em casos de demissão por justa causa, porém, haveria redução do percentual da multa de 40% para 20%.

3.3 A CRIAÇÃO DA CTPS DIGITAL

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Para os jovens, que estão ingressando agora no mercado de trabalho, a expedição da CTPS, ficou muito mais fácil. A emissão na nova carteira, será feita de forma eletrônica, usando o CPF como fonte de identificação única só trabalhador. Com essa introdução do registro no meio digital, observou-se uma ascendente vantagem econômica.

De acordo com Mariana Sade:

> O impacto decorrente da implementação da Carteira de Trabalho Digital foi estimado com base no Modelo de Custos de Serviços Públicos. O cálculo considera os custos do usuário do serviço, os custos do órgão ofertante do serviço e os custos da transformação do serviço para a administração pública. A transformação digital possibilita a economia anual de R$ 673 milhões, sendo R$ 522 milhões referentes a redução de custos pela sociedade e R$ 151 milhões de economia gerada pelo poder público. (SADE, Mariana Bandeira de Mello Parente. Análise Ex Ante da Carteira de Trabalho Digital. Tribunal de Contas Digital, Coletânea Pós Graduação, v. 5, n. 1, 2020, p. 108.).

Para aqueles que ainda possuem a carteira de trabalho tradicional, não será necessário fazer a migração para a nova plataforma digital, pois a mesma ainda será válida. As empresas terão contado a partir da data de admissão do colaborador 05 (cinco) úteis para fazer as devidas anotações na CTPS do funcionário, feito o registro de dados, o profissional tem 48h para ter acesso às informações que foram inseridas em sua carteira.

3.4 A INSTAURAÇÃO DO ABUSO REGULATÓRIO

A imagem do abuso regulatório, foi criada com a intenção de impedir que o Poder Público, formule regras que afetem a exploração da atividade econômica, ou que possa vir a prejudicar de alguma forma a concorrência.

Grande parte das medidas pretendidas está relacionada com o instituto do poder de polícia, atividade estatal por meio do qual se conforma e limita a propriedade e atuação privada ao interesse da coletividade, mediante prescrições legais que, de per si, ou por meio de atos administrativos que a ela se seguem, como autorizações, licenças, interferem no agir particular.

Entre as conjunturas que representam essa pratica, podemos citar: o bloqueio à entrada de competidores nacionais ou estrangeiros no mercado e a criação de mercados reservas para favorecer um grupo econômico específico.

3.5 PROTEÇÃO PARA GENTANTES EM LOCAL INSALUBRE

Ambientes insalubres são aqueles que possuem agentes nocivos à saúde do trabalhador. Por isso, a CLT, em seu artigo 394-A proibia que gestantes e lactantes laborassem nesse tipo de local. Observamos:

> "*Art. 394-A- A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre.*"

Antes da vigência da reforma trabalhista de 2019 as gestantes sofriam com a iniquidade, que estava na lei 13.467/17, que felizmente foram corrigidas com a MP 808 de 14/11/17.

Antes a gestante trabalhava em local insalubre, para que a mesma não fosse exposta a tais condições, era necessário solicitar uma licença ao médico responsável pela condução do caso. Com a nova reforma, a gravida é afastada de qualquer trabalho de caráter insalubre, e só poderá trabalhar em um local com a insalubridade mínima ou média caso o médico que faça o acompanhamento autorize.

3.6 NOVO REGIME DE CONTRATAÇÃO

O que antes era utilizado como um metodo variavel de flexibilização da jornada laboral realizado pelas empresas, se tornou uma nova modalidade de contradação, que são os polularmente denominados home office.

Neste novo modelo o teletrabalhador, se caracteriza como um funcionário que executa suas funções fora do escritório de seu empregador, se munindo de recursos tecnológicos. As empresas que adotavam o sistema de flexibilização da jornada do colaborador, não será necessário aderir a essa alteração.

3.7 HORARIO LIVRE

Com a mudança toda atividade econômica foi autorizada a ser exercida em qualquer horário ou dia da semana, entretanto é preciso respeitar as normas de proteção ao meio ambiente, condominiais, de vizinhança e leis trabalhista.

Nos termos da CLT, alterado pela Lei 13.874/2019:

> Art. 74 § 2 º - Para os estabelecimentos com mais de 20 (vinte) trabalhadores será obrigatória a anotação da hora de entrada e de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> saída, em registro manual, mecânico ou eletrônico, conforme instruções expedidas pela Secretaria Especial de Previdência e Trabalho do Ministério da Economia, permitida a pré-assinalação do período de repouso. (Redação dada pela Lei nº 13.874, de 2019)

As alterações na lei garantem esse funcionamento contando inclusive em feriados, sem cobranças ou possíveis encargos adicionais, proporcionando desta forma vantagens tanto para o empregador quanto para o empregado.

4 DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURIDICA

Entre as modificações trazidas pela Lei da Liberdade Econômica, foi alterada a redação do supramencionado artigo 50 do Código Civil, trazendo o aprimoramento dos critérios que possibilitam a desconsideração da personalidade jurídica.

Com a mudança, foi definida a proibição de cobrança de bens de outra empresa do mesmo grupo econômico para saldar dívidas de uma empresa.

O patrimônio de sócios, associados, instituidores ou administradores de uma empresa será separado do patrimônio do negócio em caso de falência ou execução de dívidas. Apenas nos casos de intenção clara de fraude, os sócios poderão ter patrimônio pessoal usado para indenizações.

O Código Civil, por sua vez, traz o tema na redação do seu artigo 50. Com efeito, somente pode haver a superação da personalidade jurídica quando obedecidos os parâmetros estabelecidos pelo referido dispositivo, que pressupõe desvio de finalidade ou confusão patrimonial, visando a coibir abuso por parte dos sócios e administradores da sociedade empresarial.

Conforme analisado, o referido dispositivo determina que o credor de uma obrigação assumida por uma empresa, visando à satisfação do crédito, poderia alcançar os bens dos respectivos sócios, em caso de comprovação de confusão patrimonial ou desvio de finalidade.

Com isso é valido ressaltar que as varia mudanças trazidas pela Lei da Liberdade Econômica ofereceram o conteúdo normativo que carecia ao instituto da desconsideração da personalidade jurídica, concluindo que o mau uso desse instituto e a confusão patrimonial não decorrem do simples inadimplemento das obrigações, mas da prova o voluntário e ilícito comprometimento social com a assunção de obrigações cujo objetivo se volte no claro sentido de fraudar os credores a benefício dos próprios sócios, desvirtuando, assim, a própria finalidade empresarial.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo foram pontuadas inúmeras mudanças instauradas com a Lei de Liberdade Econômica Nº 13.874/19, e como suas variações alteraram a performance interna e externa das empresas, e o funcionamento do mercado de trabalho.

Com os novos dispositivos, fica elucidado que o objetivo, de tais alterações, foram a fomentação de novos empreendimentos, e criação de medidas que tornam o acesso ao mercado de trabalho, mais flexível e menos burocrático.

Os colaboradores perceberam na prática os efeitos da Reforma Trabalhista, em que entrou em vigor novembro/2019. Houve uma mudança significativa na relação entre colaborador e empresa.

Com isso podemos concluir que, o questionamento ressaltado, de que a mudança havia sido benéfica para apenas um dos lados, se torna ineficaz, pois conforme elucidado, as modificações, apresentaram respaldo positivo para ambos os polos da relação trabalhista.

6 REFERÊNCIAS

PAIVA, Ana Lucia Ribeiro de. DAINESE, Flavia Sulzer Augusto de. CHESSA, Marilia Chrysostomo. A desconsideração da personalidade jurídica no âmbito trabalhista à luz da lei da liberdade econômica. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/317462/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-ambito-trabalhista-a-luz-da-lei-da-liberdade-economica

BRASIL. **394 A-** Consolidação das Leis Trabalhistas. Dispõe sobre proibição de gestantes em laborar em local insalubre.

Decreto- lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Lex: coletânea de legislação: edição federal, São Paulo, v.7, 1943.

BRASIL. Constituição [da] República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

CORREA, Amanda Zanotto. Revista **Consultor Jurídico.** A desconsideração da personalidade jurídica no âmbito trabalhista à luz da lei da liberdade econômica, 6 de agosto de 2021, 20h35. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2021-ago-06/correa-personalidade-juridica-lei-liberdade-

economica#:~:text=Entre%20as%20modifica%C3%A7%C3%B5es%20trazidas%20pela,a%20desconsidera%C3%A7%C3%A3o%20da%20personalidade%20jur%C3%ADdica.

SADE, Mariana Bandeira de Mello Parente. Análise Lex: Ante da Carteira de Trabalho Digital. Tribunal de Contas Digital, Coletânea Pós Graduação, v. 5, n. 1, 2020p. 108

FILHO, Eduardo Tomacevicius. A tal da '"Lei de Liberdade Econômica" Disponível em: https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/176578

OITCHAU. O que mudou com a reforma trabalhista de 2019. Disponível em: https://www.oitchau.com.br/blog/reformatrabalhista/#:~:text=Com%20chegada%20da%20reforma%20trabalhista,com%20m%C3%ADnimo%20de%20dez%20colabor

PEREIRA, Vinicius Guimarães Mendes. A mini reforma trabalhista. Disponível em Jusbrasil: https://viniciusgmp.jusbrasil.com.br/noticias/761175794/mini-reforma-trabalhista

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES DE PECULATO

EMANUELY CRISTINY SILVA DE CARVALHO: Graduanda em direito do Centro Universitário Santo Agostinho[205]

WIRNA MARIA ALVES DA SILVA

(orientadora)[206]

RESUMO: O presente artigo tem o desígnio dirimir sobre o crime de peculato, seu histórico, conceito, fazendo uma análise da aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato, sua evolução histórica, mostrar as correntes divergentes de entendimentos do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, fazendo uma posição crítica sobre essa aplicabilidade. Em suma, este trabalho busca mostrar a necessidade da aplicação do princípio da insignificância nos crimes cometidos contra a administração pública, fazendo jus a última ratio do direito penal.

Palavras-chave: Peculato, Princípio da Insignificância, Crimes contra a Administração Pública, Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

ABSTRACT: This article aims to settle the crime of embezzlement, its history, concept, analyzing the applicability of the principle of insignificance in crimes of embezzlement, its historical evolution, showing the divergent currents of understandings of the Superior Court of Justice and the Supreme Court Federal, taking a critical position on this applicability. In short, this work seeks to show the need to apply the principle of insignificance in crimes committed against the public administration, living up to the last ratio of criminal law.

KEYWORDS: Embezzlement, Principle of Insignificance, Crimes against Public Administration, Federal Supreme Court and Superior Court of Justice.

---

205 *E-mail*: emanuelycar2@hotmail.com

206 Mestra em Direito Internacional Tributário e Econômico pela Universidade Católica de Brasília - UCB. Doutoranda em Ciências Criminais pela escola de Direito da PUC/RS.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo analisar a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato. Para isso, é necessário entendermos o conceito do princípio da insignificância e os requisitos para sua aplicação. Da mesma forma, o conceito de peculato, sua disposição legal e suas modalidades.

A República Federativa do Brasil se estabeleceu como um Estado Democrático de Direito, tendo uma busca constante de um direito penal, fragmentário e subsidiário, devendo ser invocado somente nas situações onde os demais ramos do direito não se encontrarem hábeis a propiciar pacificação social. Não cabe ao Direito Penal a proteção de todo e qualquer bem, mas sim a menor parcela deles. Sendo selecionado os bens considerados, em tese, mais importantes para ficarem sob a proteção do Direito Penal.

O Direito Penal por ser fragmentário, possui a incidência de alguns princípios, como o princípio da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, que funcionam como norteadores na seleção dos bens que deveram ser protegidos pelo Direito Penal. Com isso, temos também o princípio da insignificância, que a depender do caso, pode afastar a incidência das sanções graves do Direito Penal mesmo que o bem afetado esteja sob a proteção do mesmo.

Dentre os bens selecionados para estarem sob a proteção do Direito Penal, temos a Administração Pública, sendo tanto os bens pertencentes a ela bem como os bens que estão sob seus cuidados. Sendo estabelecido o crime de peculato para atos praticados por funcionário público contra a Administração em geral. Encontra-se disposto no artigo 312 do Código Penal, trazendo quatro modalidades, peculato apropriação, desvio, furto e culposo.

Sendo feito uma análise sobre a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância nos crimes cometidos por funcionário público contra a administração em geral, em conjunto com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Visto que, existe uma divergência de entendimento entre os tribunais superiores quanto a aplicabilidade do referido princípio nos crimes de peculato.

2. CRIME DE PECULATO

2.1 Origem

Diversos são os delitos previstos em nosso ordenamento jurídico, não sendo diferente no âmbito do Direito Penal, que devido ao seu caráter fragmentário, permite a incidência dos princípios da intervenção mínima, da lesividade e da adequação social, que impõe limite ao Direito Penal, após isso o Direito Penal seleciona os bens fundamentais que passarão a ficar sobre sua proteção. Dentre os bens tutelados como mais importantes e que precisam de uma atenção maior, temos os bens pertencentes ao Estado ou que estão sobre a sua proteção. Sendo tipificados como crime de Peculato ou crimes contra a administração pública.

O crime de peculato surge no direito Romano para definir o momento em que ocorre a subtração por parte do agente do bem pertencente ao Estado. Naquela época, a utilização do termo peculato era diversa do entendimento existente hoje. Desse modo, para que a conduta do agente caracterizasse crime de peculato bastava apenas que qualquer indivíduo (não sendo necessário a vinculação do mesmo com o Estado), subtraísse algum bem pertencente ao Estado. A origem do termo "peculato" vem do Latim, peculium ou pecus. Termo esse que era utilizado antes do surgimento da moeda no formato de peculatos ou depeculatos, a moeda usada no momento eram os animais, como bois e carneiros, representando a maior riqueza do Estado.

Nesse sentido, aduz Cezar Roberto Bitencourt:

> O crime de peculato tem suas raízes remotas no direito romano e caracterizava-se pela subtração de coisas pertencentes ao Estado. Essa infração penal recebia o nome de peculatus ou depeculatus, oriundo de período anterior à introdução da moeda, quando os animais (bois e carneiros) destinados ao sacrifício em homenagem às divindades consistiam na riqueza pública por excelência. Na verdade, o gado representava o patrimônio mais importante da sociedade da época, que o utilizava como moeda primitiva. As moedas, na sua origem, eram confeccionadas com pele de animais e só posteriormente passaram a ser cunhadas em metal, com a imagem de um boi (BITENCOURT, 2021, p.51)

Assim, é possível afirmar que o animal representa o bem mais importante daquela época, sendo utilizado inclusive como moeda primitiva. As penas adotadas eram severas, consistiam em trabalhos pesados em minas, podendo chegar à pena de morte. Esse tipo de sanção perdurou até a Idade Média e teve sua aparição no Brasil em 1830, por meio

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

das Ordenações Filipinas. Somente no Código Penal de 1940 que chega à definição do crime de peculato, sem diferenciar os bens públicos dos particulares.

2.2 Conceito

No âmbito do Direito Penal possuímos os crimes contra a administração pública praticados por funcionário público. Tal delito está disposto no artigo 312 do Código Penal que diz: "Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desvia-lo em proveito próprio ou alheio", conhecido como Peculato.

O crime de peculato de peculato consiste na conduta delituosa praticada pelo agente (funcionário público ou terceiro que age em conjunto com o funcionário público) na intenção de se apropriar, desviar, furtar ou que negligência seu dever de cuidado.

O artigo 37 da Constituição Federal de 1988 diz: "A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e eficiência". Os mencionados princípios fazem parte dos cincos princípios da Administração Pública (LIMPE). O princípio da legalidade fala do cumprimento da lei (lei acima dos interesses privados), o da impessoalidade é o tratamento igualitário (não deve existir discriminações entre os cidadãos e cidadãs), o da moralidade diz que deve seguir os princípios éticos previstos pela lei (obrigação dos funcionários públicos de agirem com ética) na publicidade deve haver a prestação de contas por parte dos agentes públicos para com a população (agindo com transparência) e a eficiência fala da boa gestão ou boa administração.

Se tratando do bem jurídico penalmente protegido, temos o patrimônio ou a própria administração pública. A proteção dos bens pertencentes a administração pública está ligada a diversos fatores, como preservação do erário público, a boa funcionalidade da administração pública, a probidade administrativa por parte dos funcionários públicos.

Nesse sentido, aduz Cezar Roberto Bitencourt:

> A existência abstrata ou concreta de um crime — contra a Administração Pública — pressupõe a realização de uma conduta imoral, ainda que nem toda imoralidade possa, por si só, caracterizar um delito. Pode-se afirmar, com base nisso, que a prática de peculato caracteriza crime, em primeiro lugar, por uma lei específica prever a

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> possibilidade de punição (art. 312 do CP), mas essa lei só resta legitimada porque o peculato ofende princípios fundamentais do pacto social democrático. Um servidor, por exemplo, que "desvia verbas, em proveito próprio ou alheio, pratica ato de improbidade administrativa, pois, além de lesar o patrimônio do erário público, ofende os princípios gerais da Adminis-tração Pública (BITENCOURT, 2021, p.57)

Desta forma, a conduta delituosa do agente fere com os princípios constitucionais da administração pública (LIMPE) e com a moral administrativa do Estado.

2.3 Sujeito ativo

Quanto ao sujeito ativo do crime de peculato, temos o funcionário público que de acordo com o próprio artigo 312 do Código Penal diz que em regra o crime de peculato só poderá ser cometido por funcionário público, havendo exceção. Que prevê a prática de peculato furto por outra pessoa (particular) que não possui a qualidade especial de funcionário público, mas que passa a responder por tal delito caso pratique conduta em conjunto com funcionário público. Dessa forma, é necessário que pelo menos um dos autores reúna a condição especial de fun-cionário público, podendo os demais não possuir tal qualidade. É indispensável, contudo, que o particular (extraneus) tenha consciência da qualidade especial do funcionário público, sob pena de não responder pelo crime de peculato (BITENCOURT, 2021, p.59).

Caso isso ocorra, haverá concurso de agentes entre o funcionário público e o particular (quem praticou a subtração do bem público), pois a consumação necessita da ação conjunta de ambos. É necessário que o funcionário público faça uso da vantagem que possui através do seu cargo para a realização da conduta e que o particular que não possui vínculo com a administração pública tenha conhecimento da qualidade de funcionário público. Assim, caso um dos autores não tenha a qualidade de funcionário público ou o particular que praticou o fato não tenha conhecimento dessa qualidade não responderá pelo crime de peculato.

STF, "Crime próprio, que admite participação" (Inq 3634-DF, 2.ª T., rel. Gilmar Mendes, 02.06.2015, v.u). Ainda: STJ "A descrição de conduta de conselheiro de tribunal de contas que, no exercício da presidência, em conjunto com servidores, saca e se apropria de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

vultosas quantias em espécie oriundas do próprio tribunal preenche o tipo do peculato-apropriação (art. 312, caput, 1.ª parte, do CP)" (APn 702-AP, Corte Especial, rel. João Otávio de Noronha, 03.06.2015, v.u.) (NUCCI, 2019, p.1432).

2.4 Sujeito passivo

O sujeito passivo é o Estado, é o titular do bem jurídico protegido. No caso do bem protegido pode entrar o bem que estava em poder do Estado (em seus cuidados) e sofreu a lesão, nesse caso proprietário do bem móvel será o sujeito passivo.

Um exemplo seria um indivíduo que teve alguns bens apreendidos, dentre eles um automóvel, que passa a ficar em poder e cuidados do Estado, na garagem de uma delegacia. Um funcionário público subtrai o automóvel utilizando-se da qualidade especial que possui. Nesse caso, o sujeito será o Estado e o titular (proprietário) do bem.

Conforme leciona Cezar Roberto Bitencourt:

> Na realidade, o Estado é sempre sujeito passivo primário de todos os crimes, desde que avocou a si o monopólio do ius puniendi, daí o caráter público do direito penal que somente tutela interesses particulares pelos reflexos que sua violação acarreta na coletividade. Com efeito, a lei penal protege, em primeiro plano, o interesse da ordem jurídica geral, cujo titular é o Estado e, secundariamente, o interesse do particular (BITENCOURT, 2021, p.60)

Desta forma, o sujeito passivo nos crimes cometidos contra a administração pública sempre vai ser o Estado, contudo, sempre que o bem de algum particular for lesado será o titular do bem o sujeito passivo secundário, havendo dupla ofensa aos bens jurídicos protegidos.

3 MODALIDADES DE PECULATO

3.1 Peculato Apropriação

Encontra-se na primeira parte do artigo 312 do Código Penal, que prevê a apropriação por parte do funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha posse em razão do cargo. Segundo diz Greco que a conduta com o verbo apropriar necessita ser compreendida no sentido de assumir assim como propriedade, receber para si, apossar-se forma indevidamente o dinheiro,

valor, ou algum diferente bem móvel, público ou particular, de que tem a posse ou detenção, em razão do cargo.

Para se configurar peculato apropriação, é necessário que além da realização da conduta do agente (funcionário público), que o mesmo pratique a conduta se valendo da sua condição de funcionário público.

Sobre o assunto, diz Cezar Roberto Bitencourt:

> O objeto material da ação penal tipificada deve ser dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que o agente tem a posse (abrangendo a detenção e a posse indireta, desde que lícita) em razão do cargo (ratione officii). A exemplo do que ocorre com a apropriação indébita, o funcionário público apodera-se do objeto material que se encontra em sua posse, agindo como se proprietário fosse praticando atos de animus domini (BITENCOURT, 2021, p.70)

Assim, no peculato apropriação existe a inversão do ânimo sobre o objeto, o funcionário que tem a posse do bem em razão do cargo passa a se comportar como se o bem fosse seu.

3.2 Peculato Desvio

A segunda parte do caput do artigo 312 do Código Penal trata do peculato-desvio. Modalidade que se configura pelo desvio de um bem móvel sendo este dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha posse em razão do cargo.

Diz o Cezar Roberto Bitencourt em sua obra:

> O verbo núcleo desviar tem o significado, neste dispositivo legal, de alterar o destino natural do objeto material ou dar-lhe outro encaminhamento, ou, em outros termos, no peculato-desvio o funcionário público dá ao objeto material aplicação diversa da que lhe foi determinada, em benefício próprio ou de outrem (BITENCOURT, 2021, p.76)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Desta forma, o agente utilizando-se da qualidade de funcionário público, desvia o bem dando um final diferente da destinação original. Esse desvio deve ser para benefício próprio ou de terceiros, caracterizando o elemento subjetivo especial do tipo.

3.3 Peculato Furto

Encontra-se previsto no primeiro parágrafo do artigo 312 do Código Penal. O peculato furto apresenta de imediato uma diferença entre o peculato apropriação e o peculato desvio, devido o funcionário público não ter a posse do bem, diferente do peculato apropriação e desvio. No peculato furto, o funcionário público não tem a posse do bem, mas subtrai ou age para que outro agente o subtraia para benefício próprio ou alheio.

A conduta típica não é mais de apropriação e sim de subtração (furto). O sujeito ativo não tem a posse da res nem o crime ocorre em virtude de sua função, mas aproveita-se ele da facilidade que a condição de funcionário lhe concede para praticar a conduta. Essa qualidade não é causa do resultado, mas se revela em ocasião para a sua ocorrência. Ausente a facilidade criada pelo exercício do cargo e função não ocorre o peculato, mas simples furto (MIRABETE, 2015, p.288).

Necessariamente deve existir um funcionário público que pratique tal delito utilizando-se da qualidade de servidor público, que o mesmo faça isso para benefício próprio ou para benefício de outrem, ou age para que outro agente (particular) que não possui a qualidade de funcionário público subtraia o bem também para benefício próprio ou alheio, devendo o particular ter a ciência da qualidade de funcionário público do agente.

Assim, se houver a participação de um particular conforme dito anteriormente haverá concurso de agentes entre o particular que subtraiu o bem e o funcionário público, passando o particular a responder por peculato mesmo não tendo a qualidade de funcionário público.

3.4 Peculato Culposo

Previsto no segundo parágrafo do artigo 312 do Código Penal, fala sobre a inobservância do dever de cuidado do funcionário público que é designado para a proteção e segurança do patrimônio da administração pública. O funcionário, por negligência, imprudência ou imperícia, permite que haja apropriação ou desvio (caput), subtração ou concurso (§ 1º) (MIRABETE, 2015, p.289).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No peculato culposo o funcionário público não age diretamente para que o fato ocorra, o fato ocorre pela sua falta de cuidado, o mesmo tem o dever especial de proteção e cuidado com o bem devido a sua negligência permite indiretamente a lesão ao bem protegido. Neste caso o funcionário público responde na modalidade culposa e quem o praticou na modalidade dolosa.

Diante disso, após o entendimento sobre os crimes praticados por funcionário público contra a administração pública em geral, faz-se necessário o entendimento sobre o princípio da insignificância e sua aplicabilidade no referido crime.

4 PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

4.1 Origem histórica

Quanto a origem do princípio da insignificância, tem-se dois entendimentos divergentes. A primeira corrente de entendimentos acredita que tal princípio surgiu no Direito Romano antigo, a segunda nega o surgimento do princípio da insignificância no Direito Romano, defendendo que o mesmo surgiu juntamente com o princípio da legalidade, durante o iluminismo, conhecido também como Século das Luzes ou Era da Ilustração.

Porém, o entendimento majoritário afirma que o mencionado princípio surgiu do Direito Romano através do brocado "mínima non curat praetor". Tal expressão já era utilizada na idade média para dizer que o praetor ou o pretor (magistrado) não deveria se preocupar com questões insignificantes. Ou seja, o magistrado só deveria se preocupar em resolver questões (condutas) que gerassem lesões graves ou afetassem bens realmente importantes, deixando de lado casos insignificantes.

Assim no que diz evolução histórica, versa (DA SILVA, 2006, p. 88):

> É quase pacífico doutrinariamente que o princípio da insignificância promana do bocardo mínima non curat praetor; todavia no que tange à origem dessa máxima há controvérsia sobre a sua existência no Direito Romano antigo. Assim, existem duas correntes de entendimento sobre sua origem, e consequentemente do princípio penal sub examem , a saber: a primeira corrente proclama sua existência no Direito Romano antigo (...); a segunda nega sua existência naquele Direito.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O aspecto existente hoje a respeito do princípio da insignificância se dar através de Claus Roxin, que utilizando o brocado "mínima non curat praetor" formulou um entendimento mais amplo sobre o que deveria ser considerado insignificante. Reintroduzindo no ano de 1964, na Alemanha, o princípio de bagatela ou princípio da insignificância.

Desta forma, estabelece o princípio da insignificância que o Direito Penal só deve ser invocado quando houver gravidade na lesão provocada ou no bem jurídico protegido. Inexistindo esse fato, não deve ser utilizado o Direito Penal devido as suas graves sanções. Entendendo que em lesões insignificantes não deve haver a incidência das sanções do Direito Penal, por serem mais severas, sendo utilizado apenas em condutas que afrontem o bem jurídico protegido.

A utilização de tal princípio só é possível devido ao caráter fragmentário do Direito Penal. Para estabelecer os bens que serão protegidos pelo Direito Penal faz-se uso do princípio da intervenção mínima, que vai limitar o poder do Estado de punir. Através desse limite imposto, será definido até onde poderá chegar o Direito Penal, selecionando inclusive, as condutas que serão vistas como socialmente adequadas.

4.2 Conceito

Para que possamos entender melhor o conceito do princípio da insignificância é necessário falarmos sobre o conceito de crime. O crime, em seu conceito analítico, é constituído pelo fato típico, pela ilicitude e pela culpabilidade. Para o reconhecimento do fato típico, é necessário a existência de alguns elementos, sendo eles, conduta (dolosa ou culposa, comissiva ou omissiva), resultado, nexo de causalidade (momento existente entre a conduta e o resultado) e tipicidade (formal e conglobante).

O princípio da insignificância começa a se materializar com o entendimento da tipicidade penal. A tipicidade penal se divide em formal e conglobante, sendo a formal a adequação perfeita da conduta praticada pelo agente com o tipo penal. Já a conglobante, surge da análise de dois elementos, a existência da conduta antinormativa por parte do agente e a existência de lesão ou perigo de lesão ao bem juridicamente protegido, conhecido como tipicidade material.

Diz Greco:

> Além da necessidade de existir um modelo abstrato que preveja com perfeição a conduta praticada pelo agente, é preciso que, para que ocorra

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> essa adequação, isto é, para que a conduta do agente se amolde com perfeição ao tipo penal, sea levada em consideração a relevância do bem que está sendo objeto de proteção. Quando o legislador penal chamou a si a responsabilidade de tutelar determinados bens – por exemplo, a integridade corporal e o patrimônio -, não quis abarcar toda e qualquer lesão corporal sofrida pela vítima ou mesmo todo e qualquer tipo de patrimônio, não importando o seu valor (GRECO, 2016, p.113).

Portanto, tem-se o legislador atento quanto a elaboração das leis, se preocupando apenas com condutas que resultem em lesões graves aos bens juridicamente protegidos, deixando de fora do seu amparo aqueles considerados inexpressivos.

Com isso, voltamos a falar sobre o entendimento de Claus Roxin, que vai de encontro com o princípio da fragmentariedade. Tal princípio permite ao Direito Penal a divisão dos bens por ele protegido, trazendo para o âmbito de sua proteção os bens que julgar de mais importância para o bom convívio em sociedade.

Conforme preleciona Assis Toledo:

> Segundo o princípio da insignificância, que se revela por inteiro pela sua própria denominação, o direito penal, por sua natureza fragmentária, só vai aonde seja necessário para a proteção do bem jurídico. Não deve ocupar-se de bagatelas (ASSIS TOLEDO, 1994, p.133).

Sobre sua aplicação, o princípio da insignificância não incide sobre todos os tipos penais. Existe a possibilidade de tal aplicação em condutas delituosas contra o patrimônio, administração pública, nos crimes de tráfico de drogas (desde que em pequena quantidade, caracterizando para uso próprio).

Diante disso, podemos concluir que não será possível a aplicação do referido princípio sobre qualquer infração penal, sendo feito a análise de qual delito poderá se beneficiar. Com isso, poderá haver decisões absurdas em delitos que gerem lesões inexpressivas pelo não uso do princípio da insignificância.

5 APLICAÇÃO DO PRINCIPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CRIME DE PECULATO DE ACORDO COM OS TRIBUNAIS SUPERIORES

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

5.1 Entendimento do Superior Tribunal de Justiça.

Para o Superior Tribunal de Justiça é inaplicável o princípio da insignificância nos crimes contra a administração pública (Súmula n. 599, Corte Especial, DJe de 27/11/2017). De acordo com o entendimento do STJ não se deve olhar para o valor do bem e sim para a moralidade administrativa que está atrelada a ele.

Conforme o artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a Administração pública direta e indireta deve seguir os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, todos esses princípios estão ligados tanto a proteção dos bens públicos como para a boa funcionalidade administrativa.

Deste modo toda ação cometida por funcionário público contra a administração pública constituirá em ser dirigido pelo princípio da moralidade administrativa. Nesta definição Meirelles (2012, p. 90) garante que o agente público, como possuidor de capacidade de atuação deve, fundamentalmente, distinguir o Bem do Mal, o Honesto do Desonesto. Deste modo ao atuar, não poderá desfavorecer o artifício ético do seu procedimento.

> AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PECULATO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N.º 83 DA SÚMULA DO STJ. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DESTA CORTE SUPERIOR. 1. O aresto objurgado alinha-se a entendimento assentado neste Sodalício no sentido de ser incabível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos cometidos contra a Administração Pública, uma vez que a norma visa a resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moral administrativa, insuscetível de valoração econômica. 2. Incidência do óbice do Enunciado n.º 83 da Súmula do STJ, também aplicável ao recurso especial interposto com fundamento na alínea a do permissivo constitucional. 3. Agravo a que se nega provimento. (STJ - AgRg no AREsp: 572572 PR 2014/0212773-0, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 08/03/2016, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2016)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> "[...] PECULATO. [...] PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. INVIABILIDADE.
>
> PROTEÇÃO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA, INSUSCETÍVEL DE VALORAÇÃO ECONÔMICA. [...] É inaplicável o princípio da insignificância aos crimes praticados contra a Administração Pública, pois a norma penal visa resguardar não apenas a dimensão material, mas, principalmente, a moralidade administrativa, insuscetível de valoração econômica (APn n. 702/AP, Ministro João Otávio de Noronha, Corte Especial, DJe 1º/7/2015).
>
> [...]" (AgRg no HC 188151 SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR,SEXTA TURMA, julgado em 23/02/2016, DJe 07/03/2016)

Desta forma, temos de acordo com decisão do Superior Tribunal de Justiça o entendimento da inaplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes de peculato, devendo o funcionário público prezar sempre pela moralidade administrativa (STJ, 2011, online).

5.2 Entendimento do Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal vem com o entendimento totalmente divergente daquele adotado pelo Superior Tribunal de Justiça, entendendo que o princípio da insignificância deve ser reconhecido e adotado nos crimes cometidos contra a administração pública, desde que seja analisado a presença de vetores, tais como: (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

A segunda turma do Supremo Tribunal Federal já adotou em diversos casos o princípio da insignificância, fazendo a mitigação da Súmula 599 do Superior Tribunal de Justiça.

Neste sentido, o Supremo Tribunal Federal admite a possibilidade da aplicação do princípio da insignificância, desde que sejam analisados a presença dos vetores já

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

mencionados. Porém, quando inexistir a presença dos vetores torna inaplicável o princípio da insignificância como pode ser visto em decisões do Supremo Tribunal Federal.

> Ementa: HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. PECULATO-FURTO. CRIME MILITAR. MUNIÇÕES DE USO RESTRITO DAS FORÇAS ARMADAS. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. DENÚNCIA QUE PERMITE AO ACUSADO O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INVIABILIDADE. RELEVÂNCIA PENAL DA CONDUTA. 1. O acórdão impugnado está em conformidade com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que "o trancamento da ação penal pela via restrita do habeas corpus é medida excepcional, somente admissível quando transparecer dos autos, de forma inequívoca, a inocência do acusado, a atipicidade da conduta ou a extinção da punibilidade" (RHC 119.607, Rel. Min. Luiz Fux). 2. A denúncia descreve suficientemente os fatos, ao menos em tese, caracterizadores do crime de peculato-furto (art. 303, § 2º, do Código Penal Militar) e está embasada em elementos concretos colhidos no curso do inquérito policial militar. Peça inaugural que permite ao acusado o pleno exercício do direito de defesa. 3. A subtração de munições de uso restrito, de propriedade das Forças Armadas, não permite a aplicação do princípio da insignificância penal. 4. Habeas Corpus indeferido. (STF - HC: 108168 PE, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014)

Assim, é possível notar que as decisões do Supremo Tribunal Federal ocorrem após a análise de cada caso, mesmo possuindo entendimento favorável quanto a aplicação da insignificância penal e que a ação estatal do Direito Penal só deve ser invocada quando realmente necessário, quando não houver a presença dos vetores não será possível tal aplicação.

7 CONCLUSÃO

O presente estudo verificou que o crime de peculato em regra só será cometido por funcionário público, podendo se caracterizar peculato apropriação, desvio, furto ou culposo. Ainda, que o princípio da insignificância exerce um papel muito importante dentro do direito penal, desafogando o judiciário, fazendo com que o direito penal seja invocado

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

apenas em lesões a bens necessários para o convívio em sociedade e quando os outros ramos do direito não puderem solucionar o problema.

Para falarmos da possibilidade da aplicação do princípio da insignificância no crime de peculato, baseia-se no entendimento entre as cortes superiores, que possuem divergência quanto a isso. Possuindo duas linhas de raciocino uma pelo Superior Tribunal de Justiça e a outra pelo Supremo Tribunal Federal.

Desta forma, o ordenamento jurídico analisa a perspectiva da execução do mencionado princípio nos crimes contra administração pública, mais precisamente no crime de peculato, efetuado unicamente por funcionário público. Não obstante, a harmonia do princípio da insignificância nunca é pacífica, existindo divergências por meio de doutrinadores e pensamentos jurisprudenciais.

Deste modo o tema objeto do presente trabalho de conclusão de curso ainda é controvertido no que fere acerca da aplicação do direito ao fato concreto. Por isso, foi de suma importância se fazer um estudo a respeito do contexto histórico e conceito do princípio da insignificância, além de averiguar qual era a sua natureza jurídico-penal do instituto.

O Superior Tribunal de Justiça entende que não é possível a aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes cometidos contra a administração pública por se tratar da moralidade administrativa. Em contraponto, temos o entendimento do Supremo Tribunal Federal aplicando o princípio da insignificância nos crimes cometidos contra a administração pública desde que seja analisado pontos objetivos e subjetivos sendo eles: o reduzido grau de reprovabilidade do agente, a mínima ofensividade da conduta, inexistência de periculosidade social, maus antecedentes, e habitualidade.

Em suma, a divergência de entendimentos existentes nos tribunais superiores acarreta em uma insegurança jurídica, não existindo lei expressa sobre tal aplicabilidade. Quanto a decisão de não aplicar o referido princípio nos crimes praticados contra a administração pública, quando o bem lesado não causar relevante prejuízo para o erário público, temos o direito penal se preocupando com lesões irrelevantes e sendo utilizado quando outro ramo do direito poderia resolver, gerando decisões diferentes para casos semelhantes.

REFERÊNCIAS

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

BARRETO, Douglas. **Súmula 599 STJ - In (aplicabilidade) do princípio da insignificância aos crimes contra a Administração Pública.** JusBrasil, 2017. Disponível em: <https://barretogpi.jusbrasil.com.br/noticias/522442121/sumula-599- stj-in-aplicabilidade-do-principio-da-insignificancia-aos-crimes-contra-aadministracao publica>. Acesso em: 25 de abril de 2022;

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. E-book;

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal: parte geral.** v.1. São Paulo: Saraiva, 2010;

BITENCOURT, C. R. **Tratado de Direito Penal 3.** 08. ed. São Paulo: Saraiva, 2012;

BITENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal. 5:** parte especial: dos crimes contra a administração pública e dos crimes praticados por prefeitos (Lei n. 10.028/2000). São Paulo: saraiva, 2007. p. 3;

BREZOVSKY, Rosimeire de Oliveira. Princípio da Insignificância nos Crimes Contra Administração Pública. Âmbito Jurídico, 2020. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-199/principio-da-insignificancia-nos-crimes-contra-administracao-publica/ Acesso 15 de maio 2022;

FERREIRA, MILANNY FREIRE FERRARI. A Administração do Peculato: insignificância e bagatela como ferramenta de política criminal. Âmbito Jurídico, 2019. Disponível em: https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-administracao-do-peculato-insignificancia-e-bagatela-como-ferramenta-de-politica-criminal/Acesso 10 de maio 2022;

GRECO, Rogério. **Código penal comentado.** 4 eds. Ampl. Atua. Rio de Janeiro: Impetus, 2010. p.818;

LOPES, Maurício Antônio Ribeiro. **Princípio da insignificância no Direito Penal:** Análise a luz da lei 9099/95 – Juizados Especiais Criminais e da Jurisprudência atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 58;

MIRABETE, J. F. **Manual de Direito Penal** - Parte Especial. 25ª ed., São Paulo: Editora Atlas, 2015;

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado** - Parte Geral. 19° ed. São Paulo: Editora Forense, 2019;

POTER, CRISTIANO. **O crime de peculato e os princípios constitucionais orientadores da administração estatal.** JusBrasil, 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/27926/o-crime-de-peculato-e-os-principios-constitucionais-orientadores-da-administracao-estatal/Acesso 10 de maio 2022;

REBÊLO, José Henrique Guaracy. **Princípio da insignificância: interpretação jurisprudencial.** Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 37;

RIBEIRO**, REGIS REZENDE.** Moralidade Administrativa. **JusBrasil, 2015. Disponível em: https://regisrezenderibeiro.jusbrasil.com.br/artigos/115231644/moralidade-administrativa/Acesso 02 de maio 2022;**

ROXIN, Claus. **Derecho penal**- Parte general. Madrid: Civistas, 1997. t.I;

SILVA, Ivan Luiz. **Princípio da Insignificância no Direito Penal**. Curitiba: Ed Juruá. 2006, p. 88;

Superior Tribunal de Justiça STJ - **AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL**: AgRg no AREsp 572572 PR 2014/0212773-0. Relator Ministro JORGE MUSSI- Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/861799281/agravo-regimental-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-no-aresp-572572-pr-2014-0212773-0;

Superior Tribunal de Justiça STJ - **AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS**: AgRg no HC 188151 SP 2010/0193359-5. Relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR- Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/862014260/agravo-regimental-no-habeas-corpus-agrg-no-hc-188151-sp-2010-0193359-5;

Supremo Tribunal Federal STF - **HABEAS CORPUS**: HC 108168 PE. Relator Min. ROBERTO BARROSO- Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25260083/habeas-corpus-hc-108168-pe-stf;

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA EM TEMPOS DE PANDEMIA E AS MEDIDAS PROTETIVAS CONTRA OS ATOS ABUSIVOS

ELANE LIMA DE SOUSA: Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

MARIA STHEPHANNIE ALVES DE MACEDO [207]

(coautora)

WIRNA MARIA ALVES DA SILVA [208]

RESUMO: O presente estudo possui grande relevância tanto no contexto nacional, como global, visto que, a discussão está direcionada para um fenômeno que está presente de forma regular dentro da sociedade atual brasileira. Por sua vez, a respectiva investigação em tela, intitulada "Violência Doméstica em Tempos de Pandemia e as Medidas Protetivas Contra os Atos Abusivos", dialoga com a possibilidade de identificar estratégias para o enfrentamento dos problemas, a fim de acompanhar e compreender a eficácia das medidas protetivas, que visam ajudar e proteger as mulheres que são vítimas de violência doméstica em seus diferentes contextos. Sem embargo, é pretendido apontar o modo de vivência das vítimas de violência doméstica, após as denúncias e os traumas vivenciados. Portanto, foi estabelecido como objetivo traçar um referencial interpretativo e admissível sobre a efetividade da validação da Lei 11.340/06 – Lei Maria Penha, nos casos de abuso e de violência doméstica, sofridos por mulheres, com base na denúncia policial, bem como o acompanhamento do inquérito policial até os trâmites em fase de processos judiciais das denúncias colhidas. Para este feito, a metodologia utilizada foi a revisão bibliográfica, buscando a partir de uma análise das contribuições teóricas dos autores no que diz respeito ao tema. Ressalta-se que este tipo de pesquisa tem por objetivo utilizar trabalhos publicados de forma relevante, com o desígnio de oferecer suporte para o entendimento sobre a temática do estudo.

[207] Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*: sthemacedo.drt10@gmail.com

[208] Orientadora e professora do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Prof. Ma. Wirna Maria Alves da Silva. *E-mail*: wirnaalves@unifsa.com.br

Palavras-chave: Violência doméstica. Pandemia. Medidas protetivas.

ABSTRACT: The present study has great relevance both in the national and global context, since the discussion is directed to a phenomenon that is present on a regular basis within the current Brazilian society. In turn, the respective investigation on screen, entitled "Domestic Violence in Times of Pandemic and Protective Measures Against Abusive Acts", dialogues with the possibility of identifying strategies for coping with problems, in order to monitor and understand the effectiveness of protective measures, which aim to help and protect women who are victims of domestic violence in their different contexts. However, it is intended to point out the way of experiencing the victims of domestic violence, after the complaints and the traumas experienced. Therefore, it was established as an objective to draw an interpretive

and admissible reference on the effectiveness of the validation of Law 11.340/06 - Maria Penha Law, in cases of abuse and domestic violence, suffered by women, based on the police report, as well as the follow-up from the police investigation to the proceedings in the judicial process of the complaints collected. For this purpose, the methodology used was the bibliographic review, seeking from an analysis of the theoretical contributions of the authors with regard to the theme. It is noteworthy that this type of research aims to use published works in a relevant way, with the aim of offering support for the understanding of the subject of the study.

Keywords: Domestic violence. Pandemic. Protective measures.

SUMÁRIO: 1. INTRODUÇÃO. 2. A LEI MARIA DA PENHA. 2.1. Das Formas de Violência. 3. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA PANDEMIA. 3.1. Medidas Protetivas. 4. FEMINICÍDIO: SUAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS. 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

1.INTRODUÇÃO

Em face do cenário atual brasileiro em que nos encontramos, o presente estudo tem como objetivo realizar uma análise a respeito de como se iniciam os problemas familiares no contexto do cotidiano das famílias que vivenciam o fenômeno da violência doméstica no Brasil, bem como quais são os motivos responsáveis para a ocorrência destas condutas que refletem a violência, a efetividade e a aplicabilidade das medidas protetivas contra estes atos. O intuito é acompanhar e analisar o êxito dessas medidas, que visam ajudar e proteger as mulheres que sofrem a violência doméstica.

Desde os primórdios, a mulher sempre foi subordinada a viver debaixo do jugo do homem e quando suas ordens eram contrariadas, no qual até hoje em algumas sociedades está vulnerável a padecer com maus tratos e duras penas pelo seu marido ou companheiro, tanto física, como psicologicamente, usando contra ela promessas ameaçadoras e possibilidade de agressões, a ponto de perderem suas vidas pelo seu parceiro.

Então, com base na análise histórica desde os tempos remotos, é possível perceber que a mulher sempre foi doutrinada para servir o homem no seu ambiente doméstico. Todavia, é comum que as vítimas não tenham dado indícios do que estava ocorrendo de fato no interior de seu lar, isso devido à falta de proteção estatal e compreensão da sociedade.

A partir da exposição de tais situações que revelam as violências vivenciadas pelas mulheres, nas quais são marcadas por um histórico de sofrimento, agressões e maus tratos, eis que uma feminista, Maria da Penha Maia Fernandes, uma cearense, farmacêutica, mulher de coragem, surge para ver seu ex-companheiro e agressor condenado, após longos anos de sofrimentos, além de ter vivenciado duas tentativas de homicídio pelo seu marido, em que na situação de não conseguir matá-la, acabou deixando-a paraplégica numa cadeira de rodas.

Maria da Penha por não obter seus direitos respondidos em tempo ágil pelo Brasil recorreu ao Núcleo de Defesa dos Direitos da Mulher e à Comissão Internacional dos Direitos Humanos da Comissão dos Estados Americanos. Assim, conforme a Lei 11.340/06, promulgada com o nome "Lei Maria da Penha", fruto da organização de um grupo de mulheres que desde os anos 1970 tentavam e lutavam por seu direito a vida e ao bem-estar social, pois neste período ainda não havia valor aos pensamentos e apogeu feministas. Uma vitória para a defesa e proteção das mulheres no cenário brasileiro. Apesar disso, cabe ressaltar que ainda é um fenômeno presente até os dias atuais e infelizmente, ainda em nossa sociedade.

Dessa forma, o problema de pesquisa diz respeito ao questionamento: quais os motivos que levam à ocorrência de inúmeros casos de violência doméstica em seu âmbito familiar, e qual tem sido o papel da justiça em prol da eficácia de medidas, para o enfrentamento desses casos, segundo a Lei 11.340/06? E ainda: a lei em seu vigor tem contribuído em completa efetividade para evitar riscos maiores contra mulheres?

Para este feito, o desenvolvimento da pesquisa utilizou como recurso metodológico a revisão bibliográfica e busca de dados na Delegacia Especializada de Defesa da Mulher

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

– CENTRO, para a obtenção de dados respectivos aos números de casos, as principais causas e motivações para a ocorrência de tais violências, dentre elas as de violência psicológica, que por mais invisível que pareça ser, ocasiona diversos traumas nas vítimas, como depressão, transtornos mentais, podendo levar muitas vezes, a tentativa de suicídio, ou seja, a agressão em si, não é o único fator desastroso na vida de uma mulher.

Desse modo, a busca principal durante a realização da pesquisa, foi de produzir um estudo amplo e profundo sobre os principais motivos que levam a causas de determinadas violências, como também evidenciar quais as formas para tentar evitar tais situações devastadoras, como as medidas protetivas, que possuem papel fundamental na vida da mulher, a partir do momento em que ela se encontra em estado de alta periculosidade.

Como considerações finais, propõe-se trabalhar dentro de todo o contexto da violência, desde a causa dentro do âmbito familiar, onde estão presentes a autor e a vítima, como também em casos em que não existe um vínculo afetivo entre ambos, até a eficácia e aplicabilidade das medidas protetivas, que devem atuar em prol da segurança da mulher.

2.A LEI MARIA DA PENHA

A Criação da civilização foi marcada por diversos tipos de violências o que advém do ser humano em sua disputa por território e poder, a violência que se constitui de força bruta em oposição a algo foi sempre enraizada na maioria das relações sociais em que pese a violência contra a mulher em âmbito doméstico e familiar, conforme aponta Luz (2016) sempre esteve presente na civilização brasileira e do mundo, fazendo do sexo feminino suas principais vítimas.

As mulheres são consideradas vulneráveis e, em diversos momentos elas são dependentes de seus agressores, seja emocional ou economicamente, e sem uma proteção judicial cabível, na ausência de políticas públicas específicas, por diversas vezes se calaram e resignaram-se às agressões.

Após um extenso período de sofrimento e mortes vivenciados por elevado número de mulheres, o Estado brasileiro reconheceu a gravidade da violência doméstica e em razão da decisão da corte interamericana que determinou em seu relatório n° 54 de 2001, houve a reforma na legislação nacional que culminou em uma atitude positiva a fim de amparar as vítimas criando a lei 11.340/2006, mais conhecida como lei “Maria da Penha”. Este nome se deu em homenagem à vítima que originou a lei supramencionada, condenando o Brasil

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

por negligência e omissão. Cumpre pontuar que Maria da Penha tomou a frente na luta das mulheres vítimas de violência.

No entanto, não possui tal lei somente o intuito de punir o agressor, mas estabelece uma transformação no meio social, com o objetivo de evitar novos crimes através de várias medidas. Nesse sentido, para Dias (2015) o entendimento do propósito da Lei Maria da Penha, é que a violência doméstica tem que cessar, o que nem sempre é alcançado pela mulher ao buscar a ajuda para que a violência acabe, pois pode ser que talvez não deseje nem a separação de fato e nem que o agressor seja recolhido para o sistema prisional, faz somente o boletim de ocorrência e desiste de representar, vedando a sua denúncia.

De tal forma, o intuito da Lei não é suprimir diferenças históricas enraizadas no tempo, mas sim a aplicação do Princípio da igualdade disposta em nossa Constituição Federal de 1988, e proteger a quem em razão de imposições sociais, se tornaram mais vulneráveis diante da sociedade.

De acordo com Oliveira (2011), a mulher tem sua dignidade violada pela desigualdade entre sexos no ambiente familiar, o Estado deve garantir a todas as pessoas que sua dignidade seja respeitada e a sociedade deve zelar por tal efetividade. O direito da mulher deve ser resguardado no intuito de dar fim, ao menos, diminuir os casos de violência doméstica e familiar, como previsto no artigo 1° da Lei 11.340/06:

> PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DE MEDIDAS PROTETIVAS. ART. 22, I, II, III, DA LEI Nª 11.340/06. PRAZO DE VIGÊNCIA. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.
>
> Com efeito, esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que: "As medidas protetivas previstas no art. 22, I, II, III, da Lei n. 11.340/06, possuem nítido caráter penal, pois visam garantir a incolumidade física e mental da vítima, além de restringirem o direito de ir e vir do agressor. Por outro lado, as elencadas nos incisos IV e V possuem natureza eminentemente civil" (AgRg no REsp 1.441.002/MS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIAS, QUINTA TURMA, Dje 2/2/2015).
>
> Assim, diante de sua natureza jurídica penal, para que as medidas protetivas sejam concedidas, deve haver ao menos indícios de autoria

e materialidade de delito praticado com violência doméstica e familiar contra a mulher (fummus boni juris) e o perigo da demora (periculum in mora), consubstanciado na urgência da medida, a fim de proteger a mulher de eventual reiteração criminosa.

É certo que o Código de Processo Penal não prevê prazo de vigência das cautelares, mas estipula sua incidência de acordo com a necessidade e adequação (art. 282, § 5ª, do CPP), em casuística ponderação.

Nesse contexto, se é certo que as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha visam garantir a integridade física e moral da mulher, vítima de violência doméstica, não podem elas perdurarem indefinidamente, criando evidente constrangimento ilegal a quem a elas se encontra submetido.

Desse modo, sendo o deferimento de medidas protetivas à vítima uma medida de natureza cautelar, que impõe restrição à liberdade de ir e vir do indivíduo, a sua duração temporal deve ser pautada pelo princípio da razoabilidade.

No caso concreto, passados mais de 2 anos da aplicação das medidas protetivas, uma vez que essas foram deferidas em março de 2008, sem que tenha sido instaurada até a presente data a competente ação penal, mostra-se desarrazoado e desproporcional a medida imposta, por eternizar restrições a direitos individuais do recorrido.

Agravo regimental a que se nega provimento.

Portanto, cumpre ressaltar que objetivo da lei é erradicar com a violência doméstica familiar contra a mulher, estabelecendo medidas de assistência e proteção.

A mulher é possuidora de direitos fundamentais inerentes à pessoa, sendo-lhe assegurada as oportunidades e facilidades para viver sem atos de violência, e a preservação de sua saúde física e mental além de seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social, como previsto: Art.3º da lei 11.340, de 2006:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> HABEAS CORPUS. VIOLÊNCIA NO ÂMBITO DOMÉSTICO. AMEAÇA, DESCUMPRIMENTO DE MEDIDA PROTETIVA. REITERAÇÃO. RISCO CONCRETO, PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.
>
> 1. Conforme a regra insculpida no art. 313, III, do Código de Processo Penal, nas hipóteses de violência e familiar contra a mulher, caberá a prisão preventiva para as segurar a eficácia das medidas protetivas de urgência, quando essas, em si, se revelarem ineficazes para a tutela da mulher.
>
> 2. Na hipótese, a necessidade da custódia cautelar encontra fundamento na garantia da ordem pública, em razão da possibilidade de reiteração das condutas. Com efeito, o paciente, descumprindo as medidas protetivas anteriormente impostas, voltou a perseguir a vítima e a ameaçá-la de morte (há testemunhas, áudios e vídeos como provas das situações narradas), circunstâncias que demonstram a sua periculosidade, a justificar a necessidade de sua constrição cautelar.
>
> 3. Ordem denegada.

Pela interpretação do artigo mencionado acima, depreende-se que a mulher é amparada pela norma, todas as mulheres consideradas vítimas de Violência Doméstica possuem certas garantias para que estas não fiquem desamparadas.

Portanto, dentre os benefícios conquistados pelas mulheres a Lei prevê a existência de Delegacias de Atendimento à Mulher, os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher com competência cível e criminal, rede de serviços de atenção à mulher em situação de violência doméstica e familiar, casas e abrigo, realização de campanhas educativas, e as medidas protetivas.

2.1 Das Formas de Violência

O termo violência, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS) pode ser conceituado como:

> O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em

> lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação (OMS, 2002, p. 5)

Destaca-se que a lei 11.340/ 2006 foi criada no intuito de promover o equilíbrio da justiça e apresentar forma pelas quais a mulher que venha a se sentir lesada, possa vir a buscar seus direitos, proporcionando ferramentas para impedir, prevenir e eliminar a violência doméstica, garantindo assim a sua integridade física, psíquica, sexual, moral e patrimonial.

Atualmente as formas de violência se diferenciam através da maneira como se apresentam, sendo as principais: física, psicológica, moral, sexual, patrimonial e social. Contudo, para Menezes (2017), os autores podem utilizar um ou mais tipos de violência, como nos casos de violência doméstica em que, geralmente, os atos de violência física podem vir acompanhados de violência psicológica, moral, sexual e patrimonial.

Então a mulher sendo vítima de tal violência doméstica, passa a desenvolver com o passar do tempo, uma sucessão de consequências, que pode ser desencadeada e afetada de forma direta e indiretamente na sua saúde, física e psicológica.

Não obstante, a jurisprudência argumenta a respeito desses tipos de violência e confirma a prática desse ato contra às mulheres, conforme precedente a seguir transcrito:

> RECLAMAÇÃO CRIMINAL. INDÍCIOS DE VIOLÊNCIA DE GÊNERO. INCIDÊNCIA DA LEI 11.340/2006. MEDIDA PROTETIVA DE URGÊNCIA. CONCESSÃO. RECLAMAÇÃO PROCEDENTE. 1. Para efeitos da Lei n. 11.340/06, configura violência doméstica e familiar contra a mulher a conduta baseada no gênero, que expresse posição de dominação do homem, subordinação e vulnerabilidade da mulher, causando-lhe morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial. 2. Demonstrado nos autos o risco à integridade física e psicológica da vítima, mostra-se necessária a concessão das medidas protetivas de urgência em seu favor. 3. Nos termos do artigo 22, inciso III, da Lei n. 11.340/2006, o Juiz, ao constatar a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as medidas protetivas de urgência, dentre elas a proibição de aproximação e

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

contato. 4. Reclamação julgada procedente. (Acórdão 1323046, 07355002220208070000, Relator: DEMETRIUS GOMES CAVALCANTI, 3ª Turma Criminal, data de julgamento: 4/3/2021, publicado no PJE: 17/3/2021.)

Ainda em conformidade com a decisão acima transcrita, oportuno destacar que são mencionados além das formas de violência, trata-se também da vulnerabilidade e os tipos de violência contra a mulher, acompanhado de medidas cabíveis que serve para amenizar, intervir e apoiar essas mulheres.

Em decorrência da repercussão dos fatos sobre a violência, foi necessário um estudo realizado e verificou-se a realização de 140.191 notícias ligadas à imprensa, sendo logo após constatado que 68.811 dessas pesquisas, confirmava ser casos de violência doméstica contra a mulher. Foi elaborado pela comissão dos direitos da mulher da câmera dos deputados, em que expõe sobre 5(cinco) tipos de categorias de violência, conforme consta no Atlas da Violência referente ao ano de 2018209.

Ao tratar das formas de violência como já supracitado, são cinco tipos de violência doméstica, em que estas não ocorrem de forma isolada uma das outras, mas pode gerar e desenvolver consequências gravíssimas para a mulher.

A violência patrimonial está inserida nos bens ou objetos das vítimas, nas quais muitas mulheres convivem com esse tipo de agressão. Por sua vez, o companheiro subtrai, destrói um objeto propositalmente da mulher, rasga uma roupa que não quer que ela vista, se apropria e domina também o dinheiro ou bens de valores, extermina os documentos de trabalhos ou pessoais, além do não pagamento de pensão alimentícia, entre outros.

A violência física é aquela que causa danos físicos no corpo. Em contrapartida, a violência psicológica é aquela que mais ocorre, exige que a mulher se mantenha em um papel submisso ao homem, em que este usa palavras de baixo calão, recusa carinho, afeta emocionalmente, ou seja, é aquela que causa danos emocional e diminuição da autoestima.

209 Informação disponível em:

<https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/relatorio_institucional/180604_atlas_da_violencia_2018.pdf >. Acesso em 25 de abril de 2022.

A violência sexual é quando o agressor vem a forçar a mulher a manter relações sexuais, presenciar a relação sexual de outrem ou mesmo situações de chantagem ou suborno em relação à vítima.

Por fim, a violência moral é quando o agressor ofende a honra da mulher, imputando-lhe falsamente um fato definido como crime, a violência moral é o tipo de violência menos comentada, mais que tem previsão legal no artigo, pode ser apontado como um fato ofensivo à sua reputação ou à sua dignidade, afetando qualquer conduta que enquadre nos crimes de calúnia, difamação ou injúria.

3.VIOLÊNCIA DOMÉSTICA NA PANDEMIA

O crescimento em grande escala de casos de violência doméstica no período da pandemia, especialmente entre os anos de 2020 e 2021, trouxe um alerta para as autoridades, grupos de combate à violência doméstica e até mesmo para a população em geral que precisa ser um agente ativo no combate a tais atos, mesmo que silenciosa, causa danos irreparáveis na vida de milhares de mulheres.

As autoridades do Poder Executivo Brasileiro interviram nesse momento, através da Lei 14.022 de 2020, assinada em 07 de junho, que entrou em vigor na data de sua publicação. A lei em questão surge diante da necessidade de determinar e intensificar as medidas de proteção contra violência à mulher, além de tratar sobre medidas de enfrentamento de tal violência contra pessoas com deficiência, idoso, adolescentes e crianças, durante o período de emergência sanitária na saúde pública mundial.

Esta lei foi de suma importância, já que no período de pandemia, em alguns locais os órgãos públicos não estavam em total prestação de serviços, por questões sanitárias de combate ao COVID-19. Estes ambientes que fazem parte da prestação de serviços de atendimento à essas vítimas de violência, não possuíam atendimento presencial, o que tornava ainda mais moroso e desgastantes todos esses procedimentos.

Nos locais em que ainda aconteciam atendimentos presenciais durante esse período pandêmico, os serviços foram reduzidos, o que trouxe um maior tempo de espera para que todo o procedimento fosse efetivado.

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA CONTRA A MULHER. MEDIDAS PROTETIVAS DA LEI N. 11340/2006 (LEI MARIA

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

DA PENHA). INCIDÊNCIA NO ÂMBITO CÍVEL. NATUREZA JURÍDICA. DESNECESSIDADE DE INQUÉRITO POLICIAL, PROCESSO PENAL OU CIVIL EM CURSO.

As medidas protetivas previstas na Lei n.11.340/2006, observados os requisitos específicos para a concessão de cada uma, podem ser pleiteados de forma autônoma para fins de cessação ou de acautelamento de violência doméstica contra a mulher, independentemente da existência, presente ou potencial, de processo-crime ou ação principal contra o suposto agressor.

Nessa hipótese, as medidas de urgência pleiteadas terão natureza cautelar cível satisfativa, não se exigindo instrumentalidade a outro processo cível ou criminal, haja vista que não se busca necessariamente garantir a eficácia prática da tutela principal. "O fim das medidas protetivas é proteger direitos fundamentais, evitando a continuidade da violência e das situações que a favorecem. Não são, necessariamente, preparatórias de qualquer ação judicial. Não visam processos, mas pessoas" (DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012).

Recurso especial não provido. STJ Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, Data de Julgamento: 11/02/2014, T4 – QUARTA TURMA).

Uma implementação de grande importância nos casos de violência doméstica e familiar trazida pelo artigo 4º em seu parágrafo II "Nos casos de violência doméstica e familiar, a ofendida poderá solicitar quaisquer medidas protetivas de urgência à autoridade competente, por meio dos dispositivos de comunicação de atendimento online" que apresenta a possibilidade de o atendimento ser feito de forma virtual, tornando mais rápida e acessíveis as medidas de proteção necessárias.

Além disso, o Ministério da Mulher da Família e dos Direitos Humanos ao presenciar os crescentes números de violência, buscou criar mecanismos a fim de facilitar os meios para as respectivas denúncias, criando canais de escuta para casos de violência.

As denúncias que poderiam ser feitas através dos números 190 e 180, passam também a serem realizadas por intermédio do site da ouvidoria do MDH e pelo aplicativo

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Direitos Humanos BR. Dessa forma, os atendimentos aos casos de violência tornaram-se mais acessíveis e até mesmo, menos constrangedores para as vítimas.

Segundo dados do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, registros que confirmam queda na abertura de boletins de ocorrência, evidenciando que ao passo que as mulheres estão mais vulneráveis durante a crise sanitária, elas também possuem mais dificuldade para formalizar queixa contra os agressores e, portanto, para se protegerem.

Ainda de acordo com o relatório "Violência Doméstica durante a Pandemia de Covid-19"210, os casos de feminicídio cresceram 22,2% entre março e abril deste ano, em 12 estados brasileiros, apresentando um aumento de 117 para 143 ocorrências. No estado do Acre, por exemplo, o aumento de casos foi de 300%. Também tiveram destaque negativo o Maranhão, com variação de 6 para 16 vítimas e o encerrou com 15 (150%). Os números caíram em apenas três estados: Espírito Santo (-50%), Rio de Janeiro (-55,6%) e Minas Gerais (-22,7%).

É notório a falta de estabilidade no tocante a segurança da mulher e as medidas eficazes de apoio em casos de violência, pode ser que esteja contribuindo para que cada vez mais tenha diminuído os números de registros de boletins de ocorrência. Isso mostra que infelizmente, é equivalente também ao número possível de subnotificações de casos de agressões físicas, violências psicológicas, ameaças, perseguições, e até mesmo feminicídio em casos mais graves. Por muitas vezes, a mulher deixa de recorrer a ajuda da justiça por acreditar que não terá a acessibilidade necessária para enfrentar o agressor, que irá entrar em uma batalha sozinha, sem a ajuda da justiça.

3.1 Medidas Protetivas

Segundo a Lei Maria da Penha, é admitido que sejam adotadas medidas protetivas de urgência no ramo do direito familiar, e que estas sejam requeridas pela vítima perante a autoridade policial. A vítima, no momento do registro da ocorrência da prática de violência doméstica, pode requerer algumas das medidas, tais como: separação de corpos, alimentos, vedação do agressor em aproximar-se da vítima e de seus familiares, ou que seja ele proibido de frequentar determinados lugares.

210 Informações disponíveis em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/06/violencia-domestica-covid-19-ed02-v5.pdf>. Acesso em: 26 de abril de 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

As respectivas providências podem ser solicitadas pela parte pessoalmente na polícia e é dever do juiz adotar medidas que façam cessar a violência, assegurando à mulher o direito à não violência, todas elencadas no artigo 22 da lei 11.320/2006, senão vejamos:

> HABEAS CORPUS. PRISÃO. ART. 22 DA LEI MARIA DA PENHA. CAUTELAR. PRESTAÇÃO DE ALIMENTOS. DESCUMPRIMENTO. OUTROS MEIOS DE COBRANÇA. PROTEÇÃO DA VÍTIMA. OUTRAS CAUTELARES FIXADAS SUFICIENTES (ART. 22, II E III, DA LEI MARIA DA PENHA).
>
> Existindo contra o paciente a imputação de ataques físicos e morais à vítima com a fixação de diversas cautelares que preservam a segurança dela (art. 22, II e III, da Lei Maria da Penha), o descumprimento de cautelar de prestação de alimentos sem a indicação concreta de prejuízo efetivo à vítima não autoriza a prisão.
>
> Possibilidade de cobrança do valor devido por outros meios previstos no CPC: a) de título executivo extrajudicial, mediante ação judicial, visando à cobrança pelo rito da prisão (art. 911 do CPC); b) de título executivo extrajudicial, pelo rito da expropriação (art. 913 do CPC); c) cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para a cobrança de alimentos pelo rito da prisão (art. 528 do CPC); e d) cumprimento de sentença ou decisão interlocutória para a cobrança dos alimentos pelo rito da expropriação (art. 530 do CPC).
>
> Ordem concedida, revogando-se a prisão decretada, mas ressaltando que o descumprimento de qualquer das outras cautelares fixadas e em vigor poderá autorizar uma nova prisão do paciente.

O serviço social da Delegacia da mulher tem como objetivo desenvolver uma política de prevenção criminal e orientar as mulheres sobre os seus direitos. A Delegacia foi criada especificamente para atender as mulheres, que são vítimas de violências causadas pelo homem. Assim, ela registra qualquer tipo de violência, a violência doméstica, familiar, onde é aplicada a Lei Maria da Penha, e se não for violência doméstica ou familiar, pode ser aplicado o Código Penal.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

No serviço social é feito o acolhimento da vítima, onde estas são ouvidas e quando é comprovada a existência do crime, a vítima é encaminhada para o registro do Boletim de Ocorrência, é também feito o Exame de Corpo de Delito, no Instituto Médico Legal (IML), quando existem sequelas na vítima. Se for comprovado que houve estupro, a vítima é encaminhada para a Maternidade Evangelina Rosa, onde são feitos os exames de violência sexual.

Existe também a Casa Abrigo, que abriga as vítimas que estão correndo risco de vida, onde neste abrigo, elas podem resguardar-se com seus filhos de até 12 anos de idade, tendo um prazo de até 03 meses de estadia para ficarem abrigadas. Trata-se de um local sigiloso. A própria Casa Abrigo fica responsável para ir buscar as vítimas e encaminhá-las; no qual a psicóloga, a Coordenadora, ou a Assistente Social, contando também com a presença da Polícia Militar, que faz a vigilância do local para juntos realizarem o translado. As vítimas que são encaminhadas para lá, são orientadas a não fazerem o uso do aparelho celular, e a não informar o endereço para ninguém.

Existe também a Medida Protetiva de Urgência, que é feita na Delegacia, pedindo a proteção da mulher contra o suposto autor. Da delegacia, a Medida Protetiva é encaminhada para a 5ª Vara Criminal da Comarca de Teresina – PI, onde o Juiz é quem decreta se a Medida está de acordo. Após ser autorizada, é estabelecida uma quantidade de metros em que o suposto autor não deve aproximar-se da vítima. Em seguida, ao ser comunicado da Medida, o agressor deve sair imediatamente da casa onde reside com a vítima, nos casos em que ambos dividem o lar, até que o caso seja resolvido. Nessa situação, a Medida Protetiva tem um prazo de validade, onde o Juiz deve conceder um prazo exato, de acordo com as peculiaridades de cada caso.

Existe também o Centro de Referência Esperança Garcia, que ajuda com os casos de violência psicológica, bem como prestam apoio jurídico para as vítimas que desejam o divórcio, o pedido de pensão alimentícia, ou a partilha de bens. Na instituição, existe uma equipe de advogados, que estão aptos para prestar atendimento para estas vítimas, encaminhando na maioria das vezes para a Defensoria Pública, onde existe o Núcleo de Apoio à Mulher Vítima de Violência Doméstica, onde os trâmites são resolvidos em um curto espaço de tempo.

O centro de Referência tem parceria direta com a Patrulha da Maria da Penha, que é uma equipe de Policiais Militares, que ficam de plantão por 24 horas, onde naqueles

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

casos de um grau maior de periculosidade, eles fazem visitas periódicas, para ter conhecimento da situação de cada vítima, se a mesma está sendo ameaçada, sendo de extrema importância que a mulher saiba da existência deste Centro de Referência, por último, existe também a Guarda Municipal, onde as vítimas tem o direito de comunicarem imediatamente, pois eles estão sempre se prontificando para ajudar.

4.FEMINICÍDIO: SUAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Ainda sendo a Lei 11.340/2006, um grande avanço na proteção das mulheres, apesar de garantir à vítima no caso de uma tentativa de homicídio, a pena imposta ao agressor era menor, podendo ser reduzida substancialmente no caso de bom comportamento.

Com a publicação da Lei 13.104/2015 onde houve alterações no Código Penal, para incluir a modalidade de crime qualificado ao feminicídio. O § 2º- A foi acrescentando como norma explicativa do termo como sendo: "razões da condição de sexo feminino", esclarecendo que ocorrerá em duas hipóteses: violência doméstica e familiar e menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A lei acrescentou ainda o § 7º ao art. 121, estabelecendo causas de aumento de pena para crime de feminicídio.

O feminicídio é o assassinato de mulheres pela simples condição de ser mulher, o termo se refere a crime de ódio contra mulheres, justificado por uma história de dominação da mulher pelo homem e estipulado pela impunidade e indiferença da sociedade e do estado no tocante à condição feminina. A alteração previu que a pena será aumentada de 1/3 até a metade se for praticado durante a gravidez ou nos três meses posteriores ao parto, contra pessoa menor de 14 anos, maior de 60 anos ou com deficiência e na presença de ascendente ou descendente da vítima.

Com o advento desta nova lei, além de proteger a mulher, a legislação penal garantiu maior rigidez ao tratamento penal concedido aos agressores, faz-se necessário que o Código Penal Brasileiro trate do crime de feminicídio, explicitamente classificado e tipificado, para pôr fim ao silêncio social e à desatenção que cerca esse tipo de crime.

> RECURSO ESPECIAL. PRONÚNCIA. FEMINÍCIDIO, HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO CONTRA GESTANTE. PROVOCAÇÃO DE ABORTO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PROVIDO.
>
> Caso que o Tribunal de origem afastou da pronúncia o crime de provocação ao aborto (art. 125 do CP) ao entendimento de que a

> admissibilidade simultânea da majorante do feminicídio perpetrado durante a gestação da vítima (art. 121, § 7º, I, do CP) acarretaria indevido bis in idem.
>
> A jurisprudência desta Corte vem sufragando o entendimento de que, enquanto o art. 125 do CP tutela o feto enquanto bem jurídico, o crime de homicídio praticado contra gestante, agravado pelo art. 61, II, h, do Código Penal protege a pessoa em maior grau de vulnerabilidade, raciocínio ao acusado o art. 121, § 7º, do CP, tendo em vista a identidade de bens jurídicos protegidos pela agravante genérica e pela qualificadora em referência.
>
> Recurso especial provido.

O feminicídio discorre acerca de uma relação na qual a condição de ser mulher encontra-se presente, e a relação familiar e até mesmo social, em que a figura da discriminação esteja presente será considerada crime de feminicídio. Segundo Diana Russel (1992), a escritora argumentou e introduziu em seu artigo científico Feminicide The Polites of Woman Killing211, o conceito de feminicídio ter sido usado por mais de dois séculos atrás e apareceu pela primeira vez na literatura inglesa, em uma visão satírica da London (Inglaterra, 1801), para descrever o assassinato de uma mulher.

Para Diana Russel (1992), o feminicídio possui uma divisão política, ou seja, desmascarar o patriarcado com uma estrutura que se sustenta com o controle do corpo, e na capacidade punitiva sobre as mulheres. Não é a mesma coisa que falar sobre homicídio de mulheres, e de feminicídio ainda que as vítimas sejam as mesmas, o feminicídio também não é simplesmente uma palavra para assimilar o sexo das pessoas mortas. A figura do feminicídio atribui outro sentido, ou seja, de que a morte das mulheres não se circunscreve as histórias particulares nas quais estas vivenciaram.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da discussão levantada no presente estudo, com o objetivo de problematizar o contexto da violência doméstica em Tempos de Pandemia e as Medidas

211 Informação disponível em: <http://www.dianarussell.com/f/femicde%28small%29.pdf> Acesso em 28 de abril de 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Protetivas Contra os Atos Abusivos, foi possível identificar o quanto se faz necessária a importância deste assunto, visto os recorrentes casos dentro da população brasileira e mundial.

Conclui-se que foram levantadas questões pertinentes, e que contribuíram para a conscientização das pessoas, pois, o presente trabalho faz uma análise reflexiva proporcionando um despertar da sociedade, no qual promove a realização de diversas atividades, como os meios e mecanismos para facilitar o conhecimento de várias mulheres que se encontram em situações de extrema vulnerabilidade.

Porém, atribuindo ônus as mulheres vítimas da violência doméstica, fazendo com que percebam o poder de recorrer a órgãos públicos, onde seu principal papel é de fornecer, segurança, proteção, e garantir seus direitos, no qual estabelece fácil acesso, para assim, socorrer as mulheres vítimas de agressões, postulando os requisitos presentes no código penal.

A violência doméstica mesmo com a crescente estatística, não pode ser exterminada de vez, porque, esta prática incorre dentro do ambiente familiar brasileiro. Ademais, podemos desenvolver políticas públicas de proteção, com a finalidade de amenizar e trazer o conhecimento sobre tais práticas, e atos abusivos, pois, estes são passíveis de punição e, trazendo assim, um ambiente mais democrático, livre, para todas as mulheres.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei Maria Da Penha.** Lei N.°11.340, de 7 de agosto de 2006.

CARVALHO, Pablo. **Medidas protetivas no âmbito da Lei Maria da Penha e sua eficácia atual.** Revista Jus Navigandi. Teresina, ano 19, n.4064, 17 ago. 2014. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/29229>. Acesso em: 02 nov. 2021.

CAPUTI; RUSSELL, **Femicide: the politics of woman killing**. New York: Twaine Publishers, 1992.

DIAS, Maria Berenice. **Revista dos Tribunais,** 2015.

LUZ, J. P. N. Mulher e história: a luta contra a violência doméstica**. 2016. Disponível em: https://jessicapalomaneckelluz.jusbrasil.com.br/artigos/217241864/mulher-e-historia-a-luta- -contra-a-violencia-doméstica._Acesso em: 05 nov. 2021.**

MENEZES, Denise Badauy. **Mulheres Vítimas de Violência Doméstica e a sua Dependência para com os Agressores.** Disponível em: Acesso em: 27 nov. 2021.

OEA. **Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção interamericana para prevenir, punir erradicar a violência contra a mulher**. Convenção de Belém do Pará', 1994. Disponível em: <http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm.> Acesso em: 02 nov. 2021.

OLIVEIRA, Márcio Batista de. **Lei Maria da Penha, pelo direito a uma vida sem violência.** Revista Âmbito jurídico, Rio Grande, XLX, 90 jul. 2011.

OMS - Organização Mundial da Saúde. Relatório mundial sobre violência e saúde**. Genebra, 2002. Disponível em: <https://portaldeboaspraticas.ifffi ocruz.br/wp-contente>. Acesso em 28 de abril de 2022.**

SOUZA, Giselle. **TJES lança botão do pânico contra a violência doméstica.** Abril. 2013. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/24280-tjes-lanca-botao-do-panico-contra-a-violencia-doméstica>. Acesso: 03 nov. 2021.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

O CONTROLE DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO EM PRORROGAÇÕES DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

FELIPE MIRANDA FERRARI PICOLO: Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2016). Pós-graduado em Direito Administrativo pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo – FGV/SP (2018). Mestrando em Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP (2020-2022). Advogado.

RESUMO: Este artigo tem por objetivo avaliar sistematicamente a jurisprudência do Tribunal de Contas da União em matéria de prorrogação de contratos administrativos. A Constituição da República prevê a competência do Tribunal de Contas da União para avaliar a legalidade de atos administrativos e, caso a autoridade não tome providências para corrigir o ato impugnado, sustá-los. Em processos que avaliaram prorrogações contratuais, o Tribunal de Contas da União determinou, diversas vezes, que a autoridade se abstivesse de prorrogar contratos, além de aplicar penalidades a autoridades que deram ensejo a prorrogações ilícitas. Com base na sistematização dos precedentes, foi possível extrair condicionantes à prorrogação derivadas da interpretação do órgão de controle e do próprio sistema normativo.

Palavras-chaves: Contratos administrativos. Prorrogações. Controle externo. Tribunal de Contas da União. Requisitos para a prorrogação.

ABSTRACT: This article aims to systematically assess the case law of the Federal Court of Auditors regarding the extension of administrative agreements. The Federal Constitution provides that the Federal Court of Auditors has powers to assess the legality of administrative acts and, if the corresponding authority does not take steps to correct the contested act, suspend them. In proceedings that evaluated agreements extensions, the Federal Court of Auditors ruled, on several occasions, that the authority should refrain from extending agreements, in addition to applying penalties to authorities that gave rise to illegal extensions. Based on the systematization of the precedents, it was possible to extract conditions for the extension derived from the interpretation of the oversight authority and the normative system itself.

Keywords: Administrative agreements. Extensions. Oversight authority. Federal Court of Auditors. Requirements for extension.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Sumário: 1. Introdução. 2. Duração e prorrogação de contratos administrativos. 3. Análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União. 4. Conclusão.

1.Introdução

As peculiaridades envolvendo os contratos administrativos há muito são alvo de debates na comunidade acadêmica e nos tribunais em razão da evolução legislativa e da alteração de interpretações. Discute-se a existência de poderes extroversos da Administração Pública, os limites de alterações unilaterais, os efeitos de uma extinção antecipada pelo contratado, entre outros temas afetos aos contratos administrativos.

Um tema também em destaque diz respeito à prorrogação do prazo original dos contratos administrativos. Isso porque, como será explorado neste artigo, a legislação é vaga sobre o tema, especialmente em relação aos requisitos que devem ser cumpridos anteriores à formalização da prorrogação. Para avaliar os requisitos e limites à prorrogação dos contratos administrativos, é necessário realizar uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, assim como identificar situações nas quais a extensão da duração original não é autorizada.

Uma forma de exercitar essa análise é por meio da leitura e análise crítica de precedentes. E esse é o objetivo deste artigo: verificar como o Tribunal de Contas da União, no exercício de sua competência constitucional, atua e decide casos envolvendo prorrogações de contratos administrativos celebrados pela Administração Pública Federal.

O Tribunal de Contas da União é responsável por assistir o Congresso Nacional na fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração Pública Federal (artigo 71, *caput*). Trata-se do controle externo realizado pelo órgão em relação a qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária (artigo 70, parágrafo único).

Entre as suas competências assinaladas no artigo 71 da Constituição da República, destacam-se aquelas definidas nos incisos IX ("*assinar prazo para que o órgão ou a entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade*") e X ("*sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal*").

Em outros termos, compete ao Tribunal de Contas da União analisar a legalidade de atos administrativos e assinalar prazo para que as respectivas autoridades providenciem a regularização dos atos. Caso não o faça, o órgão pode sustar os efeitos do ato impugnado.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em sendo a prorrogação um ato administrativo bilateral,212 o controle externo do Tribunal de Contas da União pode avaliar a legalidade de prorrogações contratuais.

Assim, para identificar o estado da arte da jurisprudência do Tribunal de Contas da União, em matéria de prorrogações de contratos administrativos, mapeamos e analisamos acórdãos proferidos em processos de representações, auditorias e tomadas de contas sobre o tema. Para verificarmos os limites da competência do Tribunal de Contas da União em suas decisões, ou seja, se há casos em que o órgão determina a abstenção de prorrogar contratos ou se também há decisões anulando termos aditivos de prorrogações, avaliaremos quais as conclusões e determinações apresentadas nos precedentes.

2.Duração e prorrogação de contratos administrativos

A duração dos contratos administrativos encontra balizas no texto constitucional e infraconstitucional. Nos termos do artigo 167, § 1º, da Constituição da República, "*nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autoriza a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade*".

Esse mandamento é replicado na legislação relativa aos contratos administrativos: a Lei Federal 8.666, de 21 de junho de 1993 ("Lei 8.666/1993"), prevê que a duração dos contratos ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários (artigo 57, *caput*). De igual modo, a Lei 14.133, de 1º de abril de 2021 ("Lei 14.133/2021"), que substituirá a Lei 8.666/1993 para dispor sobre licitações e contratos administrativos, determina que a duração dos contratos será a prevista em edital, devendo ser observada, no momento da contratação e a cada exercício financeiro, a disponibilidade de créditos orçamentários, bem como a previsão no plano plurianual, quando ultrapassar um exercício financeiro (artigo 105).

Um aparte importante diz respeito a natureza do próprio contrato: a doutrina convencionou separá-los entre contratos de execução instantânea (ou por escopo) e contratos de execução continuada (ou por prazo).213 O prazo de vigência assume efeitos

212 "De toda maneira, a prorrogação, além de discricionária é ato bilateral, que depende da vontade do contratado. À Administração não é permitido impor ao contratado a prorrogação de contrato" (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 774).

213 "Alude-se a contratos de execução instantânea (ou de escopo) para indicar aqueles que impõe à parte o dever de realizar uma conduta específica e definida, limitada temporalmente e cuja execução satisfaz o crédito do credor e libera o devedor de outras prestações. (...) Já os contratos de execução continuada impõem à parte o dever de realizar uma conduta que se renova ou se mantém no decurso do tempo. O devedor está obrigado a realizar prestações com objeto definido e preciso, de modo reiterado e contínuo, durante um prazo determinado" (JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos* [livro eletrônico]. 18ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019).

diferentes de acordo com a natureza do contrato convencionado. Em um contrato de execução instantânea, como um contrato de empreitada ou de compra e venda, delimita-se um prazo necessário e adequado para a execução contratual. O cumprimento das obrigações contratuais, por ambas as partes, encerra a relação negocial, ainda que dentro da sua vigência.

Nos contratos de execução continuada, por sua vez, o contratado está obrigado a cumprir com as suas obrigações ao longo de toda a duração avençada. O contrato somente é extinto, portanto, após o advento do prazo contratual. São nessas espécies de contratos que o tema da prorrogação tem maior pertinência ao passo que a consequência da extensão da duração originalmente prevista impõe a manutenção no cumprimento das obrigações pelas partes.214

De todo modo, para ambos os casos, a regra geral é que os contratos administrativos tenham duração limitada a um ano, tanto da legislação vigente quanto da superveniente. Como a disposição constitucional autoriza investimentos que ultrapassem o exercício financeiro, desde que incluídos no plano plurianual, a Lei 8.666/1993 prevê tal possibilidade para projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no plano plurianual, os quais podem ser *prorrogados* se houver interesse da Administração e desde que isso tenha sido previsto no ato convocatório (artigo 57, I).

A Lei 8.666/1993 define outra hipótese na qual o prazo de um ano poderá ser prorrogado: é o caso dos contratos de execução contínua, ou seja, aqueles cujos serviços e/ou fornecimentos são necessários para atender necessidades permanentes ou prolongadas da Administração Pública, como, por exemplo, contratos de serviços de limpeza, segurança ou de tecnologia da informação e comunicação. Nestes casos, os contratos poderão ser prorrogados até o limite de sessenta meses (artigo 57, II).215

214 "Essa diferença é importante, entre outros aspectos, para definir o impacto da prorrogação de prazo em cada espécie contratual. Nos contratos por escopo, a ampliação do prazo constitui apenas dilação para que o pactuado originalmente seja executado. O objeto do contrato em si, seu escopo, não é alterado. A consequência é completamente distinta quando se trata de contrato por prazo. Ao dilatar o prazo de contrato dessa espécie, a alteração amplia o próprio objeto contratado" (CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. *Tratado de direito administrativo* [livro eletrônico]: licitações e contratos administrativos. v. 6, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019).

215 Excepcionalmente, os contratos de execução continuada podem ser prorrogados por mais doze meses, desde que o ato de prorrogação contenha a devida justificativa e autorização da autoridade superior, nos termos do artigo 57, § 4º, da Lei 8.666/1993.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A Lei 14.133/2021, por sua vez, determinou que os contratos de serviços e fornecimentos contínuos podem ser prorrogados sucessivamente até o prazo máximo de dez anos. Para tanto, deve haver previsão em edital e a autoridade competente deve atestar que as condições e os preços permanecem vantajosos para a Administração.216-217

Há de se destacar, também, outras duas possíveis hipóteses de contratações que não se submetem ao comando geral: a primeira exceção decorre do próprio artigo 57, *caput*, reproduzido acima. Relacionar a duração dos prazos contratuais à vigência dos créditos orçamentários ou planos orçamentários denota a existência de desembolsos de recursos públicos ao particular. Por consequência lógica, caso a contratação não envolva o dispêndio de verbas orçamentárias ao contratado, a duração do instrumento contratual não estará limitada ao disposto no artigo 57.218 É caso, por exemplo, de contratos de aluguel, comodato, doação e convênios (quando não exigirem repasses financeiros pelo contratante).

A segunda exceção está disposta no artigo 62, § 3º, da Lei 8.666/1993, ao prever que aos contratos de seguro, financiamento, locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado, bem como os contratos em que a Administração Pública seja parte como usuária de serviço público, aplicam-se somente o disposto nos artigos 55, 58 a 61 da Lei 8.666/1993. Como o legislador expressamente arrolou quais dispositivos legais regeriam tais contratações, e o fez sem citar o artigo 57, entende-se pela incompatibilidade com a regra geral da duração dos contratos.

Por sua vez, a legislação aplicável a contratos de concessão de serviços públicos (a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – "Lei 8.987/1995") não estipula uma duração máxima

216 Artigo 107 da Lei 14.133/2021.

217 A Lei 14.133/2021 também alterou a vigência dos contratos derivados de dispensa de licitação relacionados com questões de segurança nacional, defesa, desenvolvimento e inovação tecnológica, cuja duração poderá ser de até dez anos. Contratações que gerem receita e no contrato de eficiência que gere economia para a Administração poderão ter prazos de até dez anos, nos contratos sem investimentos, e até trinta e cinco anos, nos contratos com investimentos, assim considerados aqueles que impliquem a elaboração de benfeitorias permanentes, realizadas exclusivamente a expensas do contrato, que serão revertidas ao patrimônio da Administração Pública ao término do contrato (artigo 110, I e II).

218 "Há, demais disto, contratos que não implicam comprometimento de recursos orçamentários, como as concessões de obra ou serviço público. Nestes não concorrem as razões que impuseram a regra geral de limitação da duração à disponibilidade de créditos orçamentários. Assim, não sofrem a limitação apontada" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 650).

dos instrumentos contratuais, mas determina que estes devem prever, como cláusula essencial, o prazo da concessão e as condições para prorrogação dos contratos.219

Com isso, verifica-se que a legislação não expõe critérios claros e objetivos para a formalização da prorrogação dos prazos contratuais. Ela prevê que os instrumentos devem definir as regras para as prorrogações, e isso faz sentido na medida que cada contratação será planejada de acordo com as necessidades atuais e, se de possível determinação, futuras da Administração Pública. Por isso, é essencial verificar como o Tribunal de Contas da União se manifesta em processos relacionados a prorrogação de contratos administrativos.

Para tanto, o capítulo a seguir está estruturado de acordo com os principais temas abordados nos precedentes do órgão de controle, de modo que cada um corresponde a um requisito essencial para autorizar a prorrogação contratual.

3.Análise da jurisprudência do Tribunal de Contas da União

3.1. Inexistência de um direito subjetivo do particular

Um primeiro ponto digno de nota diz respeito ao silêncio da legislação sobre eventual obrigatoriedade de os contratos serem prorrogados caso preenchidos determinados requisitos pelo contratante. Em verdade, como mencionado no tópico anterior, a legislação adota o termo "poderão", e não "deverão", quando tratam sobre a prorrogação contratual. Tanto a interpretação literal quanto a sistêmica dos artigos legais sobre o tema conduzem à conclusão de que a prorrogação é uma discricionariedade do administrador.

Com efeito, o contratado não gozaria de um direito líquido e certo relativo à prorrogação de seu contrato, justamente pelo fato de a eventual prorrogação estar inserta

219 Outros setores são amparados por legislações específicas e que preveem as cláusulas essenciais de seus contratados em sentido similar à Lei 8.987/1995. Como exemplo, menciona-se a Lei 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações), que limita o prazo das concessões de telecomunicações em vinte anos "prorrogável por iguais períodos, sendo necessário que a concessionária tenha cumprido as condições da concessão e as obrigações já assumidas e manifeste expresso interesse na prorrogação, pelo menos, trinta meses antes de sua expiração" (artigo 99) e o Decreto 8.033, de 27 de junho de 2013 (Decreto dos Portos), que prevê o prazo de até setenta anos para concessões de portos organizados e trinta e cinco anos, prorrogáveis até o máximo de setenta anos, para arrendamento de instalação portuária (artigo 19, I e II), sendo necessário que o órgão fundamente a vantagem da prorrogação em relação à nova licitação de contrato de concessão ou arrendamento (artigo 19, § 1º) e o atendimento aos requisitos no § 3º do artigo 19.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

no campo da discricionariedade da Administração Pública.220 Essa, inclusive, é a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal que estabelece que o contratado não tem direito subjetivo à prorrogação contratual, mas somente a mera expectativa de direito.221

O reconhecimento da inexistência de direito subjetivo da prorrogação traz duas consequências nos processos conduzidos pelo Tribunal de Contas da União. A primeira, e mais óbvia, diz respeito a processos nos quais os contratados pleiteiam o reconhecimento do direito de prorrogação contratual.

A segunda consequência é a suposta legitimidade de os particulares participarem dos processos administrativos nos quais o Tribunal de Contas da União determina que os órgãos contratantes se abstenham de prorrogar os contratos. No entendimento do Tribunal de Contas da União, o fato de o órgão de controle não oportunizar a manifestação do contratado nos autos não viola os princípios do devido processo legal ou do contraditório, tampouco cerceia a sua defesa, afinal, a prorrogação representa ato administrativo discricionário da Administração.222

Desta forma, os acórdãos do Tribunal de Contas da União determinam que os particulares não precisam ser previamente consultados ou ouvidos diante de manifestação do órgão de controle ao órgão jurisdicionado.

3.2. Previsão expressa em contrato e edital

Um requisito formal para autorizar eventual prorrogação de contratos administrativos está relacionado com a sua previsão em instrumento convocatório e no contrato administrativo. Trata-se do princípio da vinculação ao instrumento convocatório definidos nos artigos 3º, 41 e 55, XI, da Lei 8.666/1993, segundo o qual o edital deve conter todas as regras do certame licitatório e, também, da própria execução contratual de modo

220 "A Administração não está obrigada a prorrogar os contratos de prestação de serviços contínuos, ainda que dentro das hipóteses e nas situações autorizadas pela Lei nº 8.666/93. Isso porque, como dito, a validade da prorrogação depende das vantagens propiciadas por ela. Ora, a análise das vantagens ou desvantagens da prorrogação equivale à análise da sua conveniência e da oportunidade, o que toca ao núcleo da discricionariedade, uma vez que os agentes dispõem de margem de liberdade para realizar tal juízo". (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 774).

221 Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, MS 33.983-AgR, Ministro Relator Luís Roberto Barroso, Data do Julgamento: 10/05/2016; Supremo Tribunal Federal, Plenário, MS 26.250, Ministro Relator Ayres Britto, Data do Julgamento: 12/03/2010.

222 Acórdão 12.280/2019, 2ª Turma; Acórdão 776/2018, Plenário; Acórdão 214/2017, Plenário; Acórdão 1.477/2016, Plenário, Ministra Relatora Ana Arraes, Data da Seção: 08/06/2016.; Acórdão 1.386/2012, Plenário; Acórdão 1.084/2012, Plenário.

que nenhum licitante formule suas propostas em desacordo com aquilo que se exigirá ou permitirá do futuro contratado.223

Não obstante, a Lei 8.666/1993, em seu artigo 57, I, prevê que os projetos cujos produtos estejam contemplados nas metas estabelecidas no Plano Plurianual poderão ser prorrogados se houver interesse da Administração e desde que haja previsão no ato convocatório. Ainda que se alegasse que o artigo 57, I, não se aplicava aos demais contratos administrativos, o artigo 92 da Lei 8.666/1993, em sua redação original e alterada pela Lei 8.883/1994, definia que a prorrogação contratual sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais configurava crime, cuja pena seria de detenção, de dois a quatro anos, e multa.

A Lei 14.133/2021 também estabeleceu que os contratos de serviços e fornecimentos contínuos podem ser prorrogados sucessivamente, mas condicionou essa possibilidade a previsão expressa em edital (artigo 107). Apesar de ter revogado o artigo 92 da Lei 8.666/1993, a Lei 14.133/2021 alterou o Código Penal Brasileiro para incluir redação semelhante àquela então vigente.224

E com base nesse racional, o Tribunal de Contas da União tem se manifestado pela impossibilidade de a Administração Pública prorrogar contratos sem previsão expressa em edital e/ou minuta de contrato, ainda que por reequilíbrio econômico-financeiro. Em relatório de acompanhamento do contrato de concessão da BR-040/MG-RJ, o órgão de controle determinou que o poder concedente se abstivesse de "*prorrogar concessões de serviços públicos, ainda que em razão de reequilíbrio econômico-financeiro, sem expressa autorização no instrumento convocatório e no contrato de concessão original, em*

223 A vinculação ao instrumento convocatório cumpre triplo objetivo. De um lado, aferra a Administração ao Direito, na medida em que a sujeita ao respeito de seus próprios atos. De outro, impede a criação de etapas ad hoc ou a eleição, depois de iniciado o procedimento, de critérios de habilitação ou julgamento destinados a privilegiar licitantes. Por fim, evita surpresas para estes, que podem formular suas propostas com inteira ciência do que deles pretende o licitador. Após o início da licitação, a única surpresa para os licitantes deve ser quanto ao conteúdo das propostas de seus concorrentes (SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contrato administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1994, p. 21).

224 Art. 337-H do Código Penal: "Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do contratado, durante a execução dos contratos celebrados com a Administração Pública, sem autorização em lei, no edital da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade: Pena - reclusão, de 4 (quatro) anos a 8 (oito) anos, e multa".

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

cumprimento ao disposto nos arts. 3º, 41, 55, XI, da Lei 8.666/1993, e 14 da Lei 8.987/1995".225

Nesse mesmo sentido, o Tribunal de Contas da União determinou a incompatibilidade com o ordenamento jurídico a prorrogação do contrato de concessão da BR-116/RJ/SP como instrumento para reequilibrar novos investimentos previstos pela agência reguladora. De acordo com o órgão, não seria lícito prorrogar contrato sem a existência de previsão expressa em edital/contrato mesmo que com o propósito de incluir novos investimentos por "*risco de burla ao procedimento licitatório e de descaracterização do objeto do contrato de concessão em razão da inclusão, ao final da Concessão da BR-116/RJ/SP, dos investimentos previstos pela Agência Nacional de Transportes Terrestres na Audiência Pública 5/2016*".226

3.3. Vedação à prorrogação posterior ao término de vigência

Ainda que o instrumento convocatório e o contrato prevejam a possibilidade de o contrato ser prorrogado, a formalização da extensão do prazo deve ocorrer em momento anterior ao término da vigência original. É dizer: a prorrogação não pode operar após o esgotamento do prazo original, pois a Administração Pública estaria prorrogando negócio jurídico formalmente extinto.227 Como consequência, a Administração Pública deveria conduzir novo processo licitatório para contratar a prestação de serviços ou fornecimento de bens ou instruir nova contratação direta, caso aplicável.

Essa orientação é consolidada nos precedentes do Tribunal de Contas da União ao avaliarem prorrogações formalizadas, via termo aditivo, com data posterior ao término do prazo original do contrato. Em processo de auditoria conduzido pelo plenário do órgão de controle com relação a contratos de empreitada para construção do Canal do Sertão, o setor técnico do Tribunal de Contas da União identificou que diversos termos aditivos

225 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 738/2017, Ministro Relator Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 12/04/2017.

226 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 2.247/2018, Ministro Relator Augusto Nardes, Data da Seção: 26/09/2018.

227 "Término do prazo: a extinção do contrato pelo término de seu prazo é a regra nos ajustes por tempo determinado, nos quais o prazo é de eficácia do negócio jurídico contratado, de modo que, uma vez expirado, extingue-se o contrato, qualquer que seja a fase de execução de seu objeto (...). A expiração do prazo de vigência, sem prorrogação, opera de pleno direito a extinção do contrato. O contrato extinto não se prorroga nem se renova, exigindo novo ajuste para a continuação das obras, serviços ou fornecimentos anteriormente contratados". (MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*, 20ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pp. 216-217).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

haviam sido formalizados e publicados em imprensa oficial após o esgotamento do respectivo prazo original.228

Com efeito, o Tribunal de Contas da União determinou que o órgão contratante não prorrogasse novamente o instrumento contratual em questão e impôs multa aos responsáveis pela intempestividade na formalização do termo aditivo.229

Destaca-se que a despeito da irregularidade e da aplicação de sanção, o Tribunal de Contas da União tende a avaliar a pertinência da continuidade dos contratos prorrogados após o término da vigência. Isso já ocorreu em casos nos quais o Tribunal de Contas da União ponderou "que o lapso de tempo foi pequeno" e, portanto, seria "mais apropriado, nesta oportunidade, o encaminhamento de determinação saneadora à entidade"230 e "porque não seria razoável prejudicar a comunidade destinatária do investimento estatal em razão da inércia do agente em evitar a execução do objeto de inquestionável interesse social sem a devida cobertura contratual formal".231

3.4. Análise da vantajosidade da prorrogação contratual

Um dos principais pontos de discussão em matéria de prorrogação de contratos administrativos está relacionado com a demonstração da vantajosidade da medida vis-à-vis uma nova contratação, seja por intermédio de processo licitatório seja por contratação direta. Como a extinção do contrato após o advento do termo contratual é a regra, impõe-se que a exceção (prorrogação) seja motivada com argumentos técnicos e econômicos.

Este é o *motivo* do ato administrativo da prorrogação contratual, ou seja, um dos seus requisitos de validade sem o qual tornará o ato nulo.232 Não basta, contudo, que o

228 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 2.143/2015, Ministro Relator Raimundo Carreiro, Data da Sessão: 26/08/2015.

229 Nesse mesmo sentido: Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 1.335/2009, Ministro Relator Raimundo Carreiro, Data da Sessão: 17/06/2009; Tribunal de Contas da União, Primeira Câmara, Acórdão de Relação 728/2008, Ministro Relator Marcos Vinicios Vilaça, Data da Sessão: 18/03/2008; Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 66/2004, Ministro Relator Adylson Motta, Data da Sessão: 04/02/2004.

230 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 1.866/2008, Ministro Relator Guilherme Palmeira, Data da Sessão: 03/09/2008.

231 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 127/2016, Relator Ministro André de Carvalho, Data da Sessão: 27/01/2016.

232 "Motivo é o pressuposto de fato que autoriza ou exige a prática do ato. É, pois, a situação do mundo empírico que deve ser tomada em conta para a prática do ato. Logo, é externo ao ato. Inclusive o antecede. Por isso não pode ser considerado como parte, como elemento do ato. O motivo pode ser previsto em lei

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

órgão contratante instrua o processo de prorrogação contratual indicando genericamente que a extensão do prazo atende ao interesse público.

De acordo com precedentes do Tribunal de Contas da União, na demonstração da vantajosidade em renovação de contratos de serviços de natureza continuada "*deve ser realizada ampla pesquisa de preços, priorizando-se consultas a portais de compras governamentais e a contratações similares de outros entes públicos, utilizando-se apenas subsidiariamente a pesquisa com fornecedores*".233 E essa pesquisa de preços deve priorizar o Portal de Compras Governamentais e contratações similares de outros entes públicos ao invés de pesquisas realizadas diretamente com fornecedores ou sítios eletrônicos especializados ou de domínio amplo.234

Como consequência da análise da vantajosidade precária ou inexistente, sob a perspectiva econômica, o Tribunal de Contas da União (i) condiciona a prorrogação contratual à demonstração da vantajosidade dos preços,235 (ii) exige que o órgão contratante desenvolva estudos para incluir comparações entre o percentual de desconto embutido nos preços contratados e os descontos médios que estão sendo efetivamente praticados pelo mercado no momento da renovação do ajuste236 e (iii) impõe multas aos agentes envolvidos.237

Para além da vantajosidade econômico-financeira, a Administração Pública deve demonstrar a vantajosidade técnica da prorrogação contratual. Isso significa que não basta a comprovação de preços de mercado compatíveis ou inferiores aos praticados no momento da renovação, mas também que as condições técnicas sejam favoráveis ao

ou não. Quando previsto em lei, o agente só pode praticar o ato se houver ocorrido a situação prevista. (...) Além disto, em todo e qualquer caso, se o agente se embasar na ocorrência de um dado motivo, a validade do ato dependerá da existência do motivo que houver sido enunciado. Isto é, se o motivo que invocou for inexistente, o ato será inválido. É esta vinculação do administrador ao motivo que houver alegado que se conhece doutrinariamente como 'teoria dos motivos determinantes' (...)" (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 405).

233 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 1.604/2017, Relator Ministro Vital do Rêgo, Data da Sessão: 26/07/2017.

234 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 1.445/2015, Relator Ministro Vital do Rêgo, Data da Sessão: 10/06/2015.

235 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 1.002/2015, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão: 29/04/2015.

236 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 1.464/2019, Relator Ministro Walton Alencar Rodrigues, Data da Sessão: 26/06/2019. Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 3.302/2014, Relator Ministro Marcos Bemquerer, Data da Sessão: 26/11/2014.

237 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 1.047/2014, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão: 23/04/2014.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

contratante. Em outras palavras, se as condições contratuais se mostrarem ultrapassadas ou desvantajosas ao órgão público, a mera comprovação dos benefícios econômicos não será suficiente.238

3.5. Manutenção dos requisitos de habilitação da contratação

Nos termos do artigo 55, XIII, da Lei 8.666/1993 e do artigo 92, XVI, da Lei 14.133/2021, são necessárias em todo contrato cláusulas que estabeleçam a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições exigidas para a habilitação e qualificação exigidas na licitação ou na contratação direta.

Exige-se, portanto, que ao longo da execução contratual, o contratado mantenha, conforme o caso, a condição de habilitação jurídica, qualificação técnica e econômico-financeira e regularidade fiscal e trabalhista, além do cumprimento do disposto no inciso XXXIII do artigo 7º da Constituição da República. E isso, enquanto cláusula essencial dos contratos administrativos, deve ser observado não somente ao longo da vigência contratual original, mas também em caso de prorrogação do contrato.

Em processo de representação julgado pelo Tribunal de Contas da União, o Plenário avaliou se haveria irregularidade na prorrogação de contrato de prestação de serviços contínuos diante da perda da condição de habilitação da contratada.239 No caso, constatou-se que a contratada teria sido declarada inidônea durante a execução contratual, razão pela qual não caberia a extensão do prazo de vigência, "*pois a contratada deixou de atender os requisitos do art. 55, inciso XIII, da Lei 8.666/1993*".

Com efeito, o Tribunal de Contas da União determinou que o órgão contratante se abstivesse de prorrogar o contrato em questão, uma vez que a contratada não preenchia os requisitos contratuais e legais para seguir prestando serviços à Administração Pública. Apesar da falta de precedentes ratificando esse entendimento, é possível verificar a existência de um requisito elementar na prorrogação de contratos administrativo: a

238 "[a] prorrogação somente se justifica se a Administração por meio dela consegue obter condições vantajosas. A finalidade da prorrogação de tais contratos reside na obtenção de vantagem. Se não houver vantagem, não se atinge a finalidade pressuposta na Lei e, por via de consequência, o ato de prorrogação é eivado por desvio de finalidade" (NIEBUHR, Joel de Menezes. *Licitação pública e contrato administrativo*. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 773).

239 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 1.246/2020, Relator Ministro Benjamin Zymler, Data da Sessão: 20/05/2020.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

comprovação, por parte do contratado, de que os requisitos exigidos à época da contratação foram mantidos ao longo da execução contratual.

Trata-se de um requisito implícito à prorrogação dos contratos administrativos. Isso porque, ainda que não haja comando normativo impondo a comprovação dos requisitos de habilitação e regularidade no momento da prorrogação, a interpretação sistêmica da legislação atinente às contratações públicas conduz à conclusão de que o órgão contratante deve exigir que o contratado demonstre o preenchimento das mesmas condições à época da contratação como condição precedente à prorrogação contratual.

3.6. Manutenção dos pressupostos da contratação por inexigibilidade de licitação

A prorrogação de contratos celebrados por inexigibilidade de licitação também contém seus requisitos próprios, além daqueles mencionados anteriormente. Afinal, a inviabilidade de competição que motiva a contratação direta, nos termos do artigo 25 da Lei 8.666/1993 e artigo 74 da Lei 14.133/2021, pode sofrer alterações ao longo do tempo. Dessa forma, uma contratação de serviços por prestador exclusivo, por exemplo, pode não encontrar mais respaldo em sua justificativa original caso novos entrantes no mercado alterem esse cenário fático.

Em processo de representação em face de possíveis irregularidades na prorrogação de contrato de disponibilização de provedor de serviço de aplicação e serviços profissionais de tecnologia e informação, decorrente de contratação por inexigibilidade de licitação, o Tribunal de Contas da União asseverou que o órgão contratante não efetuou "*pesquisas prévias suficientes a demonstrar, de forma cabal, inequívoca, que nenhuma outra solução poderia atender aos objetivos pretendidos com a contratação, para fins de eventual prorrogação*".240

Diante da ausência de motivação adequada, isto é, de comprovação irrefutável de que a solução contratada originalmente se manteve como a única capaz de anteder às necessidades da Administração Pública, o órgão de controle determinou que o contratante se abstivesse de realizar a prorrogação do contrato "*caso seja confirmada a existência de outras soluções e fornecedores capazes de atender aos requisitos, especificações e funcionalidades reputados essenciais e necessários*". E caso confirmada a hipótese de haver outros prestadores ou fornecedores, a Administração Pública deveria promover o devido processo licitatório.

Não obstante, o Tribunal de Contas da União também analisou processo de auditoria de conformidade envolvendo prorrogação de contrato de natureza continuada

240 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 555/2016, Relator Ministro Augusto Sherman, Data da Sessão: 09/03/2016.

prorrogado para além do limite de sessenta meses.241 Nesse caso, o contratante sustentou que as prorrogações sucessivas deram ensejo à vigência superior a nove anos em razão da manutenção do requisito da inviabilidade de competição. Por considerar que o artigo 57 da Lei 8.666/1993 não autorizava a prorrogação eterna de contratos de natureza continuada, o Tribunal de Contas da União determinou que o contratante observasse o prazo limite de sessenta meses para os contratos de natureza continuada e evitasse prorrogações indevidas.

Além disso, o órgão ressaltou que o contratante deveria "*promover a celebração de um novo contrato de inexigibilidade (renovação, que importa na extinção do primeiro contrato, com sua substituição por outro, cumprindo rigorosamente os preceitos dos arts. 25 e 26 da Lei 8.666/93*". Em outros termos, o contratante deve instruir novo processo administrativo para formalizar a nova contratação direta, por meio da qual será comprovada a inviabilidade de competição, por pareceres técnicos e jurídicos, justificado o preço da contratação e indicada a previsão de recursos orçamentários.

4.Conclusão

A análise sistemática dos precedentes do Tribunal de Contas da União e das suas respectivas determinações permitiu delimitarmos os principais requisitos em matéria de prorrogação de contratos administrativos.

Dois aspectos essenciais – e não necessariamente definidos como condições – são anteriores ao próprio ato de prorrogação contratual: Em razão da natureza jurídica da prorrogação (ato administrativo bilateral) exige-se a manifestação de vontade das partes, não sendo admissível a imposição da vontade da Administração Pública ao particular (e vice-versa). E justamente pelo fato de não ser possível que o particular exija da Administração Pública a prorrogação contratual, tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o Tribunal de Contas da União têm entendimento consolidado pela inexistência de direito subjetivo do contratado à prorrogação.

Para além destes aspectos, a jurisprudência demonstra que o edital e o contrato administrativo devem conter previsão expressa autorizando a prorrogação em respeito ao princípio da vinculação ao instrumento convocatório. O momento da prorrogação também é alvo de críticas do Tribunal de Contas da União: a formalização do termo aditivo deve,

241 Tribunal de Contas da União, Plenário, Acórdão 1.725/2008, Relator Ministro Augusto Sherman, Data da Sessão: 20/08/2008.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

obrigatoriamente, ocorrer antes do advento do prazo original, afinal não seria lícito prorrogar ato jurídico extinto, ainda que haja interesse das partes.

A comprovação da vantajosidade da prorrogação é um dos temas mais debatidos pelo órgão de controle: é demonstração inequívoca do motivo do ato administrativo, tanto pelo aspecto econômico-financeiro, quanto pelo aspecto técnico. O ônus de comprovar a vantajosidade da medida é do administrador, que deve instruir o processo administrativo da prorrogação com elementos tais quais a pesquisa de preço em Portal de Compras Governamentais, contratações similares de outros entes públicos e notas técnicas indicando a vantajosidade da manutenção dos serviços prestados ou bens fornecidos à Administração Pública.

O penúltimo requisito para a prorrogação diz respeito à demonstração, pelo contratado, de que as condições de habilitação e regularidade exigidas à época da contratação (por licitação ou contratação direta) se mantêm. Por fim, em caso de contratação direta por inexigibilidade de licitação, o órgão contratante deve comprovar que a situação de inviabilidade de competição persiste.

Quanto às determinações do Tribunal de Contas da União, não identificamos nenhum precedente no qual o órgão de controle impôs a anulação de ato de prorrogação contratual ou de termo aditivo formalizando a extensão do prazo. Ao verificar um processo de prorrogação irregular, mas ainda sem a respectiva formalização, o órgão de controle determina que a autoridade se abstenha de prorrogar o contrato até que a situação seja regularizada ou que esta promova novo processo licitatório, conforme o caso. E ao identificar ilegalidades após a formalização da prorrogação contratual, o Tribunal de Contas da União aplica penalidade de multa aos envolvidos na prorrogação e determina que a autoridade se abstenha de prorrogar novamente o contrato em questão ou em condições similares.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 32ª edição. São Paulo: Malheiros, 2015.

CÂMARA, Jacintho Arruda; NOHARA, Irene Patrícia. Tratado de direito administrativo [livro eletrônico]: licitações e contratos administrativos. v. 6, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

GUIMARÃES, Felipe Montenegro Viviani. Prorrogação por interesse público das concessões de serviço público. São Paulo: Quartier Latin, 2018.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à lei de licitações e contratos administrativos [livro eletrônico]. 18ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro, 20ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NIEBUHR, Joel de Menezes. Licitação pública e contrato administrativo. 3ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. Licitação e contrato administrativo, São Paulo: Malheiros, 1994.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

NANOTECNOLOGIA A LUZ DA RESPONSABILIDADE CIVIL: RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS CAUSADOS POR NANOTECNOLOGIA AO MEIO AMBIENTE E AO SER HUMANO

FRANCULINO JOSÉ DA SILVA FILHO: Advogado graduado pelo Instituto Camillo Filho (ICF), pós-graduando em Direito Civil e Processo Civil e em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Superior de Advocacia (ESA - OAB-PI).

RESUMO: Este trabalho tem como objetivo fazer uma análise das nanotecnologias e sua repercussão no Direito, abordando mais especificamente o tema da responsabilidade civil diante dos possíveis danos causados por essa nova tecnologia. A nanotecnologia vem com a promessa de fazer uma revolução em todos os campos da sociedade onde ela atua, otimizando e barateando serviços e produtos de forma surpreendente, mas como toda inovação tecnológica tem seus pontos positivos e negativos. Abordamos temas como a falta de legislação especifica que regulamenta essa matéria, as dificuldades em reconhecer o dano advindo de nanotecnologias, os possíveis danos que ela pode causar ao ser humano e ao meio ambiente. Para tanto, adotou-se uma metodologia de pesquisa de natureza qualitativa com o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Nanotecnologia. Responsabilidade civil. Direito Ambiental.

INTRODUÇÃO

Nos últimos séculos a sociedade passou por grandes transformações em todos os seus segmentos e a ciência de forma geral é uma das forças propulsoras de todas essas transformações. A cada dia que passa os avanços e inovações das tecnologias parecem nos mostrar que não têm limites. Diante deste cenário de transformações e inovações surgiram as nanotecnologias com a promessa de ser a "tecnologia do futuro" fazendo uma revolução nas varias áreas de atuação do ser humano.

A abordagem da nanotecnologia a luz da responsabilidade civil se justifica pelo fato da potencialidade de danos que as nanotecnologias podem causar ao ser humano e ao meio ambiente. A importância deste tema advém do fato das nanotecnologias serem uma tecnologia nova potencialmente danosa e a inexistência de uma legislação especifica que regulamente o tema e trace parâmetros básicos para uma maior segurança do ser humano e do meio ambiente.

Para se ter uma maior abrangência sobre o tema, a problemática deste trabalho é fazer uma analise geral das nanotecnologias e sua repercussão na responsabilidade civil.

Partido da hipótese de danos causados por nanotecnologias, analisaremos a aplicação da legislação geral na falta de uma legislação especifica sobre o tema, bem como analise dos pressupostos da responsabilidade civil e tipo de responsabilidade. Além disso, verificaremos quem deve ser responsabilizado e indenizar os danos provocados por nanotecnologias.

Este trabalho tem como objetivo geral fazer uma analise da responsabilidade civil de danos causados por nanotecnologias. Abordaremos de forma especifica a potencialidade danosa das nanotecnologias, a aplicação da legislação geral na falta de uma legislação especifica sobre o tema, o tipo de responsabilidade civil, as dificuldades de se reconhecer os danos causados ao ser humano e ao meio ambiente e apontar possíveis caminhos a serem seguidos.

O trabalho foi dividido da seguinte maneira: conceito e aspectos históricos das nanotecnologias; a falta de legislação especifica sobre o tema e a aplicação da legislação geral; projetos de lei que visam a regulamentação do tema; danos causados por nanotecnologias ao ser humano e ao meio ambiente; o direito à informação e a proteção do consumidor previsto no CDC; e as dificuldades de reconhecer os danos causados por nanotecnologias e estabelecer o nexo causal.

Como metodologia de pesquisa adotou-se um estudo de natureza qualitativa com o procedimento técnico de pesquisa bibliográfica. Serão utilizadas como fontes da pesquisa bibliográfica a legislação, a doutrina, princípios, relatórios, livros e artigos publicados em revistas científicas e na rede mundial de computadores.

2 CONCEITO E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NANOTECNOLOGIA

Antes de adentrar nos aspectos históricos da nanotecnologia é necessário fazer algumas considerações, bem como conceitua-la. Nanotecnologia pode ser definida como sendo "a compreensão e o controle da matéria em dimensões aproximadamente entre 1 e 100 nanômetros" (BORJES, ENGELMANN e GOMES, 2014, p. 6). A nanotecnologia pode ser conceituada também como a manipulação de "átomos e moléculas para realizar processos, construir coisas ou construir seres vivo" em uma escala de nanômetros (GUAZZELLI e PEREZ, 2009, n.p)

A nanotecnologia não é apenas uma nova tecnologia e sim o estudo e manipulação de matéria em uma escala de 1 a 100 nanômetros. O nanômetro (representado pelas letras nm) é uma unidade de medida utilizado pelo sistema internacional de unidades (SI), o prefixo nano vem do grego *nanos*, que significa anão (BORJES, ENGELMANN, e GOMES, 2014, p. 6). Segundo Guazzelli e Perez (2009, n.p):

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> A chamada nanotecnologia é um termo abrangente que engloba muitas áreas de pesquisa e de manipulação de objetos medidos em nanômetros. É, na verdade, um conjunto de conhecimentos e de tecnologias – as nanotecnologias. Também são chamadas de tecnologias em nano escala. Então, nanotecnologia refere-se a coisas extremamente pequenas, invisíveis ao olho nu e a quaisquer outros instrumentos, exceto aparelhos muito poderosos. É uma palavra relativamente nova, desconhecida da grande maioria da população. A nanotecnologia manipula átomos e moléculas para realizar processos, construir coisas ou construir seres vivos. Ela funciona re-arranjando a matéria na escala de átomos, que são a forma estrutural mais elementar de qualquer coisa ou de qualquer ser vivo. A "matéria-prima" usada pela nanotecnologia são os elementos químicos da Tabela Periódica – os blocos básicos de construção de tudo quanto existe - tanto animado (que tem vida) quanto inanimado (não vivo).

A manipulação da matéria em nanoescala jamais tinha sido realizada pelo ser humano. A construção e desenvolvimento de aparelhos cada vez mais potente possibilitou a manipulação da matéria cada vez mais em uma escala menor.

Para se ter uma ideia do tamanho de um nanômetro (nm) podemos afirmar que ele equivalente a uma bilionésima parte de um metro ou a uma milionésima parte de milímetro. Segundo a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI (2010, p.11), um nanômetro "é aproximadamente 100 mil vezes menor do que o diâmetro de um fio de cabelo, 30 mil vezes menor que o diâmetro de um fio de teia de aranha ou 700 vezes menor que um glóbulo vermelho."

Historicamente podemos afirmar que a primeira pessoa a apresentar uma ideia do que seria a nanotecnologia foi Richard Feymann em 1957, numa palestra intitulada "*There's plenty of room at the bottom: invitation to enter a new field of Physics*" ("Há muito espaço lá em baixo: convite para entrar num novo campo da Física"). Nesta palestra Feymann apresenta as possíveis e incríveis possibilidades de se trabalhar com materiais em escala atômica (FIGUEIREDO, 2006, p.12).

É importante ressaltar que, embora a ideia do que seria a nanotecnologia ter sido apresenta por Feymann, o termo nanotecnologia foi utilizado pela primeira vez, em 1974, pelo professor Norio Taniguchi da Universidade de Tóquio (FIGUEIREDO, 2006, p.12). Nesse sentido (EMBRAPA, 2022, n.p):

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> A palavra usada para denominar essa ciência em nanoescala sugerida por Feynman, ou mais precisamente, o termo nanotecnologia, surgiu apenas em 1974, quando um pesquisador da Universidade de Tóquio, Norio Taniguchi, fez a distinção entre engenharia em escala micrométrica (por exemplo: a microeletrônica) e o novo campo da engenharia, em escala submicrométrica, que estava começando a emergir (FISHBINE, 2002; TANIGUCHI, 1996). Avanços significativos em nanotecnologia não foram notados até o início da década de 1980, devido à ausência de novos instrumentos que permitissem a nanomanipulação, como por exemplo, os microscópios de varredura por sonda (SPM), de varredura por tunelamento (STM), de campo próximo (NFM) e de força atômica (AFM). Esses instrumentos vêm promovendo os "olhos" e os "dedos" necessários para medir e manipular materiais em escala nanométrica (FISHBINE, 2002; SAKAKI, 1999), permitindo assim manipular átomos, moléculas, proteínas, DNA, etc.

Atualmente as nanotecnologias vêm sendo aplicada nas mais diversas áreas da vida do ser humano, como em produtos para o mercado de consumo, medicina, eletrônica, ciência da computação, física, química, biologia, engenharia dos materiais entre várias outras áreas, para aperfeiçoar e dar novas caraterísticas e funções trazendo grandes vantagens.

As nanotecnologias têm suas desvantagens também, pois ela pode trazer riscos ao ser humano e ao meio ambiente ante a ausência de estudos científicos de longo prazo que demonstrem as consequências da manipulação da matéria nessa escala. Ressalta-se que o Brasil não tem legislação especifica regulamentado a nanotecnologia, diante deste panorama e que se passa agora a análise da falta de legislação e aplicação da legislação geral ao tema.

3 FALTA DE LEGISLAÇÃO ESPECIFICA SOBRE O TEMA E APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO GERAL

As normas jurídicas, de maneira geral, têm a função de regulamentar e organizar a vida do ser humano em sociedade garantindo assim a segurança jurídica. Dentro do sistema jurídico geral temos os micros sistemas que regulamentam áreas ou temas específicos. As nanotecnologias são um tema interdisciplinar que se encontra sem uma regulamentação especifica. No Congresso Nacional existem quatro projetos de lei para regulamentar o tema: os Projetos de Leis n. 5.076/2005 e 131/2010, ambos já foram

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

arquivados, e os Projetos de Leis n. 6.741/2013 e 5.133/2013, estão em tramitação (BRASIL, 2015, n. p).

O Projeto de Lei nº 6.741/2013 "cria a Política Nacional de Nanotecnologia voltada ao incentivo à pesquisa, desenvolvimento tecnológico e controle pelo Poder Público dos riscos e impactos" (BRASIL, 2015, n. p); já o Projeto de Lei n. 5.133/2013 "cria a obrigatoriedade de inserir no rótulo de todos os produtos à base de nanotecnologias" (Engelmann, 2015, n. p). Percebe-se que o Brasil não tem uma legislação especifica sobre as nanotecnologias.

Em relação a responsabilidade civil, o Projeto de Lei n. 6.741/2013 que está em tramitação na Câmara dos Deputados, no seu art. 19 traz a seguinte disposição:

> Art. 19 São responsáveis pelos danos oriundos de atividades desenvolvidas com o uso de processos, produtos ou derivados de nanotecnologia, as instituições coordenadoras das atividades, pessoas físicas e jurídicas, ressalvado o direito de regresso.
>
> Parágrafo único. O Poder Público é solidário pelo dano quando no exercício irregular de suas atribuições de registro, elaboração de planos de monitoramento e fiscalização, e demais atos atribuídos por esta Lei. (BRASIL, 2015, n. p)

O dispositivo citado acima tentar abranger o maior número possível de pessoas que podem vir a ser responsabilizas, inclusive o poder público, de forma solidária quando atuar no exercício irregular das atribuições que a lei lhe confere.

Diante de um dano causado por nanotecnologias e da falta de legislação especifica sobre o tema podemos aplicar a legislação geral de responsabilidade civil como a Constituição Federal de 1988, o Código Civil, o Código de Defesa do Consumidor e a legislação ambiental, mas a falta de legislação sobre nanotecnologia interfere na definição das linhas gerais e requisitos para uma maior segurança em relação às nanotecnologias.

Embora a legislação geral seja aplicada aos danos causados por nanotecnologia, uma legislação especifica sobre o tema se faz necessária, pois ela vai estabelecer conceitos, princípios, diretrizes, estabelecer responsabilidades e sanções civis e administrativas. Passamos agora ao estudo dos danos causados ao ser humano e ao meio ambiente.

4 DANOS CAUSADOS POR NANOTECNOLOGIA

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Embora não tenhamos estudos conclusivos sobre os danos e riscos que as nanotecnologias podem causar elas podem sim oferecer riscos saúde humana e ao meio ambiente, como bem esclarece Borjes, Engelmann e Gomes (2014, p. 10):

> Ainda que prematuros, os estudos decorrentes da utilização das nanotecnologias com o ar, a água e o solo demostram a potencialidade de ocorrência de riscos ambientais e riscos nos próprios seres humanos. A partir de testes realizados em cobaias (em animais, como peixe) constataram-se os seguintes danos: celebrais; suscetibilidade à coagulação do sangue; danos pulmonares; consequências graves na formação de embriões e danos ao fígado.

Os riscos de danos que as nanotecnologias podem causar são diversos, pois certos materiais em escalas nanométricas mudam de características, certos materiais chegam a ser explosivos. Nano partículas existem no meio ambiente naturalmente, mas existem materiais que não existem no tamanho de nano partículas no meio ambiente, elas são introduzidas pelo ser humano por meios das nanotecnologias podendo causar danos à saúde do ser humano e danos ao meio ambiente, conforme discorremos a seguir.

4.1 DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE

Os potenciais danos que as nanotecnologias podem causar ao meio ambiente são provocados pela chamada nano poluição que é liberação de nano materiais no ar, na água e no solo.

Quando uma nano partícula que não existe na natureza é liberada no meio ambiente pode acarretar sérios problemas, pois, a depender do tipo de partículas, ela pode entrar nas células de plantas e animais, e como essas partículas não existem na natureza podem trazer danos ainda desconhecidos. As nanotecnologias por representar o potencial dano ao meio ambiente se faz necessário à observância do princípio da precaução.

4.1.1 Princípio da Precaução

O princípio da precaução é um dos 27 princípios consignados na conferência das nações unidas para o meio ambiente e o desenvolvimento (MACHADO, 2014, p. 96) que traz a seguinte disposição:

> Com o fim de proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deverá ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos graves ou

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> irreversíveis, a ausência de certeza científica absoluta não será utilizada como razão para o adiamento de medidas economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental.

O princípio da precaução visa proteger tanto o meio ambiente como os seres humanos expostos a um potencial risco. Esse princípio não exige que o dano realmente exista, basta a possibilidade/ameaça de sua ocorrência para que se tomem medidas a fim de evitar e precaver o dano, ou seja, é um princípio que atua antes da ocorrência dos danos visando uma prevenção. O princípio da precaução destaca ainda que a ausência absoluta de certeza cientifica sobre o dano não será utilizada como pretexto para adiar ações para evitar o possível dano.

Em relação ao tipo de responsabilidade civil nos danos ambientais a Lei n. 6.938/1981 em seu § 1º do art. 14 estabelece que:

> § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

A Lei e o dispositivo citados acima estabelecem que a responsabilidade civil de quem cause danos ao meio ambiente é objetiva, decisão acertada do legislador pelas caraterísticas particulares do meio ambiente.

Com os danos advindos das nanotecnologias ao meio ambiente esta responsabilidade civil será objetiva, ou seja, não precisa do elemento culpa do agente causador do dano, bastando demostrar apenas a conduta, o dano e o nexo causal. Todavia, mesmo com a responsabilidade objetiva, como veremos em tópico especifico, é difícil demostrar o dano e nexo causal decorrente do uso das nanotecnologias.

4.2 DANOS CAUSADOS AO SER HUMANO

As nanotecnologias hoje é uma realidade na vida do ser humano, pois elas estão presentes nos mais diversos produtos de consumo como em cosméticos (creme dental, protetor solar, esmaltes, batons, shampoo, em diversos tipos de cremes entre vários outros), na indústria de eletrônicos, na indústria automobilística, na medicina, na ciência da computação, na física, na química, na biologia, na engenharia dos materiais entre varias outras áreas. Segundo a Agência Brasileira de Desenvolvimento Industrial - ABDI (2008, n.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

p), em 2008 mais de 800 produtos já utilizavam nanotecnologia no mundo, atualmente esse número e bem maior.

È inegável que as nanotecnologias estão presentes na nossa vida, mas quais seriam as consequências dessas nanotecnologias para a saúde do ser humano? Os riscos que determinados materiais nano contidos em produtos podem oferecer ao ser humano são diversos que vão desde simples alergias até risco de vida, ressaltando que são poucos e não conclusivos os estudos científicos a respeito deste tema.

O tema é tão importante que a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), em 2014 realizou um diagnóstico institucional de nanotecnologias e ao final fez as seguintes considerações finais (ANVISA, 2014, n. p):

> a) Há consenso geral, entre os setores, da necessidade de regulação em nanotecnologia – consumidores e ambientalistas solicitam regulação devido ao elevado grau de incertezas sobre a segurança dos produtos e processos nanotecnológicos. Investidores entendem que ausência de regulação gera insegurança jurídica, sendo esta prejudicial ao desenvolvimento, produção e comercialização de produtos nanotecnológicos;
>
> c) Há diversos produtos nanotecnológicos de livre circulação no mercado sem que tenha havido análise técnica específica;
>
> d) Há produtos nanotecnológicos sujeitos à vigilância sanitária que não são identificados ou reconhecidos como tal pela Agência, em função de não haver norma regulatória que exige a informação sobre a natureza nanotecnológica;
>
> j) Há a necessidade de segregar e agrupar os produtos nanotecnológicos em distintas categorias, baseados em sua variabilidade estrutural e características físico-químicas, que conferem propriedades que podem representar maior ou menor risco sanitário (por exemplo, nanopartículas solúveis ou insolúveis; lipossomas ou nanodots/dendrímeros, etc.).

Como podemos ver o relatório da ANVISA dar um parecer pela regulamentação do tema, além de deixar claro que as nanotecnologias podem oferecer riscos ao ser humano e ao meio ambiente e que existem produtos que deveriam passar por sua analise, mas isso não ocorre por falta de legislação especifica sobre o tema.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Diante deste senário, se por ventura uma pessoa venha sofra um dano advindo de nanotecnologia, como fica a responsabilidade civil? A resposta para essa pergunta está na verificação do tipo de relação jurídica em que ocorreu o dano. Se esse dano decorrer de produtos utilizados por consumidores aplica-se a legislação consumerista (Lei nº 8.078/1990, arts.12, 13, 14, 17, 18, 19 e 20 do CDC), ou seja, vai ser uma responsabilidade objetiva.

Se o dano ocorrer de uma relação de trabalho aplica-se art. 7º, XXVIII da CF/88, que em primeiro momento a responsabilidade e objetiva em relação ao INSS e subjetiva se o empregador incorreu em dolo ou culpa, sendo que o empregador responde de forma objetiva pelos danos causados por seus empregados (DINIZ, 2008, p. 497).

Se ocorrer um dano provocado por nanotecnologia em uma relação civil é perfeitamente aplicável à responsabilidade civil objetiva do parágrafo único do art. 927 do Código Civil, embora exista a discursão na doutrina e jurisprudência a respeito do sentido das palavras "atividade" e "risco", até porque essa responsabilidade civil objetiva pode ter como fundamento o risco integral (STOLZE, 2009, p. 193).

Essa responsabilização dos danos causados por nanotecnologias não é tão simples assim como foi apresentado aqui, teoricamente é possível responsabilização elencadas acima, mas na prática teremos outros desdobramentos que passamos analisar agora.

4.3 DIFICULDADES DE RECONHECER E DEMOSTRAR O NEXO CAUSAL DOS DANOS PROVOCADOS POR NANOTECNOLOGIAS

Vimos que a responsabilidade civil de danos causados por nanotecnologias ao meio ambiente é objetiva; nas relações de consumo é objetiva; nas relações de trabalho relativo ao INSS é objetiva e em relação ao empregador é subjetiva (ou pode ser objetiva em relação às nanotecnologias, essa responsabilidade é discutível) e nas relações no âmbito civil é objetiva. Mas mesmo que a responsabilidade civil dos danos causados por nanotecnologias, em sua maior parte, sejam objetiva encontramos empecilhos para buscar essa responsabilização, justamente no fato da dificuldade de reconhecer o dano advindo dela demostrando o seu nexo causal.

A responsabilidade civil objetiva exige três elementos: conduta, dano e nexo causal, mas em relação as nanotecnologias em determinadas situações esses três requisitos não são de fácil demonstração.

Os danos decorrentes de nanotecnologias podem demandar tempo para sua ocorrência e mesmo quando ocorrem não são perceptíveis de imediato. O dano por nanotecnologia pode exigir acumulação de nano partículas durante um bom período de tempo o que dificulta a identificação da origem do dano.

No mesmo sentido, a demonstração do nexo causal entre a conduta e o dano é muito difícil de ser demonstrada a depender do caso concreto. Um exemplo seria a situação em que uma pessoa adquire câncer provocado por nano partículas decorrente do uso diária de um determinado produto que tem essas partículas, mas dificilmente vai descobrir que aquele câncer foi provocado por aquele produto, justamente pelas particularidades das nanotecnologias. Diante deste cenário que Borjes, Engelmann e Gomes (2014, p. 97) afirma que:

> A flexibilização do nexo causal será aplicável às nanotecnologias, a despeito do que já tem ocorrido com a responsabilidade decorrente dos danos ambientais. Na dúvida de quem causou, todos serão responsáveis pela flexibilização do nexo e dever de solidariedade à vítima, que não poderá ficar sem ressarcimento.

A flexibilização do nexo causal se faz necessário pelas particularidades das características das nanotecnologias e para não deixar a vítima, a maior prejudicada no caso, sem indenização pelo dano que sofreu. Diante destas particularidades das nanotecnologias e que passamos agora a analisar o direito a informação e proteção do consumidor.

4.4 DIREITO A INFORMAÇÃO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO CDC

A maioria das partículas e materiais nono são utilizados em produtos de consumo. Diante desta perspectiva abordaremos agora o direito a informação e a proteção do consumidor.

Como não temos estudos científicos conclusivos a respeito dos riscos das nanotecnologias para a saúde humana é de suma importância uma analise do direito fundamental do consumidor a ter informação (art. 5º, XIV, XXXIII da CF/88 e art. 6º, III do CDC) do que está consumindo e quais são os seus riscos.

É nesse sentido que o Projeto de Lei n. 5.133/2013 "cria a obrigatoriedade de inserir no rótulo de todos os produtos à base de nanotecnologias" tal informação. Todavia, até o presente momento, muitos produtos com nanotecnologia em sua composição são consumidos sem que o consumidor saiba disso. Tal prática viola frontalmente o direito fundamental do consumidor previsto o inciso III do art. 6º do CDC.

É importante verificar se as nanotecnologias se encaixariam no art. 8º ou 9º do Código de Defesa do Consumidor. Mas para tal constatação é necessário estudos científicos mais aprofundados sobre o tema.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Dessa forma, para cumprir as determinações legais de proteção do consumidor nos temos dos dispositivos do art. 6º, 8º e 9º do CDC, é urgente a regulamentação das nanotecnologias com a definição de diretrizes, parâmetros, registro, elaboração de planos de monitoramento e fiscalização do seu uso, bem como a realização de estudos científicos para nortear a tomada de decisões a respeito dessa tema.

CONSIDERAÇÔES FINAIS

As nanotecnologias são uma realidade presente em nossas vidas nas mais diversas áreas. As nanotecnologias podem trazer vários benefícios otimizando e barateando produtos e serviços, mas ela também pode oferecer certos riscos ao meio ambiente e a saúde do ser humano.

A falta de legislação especifica sobre o tema faz com que incida a legislação geral, todavia, tal legislação é insuficiente ante as particularidades das nanotecnologias, sendo urgente aprovação de uma legislação especifica sobre o tema. No Congresso Nacional estão em tramitação projetos de leis para regulamentar o tema.

Há uma preocupação concreta sobre os danos causados ao meio ambiente e ao ser humano pelas nanotecnologias. Nesse ponto, verificamos a dificuldade de se reconhecer um dano e demostrar o nexo causal dos danos provocados por nanotecnologias e que por conta disso, em alguns casos, é necessário a flexibilização do nexo causal.

Diante do panorama apresentado podemos afirmar que, mesmo sem legislação especifica sobre o tema, os danos causados por nanotecnologias podem ser indenizados com base na legislação geral existente, mas é preciso buscar a regulamentação do tema, pois as nanotecnologias estão em pleno desenvolvimento e podem oferecer riscos ao meio ambiente e a saúde humana. Uma legislação especifica sobre o tema é importante porque vai traçar as diretrizes e parâmetros para o desenvolvimento das nanotecnologias, assegurando uma maior proteção e segurança do ser humano e do meio ambiente.

Como não temos estudos conclusivos a respeito dos possíveis danos causados por nanotecnologias se faz necessário a aplicação do princípio da precaução que, neste caso, serve para proteger o ser humano e o meio ambiente.

O direito fundamental do consumidor a informação contido no art. 6º, III, do CDC, deve ser observado também, pois as nanotecnologias podem ser classificadas como potencialmente nocivas, exigindo assim, uma rotulação de produtos que contenham nanotecnologias em sua composição.

Por fim destacamos que não podemos exigir um risco zero de uma sociedade de riscos. Potenciais riscos sempre existirão na jornada do ser humano, mas isso não autoriza

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

os indivíduos que vivem em sociedade a produzirem riscos sem a observância do princípio da precaução e sem observar as normas e valores do ordenamento jurídico.

Sendo assim, no caso das nanotecnologias é de fundamental importância a elaboração de uma legislação especifica para regulamentar o tema e ao mesmo tempo a observância do direito a informação e do princípio da precaução para proteger o ser humano e o meio ammbiente, pois o desenvolvimento das ciências só têm sentido se elas tiverem como fim a garantia da dignidade da pessoa humana e o bem comum de todos.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASILEIRA DE DESENVOLVIMENTO INDUSTRIAL (ABDI). Cartilha sobre nanotecnologia. Supervisão de Maria Luisa Machado Leal. Brasília: ABDI, 2010. Disponível em: http://www.abdi.com.br/Estudo/Cartilha%20nanotecnologia.pdf. Acesso em: 20 abril 2015.

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA (ANVISA). Diagnóstico institucional de nanotecnologia. 2014. Disponível em: http://portal.anvisa.gov.br/wps/wcm/connect/fb117d80436c3cacb1b5b72a042b41f5/Diagn%C3%B3stico+Institucional+de+Nanotecnologia+-+CIN+2014+-+Dicol.pdf?MOD=AJPERES. Acesso em 25 abril 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 24 maio 2015.

BRASIL. Código Civil. Lei 10.406/ 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm. Acesso em: 20 abril 2015.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. Lei 8.072/1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm. Acesso em 12 maio 2015.

BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 20 abril 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Lei e Outras Proposições - PL 6741/2013. Brasília-DF. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=60033. Acesso em: 28 maio 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projetos de Lei e Outras Proposições - PL 5133/2013. Brasília-DF. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=56725. Acesso em: 28 maio 2022.

BORJES, Isabel Cristina Porto; ENGELMANN, Wilson; GOMES, Taís Ferraz. Responsabilidade civil e nanotecnologias. São Paulo: Atlas, 2014.

DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil, 7º volume: responsabilidade civil. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

ENGELMANN, Wilson. Entrevista Responsabilidade Civil e Nanotecnologias. Jornal Carta Forense, 2015. Disponível em: http://www.cartaforense.com.br/conteudo/entrevistas/responsabilidade-civil-e-nanotecnologias/15067. Acesso em: 20 maio 2015.

EMPRESA BRASILEIRA DE PESQUISA AGROPECUÁRIA (Embrapa). Nanotecnologia. Disponível em: https://www.embrapa.br/tema-nanotecnologia/nota-tecnica. Acesso em: 28 maio 2022.

FIGUEIREDO, José Longras. As inimagináveis potencialidades da Nanotecnologia. Mundus, 2006. Disponível em: http://w3.ualg.pt/~jlongras/Entrevista-Mundus.pdf. Acesso em: 04 maio 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, volume 4: Responsabilidade

Civil. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil. Vol. IV. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GUAZZELLI, Maria José; PEREZ, Julian (Org.). Nanotecnologia, a manipulação do invisível. Centro ecológico, 2009. Disponível em: http://www.centroecologico.org.br/novastecnologias/novastecnologias_1.pdf. Acesso em: 10 maio 2015.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol. 3. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Novo Curso de Direito Civil: Responsabilidade Civil. Vol. III. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

LAGES, Leandro Cardoso. Direito do consumidor: A lei, a jurisprudência e o cotidiano. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumem Juris, 2015.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito Ambiental Brasileiro. 22 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A PROTEÇÃO DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

LAYLA ARAÚJO DE SOUZA: Graduanda em Direito pelo Centro Universitário Católica do Tocantins - UniCatólica.

WELLINGTON GOMES MIRANDA[242]

(orientador)

RESUMO: O artigo apresenta o comércio realizado à distância, por meio da internet. Inicialmente disserta acerca da relação jurídica entre o fornecedor e consumidor, elementos essenciais na concretização econômica, que possui como terceiro componente que os une os produtos ou serviços. Desenvolve-se o tema ao relacionar o Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/2014) com a Lei Geral de Proteção de Dados (13.709/2018), acentuando no que tange as compras online. Por último, exibe-se a terminologia comércio eletrônico, conceituação e aplicação na realidade brasileira, expondo as implicações práticas das leis que o regulam, bem como, o índice de compras realizadas por computadores, tablets, smartfones e afins. Com tudo isso, objetiva-se apresentar os Decretos nº 7.962/2013 e nº 10.271/2020, elaborados para regulamentar o comércio eletrônico e delinear como o direito brasileiro configura as relações realizadas no comércio online.

Palavras-chave: consumidor, internet, boa-fé, direito ao arrependimento.

ABSTRACT:. The article presents the commerce carried out at a distance, through the internet. Initially, it talks about the legal relationship between the supplier and the consumer, essential elements in the economic realization, which has as a third component that unites them the products or services. The theme is developed by relating the Civil

242 Mestre em Prestação Jurisdicional e Direitos Humanos pela Escola Da Magistratura Tocantinense. Graduado em Direito pelo Centro Universitário De Desenvolvimento do Centro Oeste (2005) e Graduado em Medicina Veterinária pela Universidade Estadual do Maranhão (1992). Especialista Em Direito Do Trabalho Pelo Instituto Processus/Df e está cursando Pós-Graduação em Estado de Direito e Combate à Corrupção pela Escola da Magistratura Tocantinense. Atualmente é Analista Ministerial – Ciências Jurídicas - Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Tocantins e Professor Especialista do Centro Universitário Católica Do Tocantins (Unicatólica).

Rights Framework for the Internet (Law nº 12.965/2014) with the General Data Protection Law (13.709/2018), emphasizing online purchases. Finally, the terminology e-commerce, conceptualization and application in the Brazilian reality is shown, exposing the practical implications of the laws that regulate it, as well as the rate of purchases made by computers, tablets, smartphones and the like. With all this, the objective is to present Decrees nº 7.962/2013 and nº 10.271/2020, prepared to regulate electronic commerce and outline how Brazilian law configures the relationships carried out in online commerce.

Keywords: consumer, internet, good faith, right to repentance.

Sumário: Introdução; 1. A relação jurídica do consumidor e fornecedor; 2.Marco civil da internet e lei geral de proteção de dados na relação de consumo; 3. O comércio eletrônico no Brasil; Considerações finais. Referências.

INTRODUÇÃO

Nos primórdios as relações comerciais só existiam presencialmente. A partir da Revolução industrial a sociedade passou a viver em uma progressiva evolução, principalmente no meio tecnológico, os fornecedores perceberam uma praticidade na relação comercial, de modo que poderiam alcançar mais consumidores com menor custo.

Enfatiza-se a necessidade de haver constantes inovações legislativas para se adequarem às mudanças das relações comerciais. Quanto a isso, nota-se que desde a Revolução Industrial até a consolidação do Código do Consumidor no ano de 1990 as leis se adaptaram conforme a época que pertenciam.

Posto isso, destacam-se os avanços tecnológicos, especialmente o acesso à internet. Na atualidade, grande parte da população tem acesso à mesma, assim como faz o uso deste meio para realizar compras. O comércio eletrônico tornou-se um importante veículo para os consumidores e com esse crescimento emergem os conflitos jurídicos.

Explica-se, comércio eletrônico se dá em meio de realizações de transação de compra e transferências de fundos eletronicamente através da internet, ou seja, a relação de consumo será sem contato direto entre fornecedor e consumidor do produto ou serviço, dessa forma, ele é um negócio jurídico celebrado à distância e sua utilização será por Smartfones ou computadores.

Sucede que, devido às mudanças, os consumidores não estavam familiarizados em seus direitos, já que as compras sempre acontecem presencialmente e os contratos eram

firmados no local, surgiu assim novas proteções para essa categoria de relação comercial frente a esse contexto.

Questiona-se como o direito do consumidor deve intervir nos contratos realizados em compras online, ademais busca-se o conhecimento de legislação específica destinada ao comércio eletrônico, por fim pretende compreender a necessidade de sua regulamentação frente à nova realidade dos consumidores brasileiros.

1 A RELAÇÃO JURÍDICA DO CONSUMIDOR E FORNECEDOR

No Brasil a proteção do consumidor é considerada direito fundamental, dado que está prevista na Constituição da República Federativa do Brasil em seu artigo 5º, inciso XXXII "o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor". A proteção foi consolidada através da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, intitulado Código de Defesa do Consumidor (CDC).

Rememora-se que antes criação do Código do consumidor, eram utilizados regulamentos do Código Civil para proteger as relações comerciais, realizado de forma equivocada, pois o Código Civil assegurava a forma de contratação, porém não distinguia o vínculo entre o consumidor e o fornecedor, explica Nunes (2018).

A problematização se dá em razão de o Código Civil não destacar as peculiaridades da relação consumerista, mostrando-se antiquado para regular tal relação. Surgiu desta forma a necessidade, conforme já previsto pela Carta Magna, à criação de lei específica.

Nunes (2018), acrescenta-se ainda que a lei de proteção ao consumidor busca entender a sociedade a que pertence, mas, quando foi criada, no século XX, a sociedade tinha uma origem bastante remota, especialmente nas relações consumeristas, era uma sociedade de massa.

Desta feita, vislumbra-se que diferentemente da regulamentação civil, que em regra, trata as partes em pares de igualdade. O Código de Defesa do Consumidor objetiva a proteção daquele que é considerado a parte vulnerável, hipossuficiente. Explica-se que a condição de hipossuficiência não tem cunho econômico, mas sim, uma condição de aceitação a imposição de cláusulas.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Quando o consumidor está diante da realização de uma compra, qualquer que seja, encontra-se obrigado à aceitação de contratos que teve nem sequer a opção de manifestar-se. Diferentemente dos contratos na esfera civil, em que há breve discussão acerca dos termos, o consumidor depara-se com um contrato previamente estabelecido.

> "O Código de Defesa do Consumidor tem por objetivo primordial proteger e defender o consumidor que em regra é a parte hipossuficiente nas relações de consumo. Por hipossuficiente nesse sentido compreende-se que o consumidor é a parte mais fragilizada. (LISITA, 2020)

Dito isso, vale significar quem é o consumidor. Conforme o artigo 2° do CDC "consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Ademais, Almeida (2021) complementa a definição do artigo supramencionado e declara que não basta retirar o bem do mercado de consumo, havendo a necessidade de o produto ou serviço ser efetivamente consumido pelo adquirente, ou por sua família.

Portanto, é notório que as relações de consumo podem dispor de diferentes significações, consoante a lei ou a interpretação da mesma defronte a sociedade. Segundo Nunes (2018) o código do consumidor tem vida própria, é um subsistema autônomo, vigente na Constituição da República Federativa do Brasil, é considerado uma lei principiológica, um corte horizontal que atinge as relações jurídicas caracterizadas como relações de consumo.

A nova regulamentação trouxe uma proteção muito maior aos consumidores, pois ela analisa os elementos subjetivos e parte do princípio que o consumidor é a parte mais vulnerável da relação. Logo após ter sido apresentada uma breve contextualização do direito destinado ao consumidor, cumpre discorrer também acerca da outra parte na relação consumerista, qual seja, o fornecedor. Salienta o artigo 3° do CDC:

> "fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços".

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

A figura do fornecedor, igualmente importante na relação consumerista, apresenta-se como a parte que oferece os produtos ou serviços. O artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor prevê que o fornecedor de serviços responderá independente da existência de culpa. No mesmo sentido, o artigo 20 do CDC diz que o fornecedor de serviços responde pelos vícios de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor. Dentro outros artigos que fixam a responsabilização para aqueles que oferecem os produtos.

Ora, importa dizer que apesar de haver diversos artigos que impõe a responsabilização do fornecedor, existem meios de que o mesmo exclua a responsabilidade objetiva, qual seja, a comprovação de que prestou o serviço, e alegado o defeito este inexiste, ou ainda, a culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, consoante § 3°, artigo 14 do Código de Defesa do Consumidor.

As relações de consumo no Brasil, desde 1990, estão baseadas em princípios e um dos mais relevantes é o princípio da vulnerabilidade prevista no artigo. 4º, inciso I e diz, "reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo", ou seja, o consumidor e considerado a parte mais frágil da relação de consumo.

Segundo Almeida (2021) a vulnerabilidade do consumidor pessoa física constitui presunção absoluta no Diploma Consumerista, não necessitando de qualquer comprovação, outra para demonstrar o desequilíbrio existente entre consumidor e fornecedor nas relações jurídicas estabelecidas entre si.

Além disso, importa evidenciar o dever de informação. A transparência entre o fornecedor e consumidor é demasiadamente essencial para a concretização de uma boa relação, de modo que aquele que vende, oferece o produto não induza o interessado a erros, gerando constrangimentos. Acerca disso, o artigo 49 do CDC prevê que:

> O consumidor pode desistir do contrato, no prazo de 7 dias a contar de sua assinatura ou do ato de recebimento do produto ou serviço, sempre que a contratação de fornecimento de produtos e serviços ocorrer fora do estabelecimento comercial, especialmente por telefone ou a domicílio.

Considerando que nas compras realizadas à distância, sem ter contato direito com o produto a pessoa interessada não pôde observar o que almeja, a lei introduziu esse texto

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

com o fim precípuo de resguardar a obtenção de êxito do consumidor. Pois, caso não tivesse condições de realizar a devolução do produto com defeitos ou até mesmo diferente da propaganda estaria em desvantagem.

Com tudo isso, vê-se que a relação jurídica entre fornecedor e consumidor pauta-se principalmente pela boa-fé no que tange a oferta de produtos e serviços sendo expostos com qualidade e transparência, por outro lado, a figura do consumidor, elemento essencial no crescimento comercial que possui direitos como o reconhecimento de sua vulnerabilidade e a possibilidade de arrepender-se.

2 MARCO CIVIL DA INTERNET E LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO

Inicialmente vale destacar as regulamentações brasileiras para acesso à internet, ferramenta essencial no comércio eletrônico. A Lei n° 12.965 de 23 de abril de 2014, denominada Marco Civil da Internet, regulamentou princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil.

Teixeira (2014) sustenta que ao analisar o Marco Civil imagina-se que este não se presta a aplicação no que concerne ao comércio eletrônico, por não se tratar de uma lei que trata especificamente das relações comerciais, no entanto, em razão de conter diversos princípios esta têm implicação direta em tudo que ocorre na internet.

Dito isso, destaca-se que o artigo 1° da Lei 12.965/2014 reforça a ideia do autor ao declarar que "determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria", ou seja, servindo de forma basilar para todos os entes.

Um dos fundamentos adjuntos ao Marco Civil da internet disposto no artigo 2°, inciso V, resguarda a defesa do consumidor. Portanto, vê-se a inserção prioritária daquele que faz o uso da rede para realizar compras. Ademais, o caput do mesmo artigo preza pela garantia da liberdade.

A Constituição da República Federativa do Brasil do mesmo modo insere a defesa do consumidor no artigo 5°, inciso XXXII, que em seu caput trata da liberdade e igualdade entre os brasileiros. Ora, percebe-se que embora a proteção esteja inserida em artigos precípuos à liberdade não significa que o seu uso é irrestrito.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Pinheiro (2020) diz que a lei 12.965/14 resguarda o usuário, sendo esse mesmo consumidor que contrata serviços de internet, navega na rede mundial de computadores e realiza compras intermediado por redes sociais na internet. Por isso, pode-se perceber que o Marco Civil é lei basilar e genérica regulando em suma o consumidor à internet.

A seção III da 12.965/14 trata da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado a terceiros. Exemplifica-se pelo artigo 19 que declara "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".

Acontece que, não é exclusiva, pois no mesmo artigo ressalva que se dará somente após a ausência da tomada de providências. Assim sendo, é possível que quando ocorrer violação de algum direito do consumidor na internet, este poderia recorrer à rede de computadores para requerer a exclusão de determinado item invasivo.

Em função disso, Pinheiro (2020), aduz que o Marco Civil traçou instruções gerais extremamente úteis à proteção do consumidor, pois, promoveu maior transparência e confiança àqueles que utilizam a rede, o que por conseguinte gerou bons efeitos para o comércio eletrônico brasileiro.

Portanto, nota-se que a lei 12.965/2014 foi um marco inicial para o respeito ao tratamento das informações e dados para os usuários da rede mundial de computadores. O Marco Civil da internet deu ensejo à criação e elaboração da Lei n°13.709/2018, denominada, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).

Qual a relação desta lei com a comercialização online? Ora, relaciona-se de forma semelhante à apresentada pelo Marco Civil, porém de forma mais aprofundada, com vistas a maior praticidade e não somente com termos e artigos estritamente principiológicos.

A Lei Geral de Proteção de Dados informa em seu artigo 1° que:

> ...dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público, ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural."

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Possuindo como um de seus fundamentos, disposto no artigo 2°, inciso VI a defesa do consumidor. Quando da realização de compras online, os consumidores se veem obrigados a inserir dados pessoais nos sites de vendas com o fim de concretizar o interesse pelo produto.

Bedendo e Junior (2020) sustentam que a defesa do consumidor tem o objetivo de equilibrar a relação consumidor/fornecedor, por outro lado, a LGPD contempla a proteção de dados pessoais do titular, bem como a manipulação dessas informações, dado que, muitas vezes a pessoa insere seus dados sem conhecer os possíveis riscos.

O artigo 17 da lei 13/2018 diz que "toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei". Contemplando a garantia da privacidade das informações fornecidas.

Ao analisar os artigos depreende-se que manifesta mais deveres para o fornecedor. Embora a lei 13.709/2018 tenha sido publicada em agosto, concedeu-se um prazo para que as empresas se adequassem a todas as normas contidas no textos e direcionadas a estes, sendo o prazo de início em agosto de 2020.

Sobrinho (2019) explica que para a adequação das empresas à LGPD seria necessário investimento massivo em segurança cibernética, por isso, fixou-se o prazo de dois anos, de modo que as empresas tivessem tempo necessário para alterar políticas de segurança e estar em consonância com a lei.

O artigo 17 da LGPD dispõe que "toda pessoa natural tem assegurada a titularidade de seus dados pessoais e garantidos os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade e de privacidade, nos termos desta Lei". Na esfera das compras online, há um questionamento que paira na mente dos usuários, para onde vão os meus dados e quem os acessa.

Bedendo e Junior (2020) apontam que muitas empresas, ao oferecer produtos, solicitam a fidelização do cliente por meio da coleta de dados, por isso, a LGPD possui caráter preventivo, de modo que, essas empresas venham a se responsabilizar pelo uso indevido dos dados.

Isso posto, Moraes (2021) diz que:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> A adequação a LGPD não representa somente uma segurança para o titular, mas também para empresas responsáveis pelo tratamento dos dados pessoais e assegurar a credibilidade das plataformas utilizadas. Estar em conformidade com a LGPD é promover ainda mais o avanço do e-commerce.

A autora amplia a visão acerca da aplicação da lei ao sustentar que não consiste apenas em um encargo para as empresas, mas também garante segurança aos mesmos. Além disso, Moares (2021) ressalta que, no caso de não adequação das empresas, estarão sujeitas a multa diária, bloqueio de dados pessoais, assim como eliminação de dados pessoais, além de publicar a infração.

Após a exposição do Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados, vale apresentar julgados dos Tribunais Brasileiros, veja-se:

> CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COMPENSAÇÃO DE DANOS MATERIAIS. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVO DA CF. **NÃO CONHECIMENTO. FRAUDE PRATICADA POR ADQUIRENTE DE PRODUTO ANUNCIADO NO MERCADO LIVRE**. ENDEREÇO DE E-MAIL FALSO. PRODUTO ENTREGUE SEM O RECEBIMENTO DA CONTRAPRESTAÇÃO EXIGIDA. FALHA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA. FATO DE TERCEIRO. ROMPIMENTO DO NEXO DE CAUSALIDADE. JULGAMENTO: CPC/2015. 1. Ação de indenização por danos materiais ajuizada em 09/03/2018, da qual foi extraído o presente recurso especial interposto em 26/03/2020 e atribuído ao gabinete em 07/08/2020 **4. O comércio eletrônico é utilizado em larga escala pelos consumidores e, ante a proliferação dos dispositivos móveis, se tornou, para muitos, o principal meio de aquisição de bens e serviços.** Nesse cenário, os sites de intermediação (facilitadores) têm especial relevância, já que facilitam a aproximação de vendedores e compradores em ambiente virtual. O Mercado Livre atua nesse ramo desde 1999, propiciando a veiculação de anúncios na internet e o contato entre ofertantes e adquirentes. A principal finalidade desses sites é viabilizar a circulação de riquezas na internet e equiparar vendedores e adquirentes, de modo a simplificar as transações on-line. 5. **Para o**

> **Marco Civil da Internet, os sites de intermediação enquadram-se na categoria dos provedores de aplicações**, os quais são responsáveis por disponibilizar na rede as informações criadas ou desenvolvidas pelos provedores de informação. Isso significa que os intermediadores estão sujeitos às normas previstas na Lei 12.965/2014, em especial àquelas voltadas aos provedores de conteúdo.10. A falta de indicação do dispositivo legal sobre o qual recai a divergência inviabiliza a análise do dissídio. 11. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (STJ - REsp: 1880344 SP 2020/0149326-1, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 09/03/2021, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 11/03/2021) *grifo nosso*

Verifica-se que o julgado apresentado é do ano de 2021. Apesar de o Marco Civil da Internet ser uma lei de 2014 na atualidade é utilizada nas fundamentações jurídicas, pois como fora exposta, trata-se de uma lei norteadora e principiológica. Ressalta-se que não é ultrapassada, pelo contrário tem sido utilizada.

No direito brasileiro é costumeiro que diante da ausência de norma específicas o julgador ampare-se nos princípios. Neste caso, quando estiver diante de relações comerciais que ocorrem através da internet é manifestamente possível a sua utilização da Lei nº 12.965/2014.

Quanto a Lei Geral de Proteção de Dados, veja-se:

> EMENTA MEDIDA CAUTELAR EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. REFERENDO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 954/2020. EMERGÊNCIA DE SAÚDE PÚBLICA DE IMPORTÂNCIA INTERNACIONAL DECORRENTE DO NOVO CORONAVÍRUS (COVID-19). **COMPARTILHAMENTO DE DADOS DOS USUÁRIOS DO SERVIÇO TELEFÔNICO FIXO COMUTADO E DO SERVIÇO MÓVEL PESSOAL, PELAS EMPRESAS PRESTADORAS**, COM O INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. FUMUS BONI JURIS. PERICULUM IN MORA. DEFERIMENTO. 1. Decorrências dos direitos da personalidade, o respeito à privacidade e à autodeterminação informativa foram positivados, no art. 2º, I e II, da Lei nº 13.709/2018 **(Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais), como fundamentos específicos da disciplina da proteção de dados pessoais**. 7.

> Mostra-se excessiva a conservação de dados pessoais coletados, pelo ente público, por trinta dias após a decretação do fim da situação de emergência de saúde pública, tempo manifestamente excedente ao estritamente necessário para o atendimento da sua finalidade declarada. 8. Agrava a ausência de garantias de tratamento adequado e seguro dos dados compartilhados a circunstância de que, embora aprovada, ainda não vigora a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei nº 13.709/2018), definidora dos critérios para a responsabilização dos agentes por eventuais danos ocorridos em virtude do tratamento de dados pessoais. O fragilizado ambiente protetivo impõe cuidadoso escrutínio sobre medidas como a implementada na MP nº 954/2020. 9. O cenário de urgência decorrente da crise sanitária deflagrada pela pandemia global da COVID-19 e a necessidade de formulação de políticas públicas que demandam dados específicos para o desenho dos diversos quadros de enfrentamento não podem ser invocadas como pretextos para justificar investidas visando ao enfraquecimento de direitos e atropelo de garantias fundamentais consagradas na Constituição.11. Medida cautelar referendada. (ADI 6387 MC-Ref, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 07/05/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-270 DIVULG 11-11-2020 PUBLIC 12-11-2020) *grifo nosso*

Não obstante, seja a Lei Geral de Proteção de Dados uma lei que passou a ser aplicada efetivamente no ano de 2020, vislumbra-se que os tribunais brasileiros, neste caso o Supremo Tribunal Federal validar a lei a responsabilizar empresa pelo uso indevido na manipulação de dados dos usuários.

Enfim, fora cabalmente demonstrado que tanto o Marco Civil da Internet como a Lei Geral de Proteção de Dados estão aptas a defesa do consumidor, não somente na frieza do texto, mas também na realidade fática, assim como, é amplamente aceita e utilizada pelos aplicadores do direito brasileiro.

3 O COMÉRCIO ELETRÔNICO NO BRASIL

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O comércio eletrônico surgiu com as primeiras transferências eletrônicas de dinheiro pelas instituições financeiras, ainda na década dos anos 70. Com o avanço da internet nos anos 90, as empresas já começaram a enxergar uma nova possibilidade de crescimento.

A venda não presencial, comércio eletrônico ou E-commerce, consiste na realização de compra ou transferências de fundos eletronicamente, especialmente através da internet. Surgiu como um novo conceito de mercado, proporcionando uma maior comodidade e segurança no momento de efetuar uma compra.

Boniati e Vissoto (2013) declaram que este tipo de comércio é moderno e eficiente, pois ao realizar compras, serviços, vendas e afins por meio da internet é oportunizada expansão do setor comercial. Ademais, os autores explicam que se caracterizam pela realização de transações comerciais online.

Conforme notícia publicada no site Insper em 15 de dezembro de 2021, o Brasil concluiu o ano de 2021 com o segundo maior crescimento em comércio eletrônico, ficando atrás apenas da China. Segundo a pesquisa exposta no site, uma das razões que induziu o aumento das compras online foi a pandemia da Covid=19, que, obrigou as pessoas ficarem em casa.

No mesmo sentido, notícia publicado no site Poder 360 em 6 de fevereiro de 2022 informa que o E-commerce brasileiro faturou cerca de 161 milhões em 2021, tendo um aumento de 27% em relação a 2020, os dados expostos foram extraídos de empresa Neotrust que monitora boa parte do e-commerce brasileiro.

No comércio eletrônico, a forma contratual é adesiva. A definição dos contratos de adesão foi realizada pelo Código do Consumidor Brasileiro disposto no Art. 54.” Contrato de adesão é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”.

Martins (2016) diz que o contrato de adesão é marcado pela ausência de prévia discussão ao seu conteúdo, em suma, todos os pontos fundamentais se encontram previamente estabelecidos. Por isso, nas compras online o consumidor apresenta uma vulnerabilidade ainda maior.

O grande problema dessa relação é a unilateralidade da construção desses contratos, pois o consumidor não é avisado, ou seja, essas cláusulas não são discutidas

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

entre as partes, e o consumidor é induzido a contemplar um contrato que não foi realizado de acordo com suas premissas.

Dentre as vantagens destes contratos é a forma que eles se adaptam em diferentes situações, já que se tratam de contratos modelos, por outro lado, essa conduta facilita a inclusão de cláusulas abusivas, podendo assegurar vantagens unilaterais ao fornecedor.

Um Código próprio, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor que assegura a proteção das relações comerciais foi um avanço grande e compensatório para a sociedade, mas, com as novas tecnologias, surgiu um novo mercado, o comércio eletrônico, o código do consumidor não tem leis específicas que regulamenta esse tipo de relação consumerista, e os embasamentos são realizados por analogias.

Devido ao grande avanço nas relações de consumo no comércio eletrônico é natural que surjam conflitos, visando a proteção do consumidor nessas relações. Kauss (2016), reafirma o surgimento da necessidade à criação de regras específicas, com o fim de evitar ou reparar possíveis danos das relações virtuais. Por isso, foi regulamentado o Decreto nº 7.962 de 15 de março de 2013, advindo do CDC para dispor acerca do comércio eletrônico.

O Decreto supramencionado conta com 9 artigos. Inaugura-se a lei prevendo em seu primeiro artigo que as contratações no comércio eletrônico devem ser claras a respeito do produto, com atendimento facilitado ao consumidor e sobretudo com respeito ao direito de arrependimento.

Prosseguindo, os artigos 2° e 3° assenhoram-se das informações básicas que devem estar contidas nos sites, como o nome empresarial, CNPJ, endereço eletrônico, discriminação dos preços, condições integrais das ofertas, prazo para a utilização das ofertas e afins, sendo este exemplificativo.

Os artigos 4° e 5° abrangem as especificações de um atendimento facilitado ao consumidor e a descrição do que seria a informação clara e precisa. Destaca-se o artigo 6° "as contratações no comércio eletrônico deverão observar o cumprimento das condições da oferta, com a entrega dos produtos e serviços contratados, observados prazos, quantidade, qualidade e adequação."

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Finaliza-se esta breve apresentação, elucidando que eventuais violações serão aplicadas segundo o Código de Defesa do Consumidor, conforme apontado pelo artigo 7°. O Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013 foi publicado com vistas à entrada em vigor após o prazo de 60 dias da sua publicação, assente o artigo 9.

Oliveira e Sobhie (2013), argumentam que a expectativa do Decreto era de que a comercialização passasse a ser mais efetiva, dado a rigidez da regulamentação, com fim à concretização de maior transparência, segurança e proteção na realização do negócio.

De acordo com Kauss (2016):

> ...é criado o Decreto em consonância com o princípio da informação, já abordado neste ensaio, no intuito de dirimir atos inadequados por parte dos fornecedores e garantir a harmonia entre o Código de Defesa do Consumidor e os direitos dos consumidores virtuais.

No mesmo sentido do Decreto n° 7.962 de 15 de março de 2013 é criado o Decreto nº 10.271, de 6 de março de 2020 que dispõe acerca da proteção dos consumidores no mercado eletrônico. Explica-se, o decreto faz menção a anexo, artigo 1° " a Resolução GMC nº 37/19 adotada pelo Grupo Mercado Comum em 15 de julho de 2019, anexa a este Decreto, será executada e cumprida integralmente em seus termos."

As implicações do MERCOSUL/GMC/RES. nº 37/19 são, artigo 1° "no comércio eletrônico, deve-se garantir aos consumidores, durante todo o processo da transação, o direito à informação clara, suficiente, verídica e de fácil acesso sobre o fornecedor, o produto e/ou serviço e a transação realizada."

O referido anexo fortalece o decreto que regulamentou o comércio eletrônico, em seu artigo 2° no que diz respeito às especificações que devem estar inseridas nos sítios eletrônicos, como nome, endereço, identificação do fabricante, características essenciais dos produtos, condições das ofertas e afins.

Destaca-se também o artigo 4° que defende um contrato realizado de forma, completa, clara e facilmente legível. Ademais, expressa que o fornecedor deve apresentar ao consumidor um resumo do contrato antes mesmo de sua formalização, com ênfase nas cláusulas consideradas de maior importância para o consumidor.

Outrossim, o artigo 6° prevê que " o consumidor poderá exercer seu direito de arrependimento ou retratação nos prazos que a norma aplicável estabelecer." Reafirmando

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

norma já contida no Código de Defesa do Consumidor, contudo neste caso, aplicado também aos Estados Partes.

Creuz (2020) ao tratar da publicação do Decreto referente ao grupo Mercosul e comércio eletrônico esclarece que " a norma fixa consenso de que é necessário avançar e impulsionar ações no âmbito da proteção dos direitos do consumidor, e para tanto, é pertinente regular a proteção dos consumidores no comércio eletrônico".

O autor salienta que estão inclusos como Estados Partes o Brasil, Argentina, Paraguai, Uruguai e Venezuela , atualmente suspensa. Portanto, conforme a própria redação do artigo 9°, nas atividades relacionadas com o comércio eletrônico os Estados Partes procurarão cooperar entre si.

Ressalta-se que os decretos diferenciam-se das leis no que concerne à força normativa. Embora haja essa diferença formal, assemelham-se por ser fontes e formas com que o Brasil manifesta-se acerca de temas como o comércio eletrônico de forma interna e externa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, verificou-se que o comércio eletrônico no Brasil tem crescido muito nos últimos anos, no entanto, a evolução não se restringe ao presente momento, uma vez que, o primeiro Decreto que regulou este tipo de relação comercial data de 2013. Antes disso, em 1990 quando se deu a elaboração do Código de Defesa do Consumidor havia indicativos de possível evolução.

Pode-se dizer que a Lei, qual seja, o Marco Civil da Internet prima pela sua nomenclatura, pois demarcou de fato o tempo pré e pós internet, dado que os princípios estabelecidos nesta lei são citados até os dias atuais. Cerca de oito anos após a publicação do Marco Civil os seus princípios ainda são atuais, podem parecer poucos anos, porém no que tange a internet houve uma grande evolução.

Observa-se o recorte temporal de 2013 a 2022, a relação da população com as redes exibe notória diferenciação, há cerca de oito anos, os brasileiros tinham pouco acesso à internet, e, além disso, as compras online eram realizadas por uma pequena parcela da população.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Desenvolveu-se o tema delineando um panorama legislativo e fático do comércio eletrônico, desde o seu início quando era apenas uma perspectiva até o presente momento que o mesmo está em constante e rápida evolução. Vislumbrou-se que a legislação brasileira dispõe de lei norteadora e basilar de proteção ao consumidor, o Código de Defesa do Consumidor.

Ademais, o Marco Civil integra a conjuntura legislativa regulando a relação da internet com os usuários, de forma a estabelecer limites e condições básicas de uso, exposição e oferta de produtos, além de dispor acerca das formas de responsabilização pelo uso indevido.

No mesmo sentido, os Decretos nº 7.962/2013 e nº 10.271/2020 assinalam a especificidade de direcionamento ao comércio eletrônico no país, assim como nas relações internacionais, porém apenas com países do Mercado Comum do Sul.

Em conclusão, notabiliza-se que até o momento não há lei específica para tratar do comércio eletrônico, tão somente decretos, no entanto, até esta ser elaborada o consumidor/fornecedor, bem como os julgadores valem-se da legislação existente, que se mostra basilar e principiológica podendo ser aplicada em diferentes situações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fabricio Bolzan. **Direito do consumidor.** São Paulo- SP: Editora Saraiva, 2021.

BRASIL. **Decreto nº 7.962 de 15 de março de 2013.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm Acesso em: 12 abr.2022

BRASIL. **Decreto nº 10.271, de 6 de março de 2020.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10271.htm Acesso em: 18 abr. 2022

BRASIL. **Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm Acesso em: 20 mar.2022

BRASIL. **Lei Nº 12.965, De 23 De Abril De 2014.**Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm Acesso em: 10 mar.2022

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm Acesso em: 20 mar.2022

BEDENDO, Thaynara Zanchin; JUNIOR, Paulo Roberto Pegorano. **Lei Geral de Proteção de dados pessoais nas relações de comércio eletrônico (Lei N.13.709/2018)** Disponível em: https://www.academia.edu/43035729/Lei_Geral_de_Prote%C3%A7%C3%A3o_de_Dados_Pessoais_nas_rela%C3%A7%C3%B5es_do_com%C3%A9rcio_eletr%C3%B4nico Acesso em: 12 de mar.2022

BONIATI, Bruno Batista; VISSOTO, Elisa Maria. **Comércio Eletrônico,** Universidade Federal de Santa Maria para Rede e- Tec Brasil. Disponível em: https://www.ufsm.br/app/uploads/sites/413/2018/12/comercio_eletronico.pdf. Acesso em 8 abr.2022

CREUZ, Luís Rodolfo Cruz. **Proteção dos consumidores nas operações de comércio eletrônico.** Disponível em : https://www.migalhas.com.br/depeso/321727/protecao-dos-consumidores-nas-operacoes-de-comercio-eletronico Acesso em: 15 mar.2022

INSPER. **Brasil fecha o ano com o segundo maior crescimento em comércio eletrônico.** Disponível em: https://www.insper.edu.br/noticias/brasil-fecha-o-ano-com-o-segundo-maior-crescimento-em-comercio-eletronico/ Acesso em: 18 abr. 2022

KAUSS, Milena Maria Silva. **A proteção do consumidor no comércio eletrônico: a partir da análise do decreto nº 7.962 e do projeto de lei do senado nº 281/2012**. Disponível em: https://repositorio.idp.edu.br/bitstream/123456789/3255/1/ARTIGO%20MILENA%20KAUSS.pdf Acesso em: 15 fev.2022

LISITA. Kelly Moura Olivera. **A importância do Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: https://jus.com.br/artigos/80335/a-importancia-do-codigo-de-defesa-do-consumidor Acesso em: 15 abr.2022

MORAES, Nathalya da Silva. **Proteção de dados e e-commerce: a importância da implementação da LGPD nas plataformas de compra e venda virtuais** Disponível em:

https://www.migalhas.com.br/depeso/341620/protecao-de-dados-e-e-commerce-a-importancia-da-implementacao-da-lgpd Acesso em: 10 mar.2022

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor.** Editora Saraiva, São Paulo: 2018.

OLIVEIRA, Deymes Cachoeira; SOBHIE, Amir Ayoub. **Proteção Do Consumidor No Comércio Eletrônico: Inovações Relevantes Para As Vendas On-Line No Brasil A Partir Do Decreto Federal Nº 7.962/2013.** Disponível em:https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/934/Arquivo%2006.pdf Acesso em: 8 abr.2022

PINHEIRO, Yasmim Freitas. **Comércio eletrônico e a proteção do consumidor brasileiro.** Disponível em: https://repositorio.pucgoias.edu.br/jspui/bitstream/123456789/881/1/ARTIGO.%20YASMIN%20FREITAS%20PINHEIRO.pdf Acesso em: 12 mar.2022

PODER 360. **E-commerce cresceu 27% em 2021 e faturou R$ 161 bi, diz levantamento.** Disponível em: https://www.poder360.com.br/economia/e-commerce-cresceu-27-em-2021-e-faturou-r-161-bi-diz-levantamento/ Acesso em 22 mar.2022

SOBRINHO, Nayara da Silveira. **A proteção de dados pessoais no e-commerce: análise da aplicação da lgpd diante da vulnerabilidade do consumidor**. Disponível em: Acesso em: http://pensaracademico.unifacig.edu.br/index.php/repositoriotcc/article/view/1745 Acesso em: 17 abr.2022.

STF. **Referendo na medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.387 distrito federal**. Disponível em: https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357629 Acesso em: 15 abr. 2022

STJ. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.880.344 - SP (2020/0149326-1)**. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2030025&num_registro=202001493261&data=20210311&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 10 mar. 2022

TEIXEIRA, Tarcísio. **Marco civil da internet e regulamentação do comércio eletrônico**. Disponível em: https://www.migalhas.com.br/depeso/211308/marco-civil-da-internet-e-regulamentacao-do-comercio-eletronico Acesso em: 22 abr.2022

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A VERDADE PROCESSUAL E A JUSTIFICAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

MARIA VICTORIA NOGUEIRA LIMA: Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho [243]

ALEX DOUGLAS COELHO ARAUJO [244]

(coautor)

ADRIANO RIBEIRO CALDAS [245]
(orientador)

RESUMO: Neste artigo estudou-se a relevância de compreender a verdade processual para efetivação de sentenças/decisões, considerando a influência da sociedade no caso concreto. O estudo objetivou atingir o conceito de validade e verdade processual partindo das raízes do âmbito sociocultural, passando pelas teorias interpretativas e aplicações e por fim, apresentando o julgado do STF sobre a equiparação do racismo à homofobia. Foi utilizado o método dedutivo-interpretativo sobre a análise do processo e da verdade, das correntes de interpretação, seus paradigmas e ao caso concreto. Foi utilizada a metodologia de análise de pesquisa dogmático-jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, revistas, legislação e jurisprudência brasileira. Concluiu-se, que a verdade processual é relativa, podendo ser mais próxima ou distante da verdade real, conforme a qualidade e a quantidade das provas e informações do processo. Concluiu-se, quanto à ADO 26, que há influência de elementos histórico-culturais na fundamentação das decisões, e que faltou técnica quanto a interpretação conforme (a Constituição) para equiparação de condutas discriminatórias em razão de orientação sexual e/ou identidade de gênero, tendo a técnica gerado uma inverdade processual e não enfrentou a questão da reserva legal em matéria penal.

Palavras-chave: verdade processual, interpretação, hermenêutica, ADO 26.

---

243. *E-mail*: (maria3.victoria.lima@hotmail.com).

244 Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. *E-mail*: (dvc.araujo@gmail.com).

245 Orientador e professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho. *E-mail*: (adriano.unifsa@gmail.com).

ABSTRACT: In this paper, we studied the relevance of understanding the procedural truth for the execution of sentences/decisions, considering the influence of society in the specific case. The study aimed to reach the concept of validity and procedural truth starting from the roots of the sociocultural scope, passing through interpretive theories and applications and finally, presenting the STF judgment on the equating of racism with homophobia. The deductive-interpretative method was used to analyze the process and the truth, the currents of interpretation, their paradigms and the concrete case. The methodology of analysis of dogmatic-legal research of a bibliographic nature was used, through consultation of books, magazines, legislation and Brazilian jurisprudence. It was concluded that the procedural truth is relative, and may be closer or farther from the real truth, according to the quality and quantity of the evidence and information of the process. It was concluded, regarding ADO 26, that there is an influence of historical-cultural elements in the reasoning of decisions, and that there was a lack of technique regarding the interpretation according to (the Constitution) to equate discriminatory conducts due to sexual orientation and/or gender identity, the technique having generated a procedural untruth and did not face the issue of legal reserve in criminal matters.

Keywords: procedural truth, interpretation, hermeneutics, ADO 26.

Sumário: 1. Introdução. 2. Processo e Verdade. 3. Paradigmas de interpretação - aplicação e decisão judicial. 3.1. O embate jurisdicional entre a metafísica clássica e a filosofia da consciência. 3.2. Três estágios hermenêuticos para o fundamento de uma decisão judicial. 3.3. A concretude do Direito enquanto sede de interpretação. 4. Análise de julgado do STF - ADO 26. 4.1. Teor do Acórdão. 4.2. Omissão legislativa. 4.3. Papel do Poder Judiciário em caso de omissão. 4.4. Reserva legal. 4.5. Elementos históricos e culturais. 4.6. Interpretação conforme. 4.7. Crítica à interpretação conforme. 4.8. ADO 26 - Avanço ou Retrocesso? 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

A presente pesquisa é voltada para o estudo da relevância de se compreender a verdade real/processual para o desenvolver de sentenças/decisões, levando em conta a influência da sociedade em relação ao caso concreto.

Assim, tem-se por delimitação do tema a influência da sociedade e das raízes histórico-culturais de nosso país quando da decisão do magistrado numa sentença em

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

que, por exemplo, tenha uma grande repercussão ou trate de uma problemática antiga, como o racismo e a homofobia.

Dessa forma, eis o problema de pesquisa: no que tange o direito material, qual a importância de se pesquisar, analisar a verdade real/processual para que a sentença venha a ser efetiva? Qual o tipo de verdade que se vivencia no processo? Quais as correntes ou teorias de interpretação e quais seus paradigmas? Qual o nível de influência que magistrados sofrem da sociedade até chegar ao veredicto? Até onde o princípio da imparcialidade do Juiz se adentra no processo? Que fatos podem ser juridicamente relevantes para o processo?

O desenvolvimento da pesquisa tem como base demonstrar que apesar do direito ser um conjunto sistemático de normas jurídicas, a ciência jurídica é um sistema de proposições que podem ser verdadeiras ou falsas, sendo a aferição da verdade dessas proposições de suma importância para decisões judiciais.

Desse modo, é demonstrada a noção da verdade, alguns paradigmas de interpretação, apresentando ao final a repercussão de um caso concreto e a decisão do julgador nesse caso, com a finalidade de mostrar o ponto de convergência ou divergência da sociedade e da hermenêutica do julgador em relação ao processo.

Assim, objetiva-se fazer um trabalho que consiga atingir o conceito de validade e verdade processual partindo das raízes do âmbito social cultural até a manifestação final do juiz, passando pelas teorias de interpretação e suas aplicações e por fim, apresentando o julgado do STF sobre a equiparação do racismo à homofobia.

Para finalizar essa parte e alcançar as considerações finais do artigo, propõe-se explanar, num primeiro momento, o conceito de verdade, qual tipo de verdade que se vivencia no processo, quais correntes ou teorias de interpretação, seus paradigmas e sua importância no processo. Depois, discute-se a relativização das decisões, explanando se a melhor decisão a ser tomada deve ser a correta ou a mais adequada ao caso concreto, trazendo um julgado do STF, qual seja, a ação de inconstitucionalidade por omissão, de relatoria do Ministro Celso de Melo, quanto à equiparação do crime de homofobia ao de racismo.

No artigo, utiliza-se o método dedutivo-interpretativo no que diz respeito à análise do processo e da verdade, das correntes de interpretação, seus paradigmas e ao caso concreto. Depois, como metodologia de análise, será utilizada a pesquisa dogmático-

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

jurídica de natureza bibliográfica, por meio da consulta de obras, revistas, legislação e jurisprudência brasileira atinente à temática.

Por fim, ressalta-se que o presente artigo tem como relevância social e acadêmica a introdução ao debate da importância da validade da verdade para a efetivação de sentenças, sem intenção de findar o assunto, a fim de que também seja explorado por outros acadêmicos e venha somar à Academia de Direito.

2 PROCESSO E VERDADE

Inicialmente, convém dizer, que a ideia da verdade provém do latim "*veritas*" e carrega uma difícil definição. Para Nietzsche (2014), por exemplo, a verdade é um ponto de vista. Ele não define nem aceita a definição da verdade, com a justificativa de que não se pode alcançar uma certeza sobre a definição do oposto da mentira.

Isso porque, é um conceito extremamente abstrato e que dependendo da ótica, pode ter outro significado. Todavia, de modo geral, está associado à conformidade daquilo que se diz com aquilo que se pensa ou sente. Percebe-se que esse significado não abrange o teor do que se vê, apenas do que se pensa ou sente. Isso porque, o campo do que se enxerga é relativo de cada pessoa e, portanto, uma percepção atinente de cada um.

Esse caráter relativo da verdade, mormente o da verdade processual, vem muitas vezes descrito com alusão ao conceito de probabilidade, já que, sendo esta verdade não absoluta, necessariamente, ela passa a ser provável. (TARUFFO, 2013, p. 47).

Nesse sentido, cumpre explanar no presente artigo, sem qualquer pretensão de completude, alguns paradoxos que perfazem o conceito da verdade e que, de vários modos, caracterizam-na.

Importante iniciar com os antagonismos que cada pessoa tem à sua verdade pessoal, de modo tal que ninguém comete erros e qualquer construção do mundo é verdadeira para aqueles que nela creem, a exemplo de quando, em um contexto problemático e histórico, acreditava-se que os negros eram inferiores aos brancos ou que judeus eram inferiores aos alemães ou, ainda, que a Terra era plana e que o sol girava em torno dela.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Isso porque, independentemente da época, cada um tem a sua verdade pessoal, já que esta é delineada a partir de influências socioculturais, econômicas, educacionais e por vezes, geracionais, haja vista a crença em algo passado de pai para filho, de geração para geração.

Contudo, é considerável afirmar que o conceito do oposto da mentira vai muito além disso, mesmo que essas contradições sejam necessárias para a própria possibilidade de se ter uma opinião sobre a realidade e, assim, tonar-se possível questioná-la, considerando-se as narrativas subjetivas que a descrevem.

Dessa forma, com o fito de melhor precisar o significado que a verdade assume no contexto do processo, resta, então, demonstrar os tipos de verdades segundo a definição de que esta não deriva da coerência das narrações, mas da correspondência à realidade dos fatos e dos eventos que esses descrevem. (TARUFFO, 2013, p. 46).

Assim, têm-se a verdade material, que consiste na adequação daquilo que realmente é com aquilo que é dito, diferentemente da verdade formal que é a validade de uma conclusão à qual se chega seguindo as regras de inferências a partir de postulados e axiomas aceitos. Têm-se também a verdade absoluta, que sabidamente não se mostra relevante para o processo, haja vista ser ela conceituada como aquela que tem um fim em si mesma e para todos.

Ao passo que a verdade absoluta não tem importância para o processo, salienta-se o conceito da verdade relativa, que representa, segundo Taruffo (2013), uma aproximação àquela que se poderia considerar como correspondência perfeita dos enunciados aos fatos reais que esses descrevem, sendo este um grau de aproximação, maior ou menor, de acordo com a qualidade de informações sobre as quais se funda o conhecimento dos fatos dos quais se trata.

Na conjuntura do processo, isso significa dizer que a verificação da correspondência dos enunciados, ou seja, a verificação da verdade aos fatos materiais que descrevem obedece à qualidade e quantidade das provas/informações sobre as quais se funda a reconstrução dos fatos realizada pelo Juiz.

Nesse sentido, convém dizer que o senso comum pensa o processo a partir da necessidade de interpretação judicial em dada causa e a necessidade de, por meio do método bem construído, a resposta dada ser a mais justa e mais correta. (HIDALGO, 2011, p. 186)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Salienta-se que, o conhecimento da verdade relaciona-se com essa interpretação judicial mais justa no contexto em que, doravante o método no qual se desenvolve sua busca e a partir da quantidade e qualidade de informações de que se dispõe, determina-se o limiar daquilo que se entende por realização do direito material, que em um sentido mais autêntico, é a realização do próprio Direito, em sua dimensão social, política e jurídica.

Assim, na conjuntura processual, faz-se necessário frisar também a diferença traçada entre verdade e certeza, já que os conceitos de ambas podem, por vezes, influir no processo por parte de quem quer provar algo. Ocorre com muita frequência, que se diga estar certo sobre a verdade de uma afirmação, ou que uma afirmação é verdadeira porque alguém está certo disso, todavia, discursos genéricos assim são equivocados.

Isso porque, a verdade, permeia bastante o campo da objetividade e pela realidade dos fatos do que se fala. A certeza, por seu turno, é um status subjetivo, que diz respeito à psicologia daquele que fala, e corresponde a um grau elevado de intensidade do convencimento do sujeito em questão.

Ademais, essas duas noções são evidentemente distintas, visto que a certeza corresponde a um grau de persuasão que um sujeito tem a respeito da veracidade de um enunciado, podendo fazer distinções de acordo com o grau de certeza, que pode ser diferente dependendo do caso e da justificativa utilizada para sustentar-se a própria certeza.

No que diz respeito àquilo que interessa em maior escala ao presente estudo, a verificação da verdade tem suma importância quando da ética do justo processo. Frisa-se assim, o surgimento de duas noções diferentes, sendo a primeira delas, um processo justo quando são postas em prática todas as garantias processuais, fundamentais, e em particular aquelas que concernem às partes e a segunda, que diz respeito ao modo do qual o processo é arquitetado, sendo necessário assegurar as garantias fundamentais.

Essas duas percepções estão diretamente ligadas às teorias procedimentais e materiais-substanciais. Assim, de um lado têm-se as teses procedimentalistas que fazem do procedimento, o modo ideal de operar a democracia, a partir de uma universalização aplicativa, afastando qualquer possibilidade de intervenção substantiva, ou seja, da matéria. (STRECK, 2011, p. 81).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, têm-se a tese substancialista que, por seu turno, aplica a perspectiva de que a implementação dos direitos fundamentais-sociais, afigura-se como condição de possibilidade de validade da própria Constituição Federal, naquilo que, segundo Streck (2011) diz, representa de elo conteudístico que une política e direito.

Em síntese, a corrente substancialista é a mais adequada para uma decisão justa no processo, já que o conceito de decisão justa implica que a resolução da ação seja tomada em consideração a si mesma, distinguindo-a do procedimento do qual representa o resultado e a valorando segundo um critério autônomo, independente daquele empregado para a valoração da justiça do procedimento. (STRECK, 2011). Ou seja, a justiça da decisão não deriva exclusivamente da correção do procedimento e nessa não se exaure, e sim, no mérito, na matéria.

Ademais, a teoria material-substancialista parece a mais adequada, também tendo em vista que é desarrazoado, considerando a pretensão de se construir as bases de um Estado Social Democrático de Direito no Brasil, destinar ao Poder Judiciário tão somente a função de zelar pelo respeito aos procedimentos para a formação da opinião e da vontade política, a partir da própria cidadania, como dita a corrente procedimentalista.

Em suma, a análise da decisão relativa à veracidade ou falsidade dos fatos no âmbito do processo não pode partir senão da determinação de quais fatos se trata, ou seja, da construção das narrativas relativas aos fatos da causa, o que dá ensejo à estima da teoria da verdade relativa, sendo esta a mais adequada.

Por fim, em relação ao processo, este é justo se, e desde que, conforme dita a teoria material-substancialista seja correto o procedimento em que se articula, residindo aí a importância da análise da verdade, visto que, por conseguinte, a apuração desta é necessária, ainda que insuficiente, sozinha, para determinar a justiça das decisões. Isso em razão de que, é perfeitamente possível que as partes e até mesmo os advogados do processo não tenham qualquer interesse na descoberta desse escopo aqui explanado.

3 PARADIGMAS DE INTERPRETAÇÃO - APLICAÇÃO E DECISÃO JUDICIAL

Na presente seção aborda-se o embate jurisdicional entre a metafísica clássica e a filosofia da consciência; três estágios hermenêuticos para o fundamento de uma decisão judicial; e a concretude do Direito enquanto sede de interpretação.

3.1. O embate jurisdicional entre a metafísica clássica e a filosofia da consciência

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Como critério de aferição da prestação jurisdicional, sua aplicação e decisão, é importante demonstrar a forma pela qual a mesma ainda se encontra presa aos esquemas abarcados pela metafísica clássica e filosofia da consciência, principalmente no que tange a dicotomia sujeito/objeto (VIEIRA, 2013, p. 21).

Assim, elenca Vieira (2013), alguns paradigmas de linguagem que norteiam a atuação do poder judiciário e que acabam por influenciar na aplicação e decisão judicial. Isso porque, a atuação da jurisdição em nada se concretiza se estiver distante do paradigma filosófico que a norteia.

Portanto, é interessante denunciar os problemas existentes nas decisões, perpassando necessariamente pela superação desses paradigmas, os quais ainda hoje se baseia a atuação do poder jurisdicional.

O primeiro paradigma é a metafísica clássica, que se entende por um período de gênese, por meio do pensamento grego, até o surgimento da modernidade, com a obra de Descartes. Nesse período, a filosofia da linguagem possuía notadamente um perfil mais objetivista, em que a linguagem tinha como função, servir como instrumento, ou seja, ser meio de expressão, designação de objeto ideal. (STRECK, 2013, P. 22).

A metafísica clássica é mais bem compreendida com a análise de Platão, cujo pensamento norteou toda a era helenística. Compreende-se assim, que a linguagem desempenha em Platão um verdadeiro ataque às teorias da significação, então em voga, na filosofia grega. Para este renomado filósofo, uma palavra é justa, certa, na medida em que traz a coisa à apresentação, isto é, na medida em que é apresentação da coisa. (VIEIRA, 2013, P. 22)

Dessa forma, é fácil compreender que Platão concebe como função da linguagem, o instrumento hábil que busca demonstrar a ideia de determinada coisa, sua essência imutável. Sendo importante ressaltar essa concepção para o estudo da verdade, no que diz respeito ao fato de que esta não se dá por meio da linguagem, que acaba por se tornar insuficiente para expressar aquilo que é imutável no mundo das coisas.

Portanto, para Platão, somente no mundo não sensível das ideias (metafísico) pode-se buscar a verdade. Ele buscava a verdade "nas coisas mesmas". (VIEIRA, 2013, P. 27).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Outrossim, é com Descartes e Kant que nasce e se desenvolve a metafísica moderna, calcada na filosofia da consciência, igualmente importante para melhor compreensão da verdade.

Como brevemente exposto, acreditava-se na metafísica clássica, em que o objeto era autônomo, ou seja, existia independemente do intérprete, de sua experiência. Deste modo, nesse período a linguagem era considerada como mero meio, instrumento, por meio do qual os sentidos eram comunicados. (VIEIRA, 2013, P. 31).

Todavia, Descartes traz a ideia do "*cogito*", o qual configurava-se no primeiro ponto de quebra do paradigma objetivista e essencialista criado na metafísica clássica, haja vista que o sujeito e o subjetivismo passavam a ter mais importância para a teoria moderna.

Isso porque, o conhecimento não surge mais nessa teoria, pela "visão" de um objeto, mas pela "produção", fruto da espontaneidade criadora do homem, fruto da vontade de aprender e se desenvolver racionalmente, como sujeito pensante mesmo. Dessa maneira, para Descartes, o sujeito por meio de sua racionalidade, é o ponto ideal da verdade e o ponto de partida para qualquer conhecimento.

A metafísica kantiana, por seu turno, eleva a filosofia sobremaneira ao campo da subjetividade. Diz ele: "das coisas conhecemos *a priori* só o que nós mesmos colocamos nelas." Ou seja, para conhecermos sobre algo basta que pensemos ou interpretemos subjetivamente o que estamos vendo.

Ademais, entende-se por essa teoria, como aquela em que, segundo STRECK, "assujeitam-se as coisas", ou seja, o sujeito não se orienta pelo objeto, mas o objeto é orientado pelo sujeito, que é o ponto central do nosso conhecimento.

Por fim, é interessante ressaltar que para o processo é de fundamental importância ter esse embasamento lógico da filosofia clássica e moderna, tendo em vista que decidir é interpretar e interpretar é aplicar. Assim, as teorias ora apresentadas acrescentam sobremaneira na forma de ver o Direito, principalmente quanto à análise da decisão judicial, ao buscar suas condições de possibilidade. (VIEIRA, 2014, P.35).

3.2. Três estágios hermenêuticos para o fundamento de uma decisão judicial

Os estudos da interpretação ganharam mais reconhecimento após o advento das constituições pós-guerra, haja vista que a partir disso, passaram a surgir as mais diversas concepções sobre os princípios constitucionais, bem como a positivação do direito. Dessa

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

forma, tratar de hermenêutica é uma tarefa complexa, pela qual para o senso comum, nada mais é do que a "arte de interpretar", porém, seu significado vai muito além disso.

A hermenêutica compreende mais ou menos um conjunto de regras/métodos com o objetivo de interpretar e compreender corretamente os diversos textos que povoam o cenário cultural humano, seja no campo da arte (literatura, poesia), seja no campo religioso (interpretação de textos sagrados), seja no âmbito jurídico (interpretação de textos de lei, decreto, jurisprudência, etc). (STRECK, 2014, P. 209).

Ressalta-se a importância de se compreender que a hermenêutica não pretende apenas reunir um conjunto de conhecimentos teóricos acerca do problema interpretativo-compreensivo, mas, conforme o iluminismo, ela busca também produzir critérios para a afirmação da certeza e da objetividade no processo de interpretação e compreensão, residindo aí sua importância para a aferição da verdade e ulterior decisão justa. (STRECK, 2014, P. 209)

Para Heidegger por exemplo, a hermenêutica conceitua-se como um elemento antropológico, por meio do qual toda compreensão se encontra já fundamentada em uma compreensão que o ser humano tem de si mesmo, enquanto ser histórico dotado de existência, ou seja, compreender a nós mesmos e a nossa história é condição de possibilidade para que possamos compreender textos, palavras, histórias e, portanto, possamos interpretar.

Assim, segundo Streck (2014), a hermenêutica teve que passar por três estágios para entendermos seu conceito como o que acima foi exposto. São eles: hermenêutica especial, teoria geral da interpretação e a hermenêutica fundamental.

Acorde à classificação do renomado hermeneuta, têm-se que a hermenêutica especial caracterizava-se como aquela marcada pela fase da transição da idade média para a idade moderna, em que se descobriu os escritos profanos e a necessidade de interpretá-los, também no contexto da Reforma Protestante, que existia a necessidade de se buscar outra justificativa para a interpretação da bíblia que não tivesse reduzida à imposta pela igreja. (STRECK, 2014, P. 211).

Essa fase é também conhecida como hermenêutica teológica, já que se dedicava à arte da interpretação dos textos sagrados, sendo considerada também como uma fase especial, tendo em vista que funcionava como uma disciplina especial para a interpretação

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

de textos. Frisa-se destacar ainda, que essa época foi importante para estabelecer uma das preocupações fundamentais da hermenêutica, qual seja: demonstrar ser um contraponto refletido contra qualquer tipo de absolutismo dogmático.

Por seu turno, o estágio da hermenêutica como teoria geral da interpretação, teve como considerável participação de estudo e definição, o filósofo, teólogo e hermeneuta, Friedrich Schleiermacher, que muito contribuiu no que diz respeito aos problemas dos mal-entendidos que poderiam surgir na compreensão de um texto, o que corroborava para uma interpretação completamente distinta do sentido que o autor imprimia. (STRECK, 2014, P. 212)

A solução e método apresentado por Schleiermacher era, segundo Streck (2014), uma continuidade do modelo circular da tradição, por meio do qual o intérprete se movimentaria do todo para a parte e da parte para o todo, de modo a apurar a compreensão a cada movimentação realizada. Esse estudo, então denominado como "círculo hermenêutico", preservaria o sentido original e a compreensão finalmente estaria de acordo com o que o autor teria imprimido.

Por fim, têm-se também a hermenêutica fundamental, da qual Heidegger, em sua obra "Hermenêutica da Faticidade", diz ser esta utilizada para compreender o ser fático do "ser-aí" e permitir a abertura do horizonte para o qual ele se encaminha, que é a própria existência. Assim, é possível captar que o fenômeno principal de Heidegger ao expor essa ontologia, é a compreensão, haja vista que é a partir daí que o estudo da hermenêutica passa a ter raízes existenciais. (STRECK, 2014, P.213).

3.3. A concretude do Direito enquanto sede de interpretação

O acontecer da interpretação ocorre a partir de uma fusão de horizontes, já que compreender é sempre o processo de fusão dos supostos horizontes para si mesmos. Assim, segundo STRECK (2014), é possível e necessário desmistificar a tese corrente no senso comum teórico dos juristas, de que o juiz primeiro decide e depois justifica/fundamenta sua decisão.

Sucede-se que, é ilógico pensar dessa maneira, tendo em vista que racionalmente primeiro se pensa e interpreta sobre algo, para depois decidir. O julgador não decide para depois buscar a fundamentação, e sim, o contrário. Isso porque, a interpretação não é um ato de vontade e de impulso e se assim o fosse, incorreria no descumprimento do que preconiza o princípio da imparcialidade e do juiz natural.

Assim, é interessante lembrar que o Direito possui uma especificidade que reside na relevante circunstância de que a interpretação de um texto normativo depende de sua conformidade com um texto de validade superior, ou seja, da Constituição. Esta que, mais do que um texto, é a própria condição de possibilidade hermenêutica de outro texto, fenômeno construído historicamente como produto de um pacto constituinte. (STRECK, 2014, P. 229).

Por fim, como cediço, não se interpreta, sob hipótese alguma, um texto jurídico desvinculado da antecipação de sentido representado pelo sentido que o intérprete da constituição tem. Nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição, nem esta pode ser vista como se fosse um ser sem categoria.

Por isso, as condições de possibilidades para que o intérprete, sendo ele o julgador ou não, possa compreender um texto implicam a existência de uma pré-compreensão (seus prejuízos) acerca da totalidade (que a sua linguagem possibilita) do sistema jurídico-político-social. E sendo a Constituição o fundamento de maior validade de todo o ordenamento jurídico, de sua interpretação/aplicação, adequada ou não, é que surgirá a sua efetividade ou inefetividade. (STRECK, 2014, P. 231).

4 ANÁLISE DO JULGADO DO STF - ADO 26

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 foi proposta pelo Partido Popular Socialista (PPS) em face de alegada inércia legislativa atribuída ao Congresso Nacional que estaria frustrando a tramitação e a apreciação de proposições legislativas apresentadas com o objetivo de incriminar todas as formas de homofobia e de transfobia, em ordem a dispensar efetiva proteção jurídico-social aos integrantes da comunidade LGBTI+ (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transsexuais, Intersexos, e todas as outras demais identidades).

Assim, é importante analisar o processo de argumentação na ADO 26, em especial quanto à equiparação do crime de homofobia ao de racismo.

Este tópico fica assim dividido: teor do acórdão; omissão legislativa e papel do poder judiciário; reserva legal; elementos históricos e culturais; interpretação conforme; crítica à interpretação conforme do termo racismo; e ADO 26 - Avanço ou retrocesso?

4.1. Teor do Acórdão

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Nos termos do acórdão de 13 de junho de 2019 (p. 10) a ação direta de inconstitucionalidade foi conhecida parcialmente por unanimidade de votos, e por maioria, julgada procedente, com efeito geral e vinculante, para: **a)** reconhecer o estado de mora inconstitucional do Congresso Nacional na implementação da prestação legislativa destinada a cumprir o mandado de incriminação a que se referem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição, para efeito de proteção penal aos integrantes do grupo LGBTI+; **b)** declarar, em consequência, a existência de omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União; **c)** cientificar o Congresso Nacional, para os fins e efeitos a que se refere o art. 103, § 2º, da Constituição c/c o art. 12-H, "caput", da Lei nº 9.868/99; **d)** dar interpretação conforme à Constituição, em face dos mandados constitucionais de incriminação inscritos nos incisos XLI e XLII do art. 5º da Carta Política, para enquadrar a homofobia e a transfobia, qualquer que seja a forma de sua manifestação, nos diversos tipos penais definidos na Lei nº 7.716/89, até que sobrevenha legislação autônoma, editada pelo Congresso Nacional, seja por considerar-se, nos termos deste voto, que as práticas homotransfóbicas qualificam-se como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento plenário do HC 82.424/RS (caso Ellwanger), na medida em que tais condutas importam em atos de segregação que inferiorizam membros integrantes do grupo LGBTI+, em razão de sua orientação sexual ou de sua identidade de gênero, seja, ainda, porque tais comportamentos de homotransfobia ajustam-se ao conceito de atos de discriminação e de ofensa a direitos e liberdades fundamentais daqueles que compõem o grupo vulnerável em questão; e **e)** declarar que os efeitos da interpretação conforme a que se refere a alínea "d" somente se aplicarão a partir da data em que se concluir o presente julgamento, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli (Presidente), que julgavam parcialmente procedente a ação, e o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente

Votaram os ministros Celso de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Cármen Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Marco Aurélio, e Dias Toffoli.

Votaram para reconhecer a omissão dez ministros, sendo o voto divergente do Ministro Marco Aurélio.

Votaram para equiparação à lei 7.716, oito ministros, tendo sido três votos divergentes, dos Ministros Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Dias Toffoli.

4.2. Omissão legislativa

A Constituição em seu art. 5º, XLI determina que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais", o que serve como garantia ao objetivo fundamental de "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação" previsto no art. 3º, IV do texto constitucional.

No art. 5º, XXXIX o texto constitucional determina que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". A Constituição não define crimes nem comina penas, o próprio texto constitucional atribuiu essa tarefa à lei. O art. 5º, XLI é, portanto, como exposto no acórdão, um mandado de incriminação, ou seja, é um comando dado ao legislador para que criminalize determina conduta e comine uma pena respectiva.

A redação do art. 5º, XLI tem uma grande amplitude semântica, não exemplificando quais hipóteses de discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais deveriam ser criminalizadas. Alguns dispositivos são mais específicos, art. 5º, XLII por exemplo, define que "a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei". Portanto, há um aparente largo grau de liberdade ao legislador ordinário para definir em que consistiriam essas discriminações atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais.

Em relação ao mandado de incriminação, caso não obedecido pelo legislador, poderia este incorrer em omissão total ou omissão parcial. Não é possível se falar em omissão total quanto ao mandado art. 5º, XLI, ante a existência da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989.

A referida lei inicialmente punia apenas os crimes resultantes de preconceitos de raça e de cor. A Lei nº 9.459, de 15 de maio de 1997 inseriu ao rol de proteção da primeira lei "etnia, religião ou procedência nacional", passando, portanto, a punir "os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional".

Não há referência direta a discriminação ou preconceito em razão de orientação sexual ou identidade de gênero, sendo assim, tais grupos, pelo menos até o advento da ADO 26, não se encontravam inseridos no âmbito de aplicação da lei, estando, portanto, fora do alcance da tutela penal.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Portanto, não é possível dizer que o legislador está em omissão total em relação ao mandado de incriminação do art. 5º, XLI da Constituição; o que é possível ser analisado é se houve omissão parcial no caso, em relação a algum dos grupos que deveria ter sido tutelado pelo dispositivo, o que foi entendido pelo Supremo Tribunal Federal, salvo o Ministro Marco Aurélio, como existente.

4.3. Papel do Poder Judiciário em caso de omissão

Quanto ao papel do Poder Judiciário em caso de omissão, nos termos do acórdão da ADO 26 (p. 3), o Poder Judiciário ao realizar sua atividade hermenêutica deve tornar efetiva a ação estatal na prevenção e repressão aos atos de preconceito e/ou de discriminação praticados contra pessoas integrantes de grupos sociais vulneráveis.

No voto do Ministro Celso de Mello (p. 127), destaca-se que o procedimento hermenêutico realizado pelos órgãos do Poder Judiciário do ordenamento positivo não se confunde com o processo de elaboração legislativa. O ministro, entretanto, dispõe que o ordenamento normativo nada mais é senão a sua própria interpretação, e que a interpretação, atividade típica do Poder Judiciário, não importa usurpação das atribuições normativas dos demais poderes.

Quanto aos efeitos, o Ministro Celso de Mello (p. 80) significa que ação direta por omissão deve ser vista e qualificada como instrumento de concretização das cláusulas constitucionais frustradas, em sua eficácia, pela inaceitável omissão do Poder Público, impedindo-se, desse modo, que se degrade a Constituição à inadmissível condição subalterna de um estatuto subordinado à vontade ordinária do legislador comum.

Como elemento de concretização, portanto, definiu-se no acórdão que até a edição de lei pelo Congresso Nacional, as condutas de preconceito e de discriminações contra orientações sexuais e identidades de gêneros seriam penalizadas nos termos já existentes para os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

4.4. Reserva legal

Para o Ministro Celso de Mello (p. 62) a definição típica das condutas delituosas está subordinada ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal (CF, art. 5º, XXXIX), o que inviabiliza qualquer pleito cujo acolhimento implique desconsideração dessa garantia fundamental, segundo a qual não há crime nem pena sem lei anterior que os

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

defina, excluída, portanto, a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal.

Apesar de o ministro ter esse posicionamento, no caso, parece ter havido uma certa flexibilização do preceito constitucional da reserva legal, já que em seu voto determinadas condutas (preconceito ou discriminação contra orientações sexuais e identidades de gênero) passaram a ser definidas como crimes e a ter cominadas penas sem que o tenha sido editada lei em sentido estrito.

Ou no voto do ministro Celso de Mello há uma contradição, ou há uma justificativa que adeque o exposto pelo ministro quanto à reserva legal e a decisão que equiparou os crimes de homofobia e transfobia aos crimes da lei 7.716.

Para o ministro Ricardo Lewandowski (p. 514) a extensão do tipo penal para abarcar situações não especificamente tipificadas pela norma penal incriminadora parece atentar contra o princípio da reserva legal, que constitui uma fundamental garantia dos cidadãos, que promove a segurança jurídica de todos; (p. 511) não sendo viável invocar os precedentes concretistas por conta de uma distinção fundamental a incidir no caso: o processo diz respeito a matéria penal, sujeita a reserva legal absoluta.

Para o ministro Marco Aurélio (p. 553) a estrita legalidade, no que direciona à ortodoxia na interpretação da Constituição Federal em matéria penal, não viabiliza ao Tribunal, em desconformidade com expressa e clara restrição contida na Lei Maior, esvaziar o sentido literal do texto, mediante a complementação de tipos penais.

Ainda destaca o Ministro Aurélio (p. 554) que operada a transmutação dos delitos previstos na legislação de regência em crimes com descrições típicas indeterminadas mediante interpretação judicial, a delimitação do alcance do tipo penal não mais estará vinculada à lei em sentido estrito, mas, antes, ao subjetivismo dos magistrados no exercício das funções ínsitas ao Estado-Juiz, em prejuízo da tão almejada segurança jurídica, ausente prévia delimitação das condutas alcançadas pelo texto legal.

Por último, para o Ministro Marco Aurélio (p. 556) eventual opção pela criminalização de condutas motivadas pela "orientação sexual e/ou identidade de gênero, real ou suposta, da vítima" há de se dar na esfera própria, em outra parte da Praça dos Três Poderes que não o Plenário do Supremo, não podendo, possível omissão, ser suplantada por exegese extensiva da legislação em vigor.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Portanto, o Ministro Celso de Mello, apesar de ter um grande apreço à reserva legal, conseguiu chegar a um raciocínio para equiparação de uma conduta a um crime, por fundamentos que serão detalhados nas próximas seções. Os Ministros Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio, por outro lado, deram ainda maior destaque à legalidade estrita, tendo os dois, e o Ministro Dias Toffoli que seguiu o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, divergido da posição majoritária do julgamento, e não equiparando as condutas homofóbicas e transfóbicas ao crime de racismo, ressaltando, em suma, não ser possível invocar os precedentes concretistas devido a matéria penal estar sujeita a reserva legal absoluta, que o direito penal não pode ficar vinculado ao subjetivismo dos magistrados, e que a criminalização, ainda que existente omissão, deveria ser feita pelo poder competente, o legislativo.

4.5. Elementos históricos e culturais

Dos elementos que são utilizados para se chegar à verdade processual, o principal elemento que se analisa nesta pesquisa, é influência da sociedade e das raízes histórico-culturais do nosso país em relação ao caso concreto, em especial em casos de grande repercussão ou de problemáticas antigas. Verifica-se em diversos pontos na fundamentação do acórdão da ADO 26 referências a fatores reais, históricos e contemporâneos, da sociedade que servem como justificação da decisão dos magistrados.

No voto do Ministro Celso de Mello (p. 65) é dado destaque à perseguição histórica em relação à comunidade homossexual brasileira durante o período da Coroa Portuguesa, tendo as Ordenações do Reino (Afonsinas, 1446; Manuelinas, 1521; Filipinas, 1603) previsto rigorosa criminalização, incluindo pena capital, além ainda da atuação do Santo Ofício. Portanto, a questão da homossexualidade no Brasil foi tratada historicamente e institucionalmente com cruel repressão.

Ainda no voto do Ministro Celso de Mello (p. 72), quanto ao cenário contemporâneo, se destaca que os dados estatísticos demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, e ainda, que o Brasil ocupa o primeiro lugar no ranking mundial desse tipo de violência. O ministro (p. 75) termina a seção de seu voto valorando os números como assustadores e, citando Paulo Roberto Iotti Vecchiatti, de que se verifica no Brasil, uma verdadeira banalidade do mal homofóbico e transfóbico.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Portanto, pode-se perceber que os elementos histórico-culturais são levados em consideração pelo magistrado como fundamentação de sua decisão no caso concreto, sendo que foi observado no Brasil uma perseguição histórica e institucional em razão de orientação sexual e identidade de gênero que perduram até os dias atuais.

4.6. Interpretação conforme

O método de interpretação utilizado para fazer a equiparação foi o de interpretação conforme a Constituição. Branco e Mendes (2021) ao dispor sobre este método de interpretação, concluem que se uma norma infraconstitucional, pelas peculiaridades da sua textura semântica, admite mais de um significado, sendo um deles coerente com a Constituição e os demais com ela incompatíveis, deve-se entender que aquele (o compatível) é o sentido próprio da regra em exame. Conforme já exposto, vale destacar que conforme Streck (2013) a interpretação de um texto normativo depende de sua conformidade com um texto de validade superior, a Constituição.

O Ministro Celso de Mello (p. 115) traz uma noção de racismo que não se resume a um conceito de ordem estritamente antropológica ou biológica, projetando-se, ao contrário, numa dimensão abertamente cultural e sociológica, abrangendo, inclusive, as situações de agressão injusta resultantes de discriminação ou de preconceito contra pessoas em razão de sua orientação sexual ou em decorrência de sua identidade de gênero.

Para o ministro, portanto, a interpretação de "racismo" como um conceito cultural e sociológico, e não apenas biológico ou antropológico, seria aquela, portanto, a interpretação conforme a Constituição.

O Ministro Celso de Mello (p. 130), sumariza que o entendimento por ele exposto não envolve aplicação analógica *in malam partem*, inadmitida em matéria penal, não formula tipos criminais nem comina sanções penais, pois constitucionalmente inviável tipificação de delitos e à cominação de penas mediante provimentos jurisdicionais, ainda que emanados do Supremo Tribunal Federal, mas que se limita à mera subsunção de condutas homotransfóbicas aos diversos preceitos primários de incriminação definidos em legislação penal já existente (Lei nº 7.716/89), na medida em que atos de homofobia e de transfobia constituem concretas manifestações de racismo, compreendido este em sua dimensão social: o denominado racismo social

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Portanto, tal interpretação permite ao ministro superar a questão da reserva legal, por ele mesmo tão ressaltada, pois a partir dessa interpretação seria possível inserir no tipo de racismo as condutas preconceituosas ou discriminatórias contra pessoas por sua orientação sexual ou identidade de gênero.

4.7. Crítica à interpretação conforme

O que "raça" e "racismo" significam? Cada pessoa tem uma verdade pessoal quanto ao conceito de raça e racismo. O processo da ADO 26 também procurou definir uma verdade quanto ao conceito de racismo, utilizando a técnica de interpretação conforme (a Constituição) para chegar a uma verdade processual, que não é uma verdade absoluta, mas uma verdade relativa.

A verdade relativa, vale relembrar, é definida por Taruffo (2013) como uma aproximação àquela que se poderia considerar como correspondência perfeita dos enunciados aos fatos reais que esses descrevem, sendo este um grau de aproximação, maior ou menor, de acordo com a qualidade de informações sobre as quais se funda o conhecimento dos fatos dos quais se trata.

A interpretação do ministro Celso de Mello, equiparando condutas homofóbicas e transfóbicas ao racismo causa est. O conceito de racismo, apesar de, é claro, possuir variações semânticas, tem um substrato biológico essencial; o ministro Celso de Mello, ainda que acompanhando de alguns autores, parece estar mudando o sentido da palavra, alterando de forma ampliativa os seus elementos delimitadores. Nesse sentido, alguns conceitos da palavra raça:

> ra·ça
>
> (italiano razza)
>
> **substantivo feminino**
>
> 1. Divisão tradicional de indivíduos cujos caracteres físicos biológicos são constantes e hereditários (ex.: raça amarela, raça branca, raça negra, raça vermelha). [Os progressos da genética levam hoje a rejeitar qualquer tentativa de classificação racial.]
>
> 2. Subdivisão de uma espécie animal (ex.: raças bovinas; raça de cães).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

3. Conjunto de ascendentes e descendentes de uma família, um povo; geração. = DESCENDÊNCIA, ESTIRPE, FAMÍLIA, GERAÇÃO, LINHAGEM

4. Conjunto de pessoas da mesma profissão, das mesmas tendências (ex.: raça dos poetas).

5. [Figurado] Conjunto de indivíduos ou coisas da mesma qualidade. = CASTA, CLASSE, ESPÉCIE, JAEZ, LAIA, TIPO

6. [Informal] Coragem, determinação ou espírito de luta (ex.: atleta com raça).

7. Mínima quantidade de qualquer coisa (ex.: não mostrou raça de qualquer escrúpulo). = SINAL, VESTÍGIO

8. [Regionalismo] Réstia de sol.

substantivo masculino

9. [Portugal, Informal] Expressão usada para exprimir contrariedade ou descontentamento (ex.: o raça da rapariga só faz disparates; o raça do carro não quer andar).

"raça", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa [em linha], 2008-2021, https://dicionario.priberam.org/ra%C3%A7a [consultado em 29-05-2022].

Sem dúvidas o racismo, a homofobia e a transfobia têm diversas características semelhantes, gerando discriminação e exclusão de grupos, mas a identidade de um certo número de atributos entre os termos não eliminam as diferenças próprias de cada um dos termos.

O termo discriminação, por exemplo, pode incluir o racismo, a homofobia e a transfobia, além de outras formas de discriminações (e.g. capacitismo e sexismo). Portanto, discriminação pode ser considerada um gênero do qual racismo, homofobia e transfobia seriam espécies. O ministro parece estar aproximando ou mesmo igualando o conceito de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

racismo, que é mais específico, ao de discriminação, que é mais genérico, de forma a englobar a homofobia e transfobia.

O racismo no caso específico do Brasil tem como vítima principal a população negra. O Projeto de Lei 668/1988, que foi transformado na Lei Ordinária 7716/1989, tem sua Justificação voltada à população negra, ressaltando as privações desta população ao direitos da cidadania devido à prática odienta do racismo. Não há qualquer citação a orientação sexual ou identidade de gênero em sua tramitação.

Nesse sentido, para o Ministro Marco Aurélio (p. 553) ao versar a discriminação ou o preconceito considerada "a raça, a cor, a etnia, a religião ou a procedência nacional", a Lei nº 7.716/1989 não contempla a decorrente da orientação sexual do cidadão ou da cidadã.

Conforme a *American Anthropological Association* (1998) a ideologia quanto à raça foi utilizada como estratégia para dividir, hierarquizar e controlar pessoas colonizadas; justificar desigualdades sociais, econômicas e políticas entre pessoas; e no nazismo a ideologia quanto a raça e diferenças raciais culminou no extermínio de onze milhões de pessoas de raças consideradas inferiores.

Conforme já exposto anteriormente neste artigo, pessoas levaram a questão racial ao status de uma verdade pessoal, realmente acreditando na superioridade de uma raça em relação outra, de modo que a construção de mundo baseada nessa verdade pessoal era considerada verdadeira.

Assim, não é possível negar a dimensão social do racismo, os efeitos sociais quanto à percepção racial podem ser os mais diversos; podem existir sociedades tolerantes, nas quais a percepção racial, se existir, não implica discriminações ou preconceitos, e também podem existir sociedades extremamente intolerantes, ao ponto de chegar a genocídios raciais.

Entretanto, toda essa dimensão social do racismo, muitas vezes preponderante, não elimina o caráter biológico intrínseco do racismo, muito menos o confunde com o conceito de orientação sexual ou identidade de gênero.

Portanto, a argumentação do ministro Celso de Mello, seguida sem grandes alterações pelos demais ministros que votaram seguindo aquele, apesar de ser bastante extensa e bem fundamentada em diversos outros aspectos, parece ter faltado em técnica quanto a interpretação conforme (a Constituição) do termo "racismo", chegando a uma

"inverdade processual". Ainda, com a devida vênia, parece ter sido técnica do ministro para evitar enfrentar a questão da reserva legal.

4.8. ADO 26 - Avanço ou Retrocesso?

De acordo com o que foi explanado no tópico anterior, acerca do teor da ADO 26, percebe-

se que o STF usou, como ponto de percepção para chegar a equiparação do crime de racismo ao de homofobia, suas verdades pessoais acerca do tema. Assim, fazendo referência ao que já exposto na anteriormente no presente artigo, a verdade pessoal é aquela que sofre influências culturais, geracionais, históricas e sociais, independentemente da época em que a pessoa se encontra.

Eis o cerne do problema, qual seja: o STF teria sofrido essas influências, ainda que fosse desarrazoado em face do que preconiza no art. 5º, XXXIX, de nossa carta magna e o princípio da separação de poderes?

Destarte, é válido lembrar que esse mesmo artigo determina que "não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal". Logo, é sabido que, para uma lei ter sua existência, é necessário que passe pelo crivo e análise do poder legislativo. Porém, como demonstrado anteriormente, no conteúdo da ADO 26, constava a criminalização da homofobia a partir de um critério que não se perfazia no âmbito da competência privativa do legislativo, qual seja, a função jurisdicional apta a tipificar condutas, individual e separadamente.

Essa criminalização da homofobia partiria de um critério equiparativo a um crime que surgiu em um outro contexto histórico e que, apesar de igualmente ofender uma minoria, não tem o mesmo grau de complexidade e de sofrimento, haja vista uma matéria tratar sobre raça e a outra sobre gênero.

Frisa-se que, como dito no capítulo anterior do presente artigo, a interpretação não é um ato de vontade e nem de impulso, sendo no mínimo razoável uma ação como essa imperar no sentido da individualização e procedimento legal do crime de homofobia, com base no processo legislativo que toda lei passa, sem arbitrariedades ou possível violação funcional.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Outrossim, Montesquieu, em sua obra "Espíritos das leis" (1996), concebe a teoria da separação dos poderes como forma de melhor governança de um Estado, a partir da compreensão dos freios e contrapresos, visando o controle e autonomia de cada poder para decidir sobre o que lhe convir, não ultrapassando os limites funcionais de cada um e regendo-se sempre pela harmonia entre si.

Dessa forma, estar em harmonia com os limites funcionais de cada um é também estar em harmonia com o próprio autolimite. Esse autolimite diz respeito à encontrar equilíbrio, não só quando decidir sobre a sociedade e para a mesma, mas também para evitar descompassos, arbitrariedades e ativismo judicial, principalmente quando tratar de matéria tão delicada.

5 CONCLUSÃO

A verdade absoluta não se mostra relevante para o processo; a verdade processual é uma verdade relativa, que pode ser mais próxima ou distante da verdade absoluta, conforme a qualidade e a quantidade das provas e informações do processo.

Existem duas noções quanto a um processo justo. A primeira noção é procedimental, o processo justo seria aquele que todas as garantias processuais são respeitadas, e a segunda noção é substancial, o processo justo seria aquele que implementa os direitos fundamentais. A segunda noção parece mais adequada, ainda mais considerando as pretensões constitucionais em matéria de direitos fundamentais do Estado brasileiro, sendo desarrazoado destinado ao Poder Judiciário apenas a função de zelar pelo respeito às normas procedimentais.

A atuação jurisdicional se encontra vinculada a um determinado paradigma filosófico. No primeiro paradigma, a metafísica clássica, a verdade existiria no mundo das ideias, e não no mundo sensível, o objeto existiria independente do sujeito. No segundo paradigma, a metafísica moderna, há uma inversão da relação entre sujeito e objeto, sendo o objeto orientado pelo sujeito.

A hermenêutica pretende estabelecer critérios de interpretação certos e objetivos. Em classificação de Streck (2013) a hermenêutica passou por três estágios: (i) hermenêutica especial ou teológica, do qual se destaca o contraposto ao absolutismo dogmático (ii) teoria geral da interpretação, do qual se destaca o "círculo hermenêutico", técnica de interpretação do todo para a parte, e da parte para o todo e (iii) hermenêutica fundamental, em que a o estudo da hermenêutica passa a ter raízes existenciais.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

É importante destacar que a interpretação deve preceder a decisão, o julgador não pode primeiro decidir e depois tentar fundamentar sua decisão. A interpretação não é um ato volitivo, o julgador deve se manter imparcial e não deixar suas convicções pessoais afetarem sua decisão. Também, o julgador-intérprete não pode deixar de observar em seu processo interpretativo o texto constitucional, sendo a Constituição para Streck (2013) a própria condição de possibilidade hermenêutica de outro texto.

Na ADO 26 utilizou-se uma interpretação para se chegar a uma decisão de equiparação da homofobia e transfobia ao crime de racismo (Lei 7.716).

Quanto ao primeiro ponto trazido na delimitação do tema da pesquisa, pode-se perceber que os elementos histórico-culturais foram levados em consideração como fundamentação da decisão no caso concreto, sendo que foi observado no Brasil uma perseguição histórica e institucional em razão de orientação sexual e identidade de gênero que perduram em alto grau até os dias atuais.

A interpretação do termo racismo como racismo social permitiu superar a questão da reserva legal, pois a partir dessa interpretação seria possível inserir no tipo de racismo da Lei 7.716 as condutas preconceituosas ou discriminatórias contra pessoas por sua orientação sexual ou identidade de gênero, e não se estaria criando um crime ou cominando uma pena.

Entretanto, toda essa dimensão social do racismo, muitas vezes preponderante, não elimina o caráter biológico intrínseco do racismo, muito menos o confunde com o conceito de orientação sexual ou identidade de gênero, não estando estes grupos abarcados no âmbito da Lei 7.716, estando nesse sentido o Ministro Marco Aurélio.

No entendimento do STF, parece ter faltado em técnica quanto a interpretação conforme (a Constituição) do termo “racismo”, chegando a uma “inverdade processual”. Ainda, com a devida vênia, parece ter sido técnica para evitar enfrentar a questão da reserva legal.

Fazendo uma análise propriamente da questão da reserva legal, três ministros entenderam não ser possível invocar os precedentes concretistas devido a matéria penal estar sujeita a reserva legal absoluta, destacando ainda que o tipo penal não pode ficar vinculado ao subjetivismo dos magistrados, e que a criminalização, ainda que existente omissão, deveria ser feita pelo poder competente, o legislativo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Uma abordagem argumentativa melhor sobre o tema poderia ter sido feita pelo Supremo Tribunal Federal com base na teoria das colisão de princípios, mas somente os ministros vencidos enfrentam realmente a questão da reserva legal, tendo se posicionado sobre sua prevalência em relação a omissão em matéria penal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMERICAN ANTHROPOLOGICAL ASSOCIATION. **AAA Statement on Race.** Disponível em: https://www.americananthro.org/ConnectWithAAA/Content.aspx?ItemNumber=2583. Acesso em: 28 mai. 2022.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira Mendes. **Curso de direito constitucional**. 16. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADO 26**. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053. Acesso em: 17 mai. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 17 mai. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm. Acesso em 27 mai. de 2022.

BRASIL. **PL 668/1988**. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=180567 Acesso em: 28 mai. de 2022.

HIGALDO, Daniela Boito Maurmann. **Relação entre direito material e processo:** uma compreensão hermenêutico: compreensão e reflexos da afirmação da ação de direito material. Porto Alegra: Livraria do Advogado Editora, 2011.

NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Crepúsculo dos ídolos, ou, como se filosofa com o martelo**. Porto Alegre: L&PM, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise:** uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado Editora, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e decisão jurídica**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e Consenso:** constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TARUFFO, Michele. **Processo civil comparado:** ensaios. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A EFETIVIDADE DA DIGNIDADE DA JUSTIÇA NA CONDENAÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NA JUSTIÇA DO TRABALHO

ANGELA FABRÍSIA COUTINHO BRANDÃO: Acadêmico do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. [246]

RODRIGO ARAÚJO SARAIVA[247]

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho traz as considerações acerca da efetividade da dignidade da justiça na condenação de multa por litigância de má-fé na justiça do trabalho, a partir de uma pesquisa bibliográfica e documental, buscando-se atender aos objetivos, quais sejam demonstrar a importância do acesso à Justiça em relação à boa-fé processual, analisar a função essencial da justiça, estudar a litigância de má-fé na Justiça do Trabalho e avaliar a aplicação da pena de multa por litigância de má-fé na Justiça do Trabalho. Esse estudo aborda um tema novo na seara trabalhista, pois, só após a promulgação da Lei nº 13.467/2017 é que se passou a disciplinar mecanismos de maior efetividade acerca do tema. Assim, a problemática se refere à efetividade da aplicação de multa por parte do magistrado da justiça do trabalho para coibir atos de litigância de má-fé. Assim, dispõe-se, primeiramente, um estudo histórico acerca da litigância de má-fé na justiça brasileira. Em seguida, a responsabilidade das partes no processo trabalhista, as sanções cabíveis quando alguma delas faltar com os deveres impostos. Por fim, faz-se um estudo acerca da multa como sanção aplicada aos litigantes de má-fé, tratando-se da sua efetividade na busca pela lealdade e celeridade processual.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça do Trabalho, Litigância de Má-Fé, Lei 13.467/2017, Multa.

1 INTRODUÇÃO

A Litigância de Má-Fé na seara processual trabalhista, antes da promulgação da Lei nº 13.467/2017, restava aplicada subsidiariamente baseada no disposto no Código de Processo Civil.

246 *E-ail*:angelafabrisiajus@gmail.com

3 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA, Prof. Mestre em Direito. Rodrigo Araújo Saraiva *E-mail*: rodrigoaviaras@hotmail.com

Entretanto, a promulgação da referida Lei, denominada de "Reforma Trabalhista" trouxe, para a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, artigos tratando do tema, buscando colocar à disposição dos magistrados trabalhistas, mecanismos de maior efetividade para coibir atos de má-fé das partes.

Destarte, esses dispositivos (sanções) aplicados aos litigantes de má-fé versam em pena pecuniária (multa), objeto deste estudo, e ainda, reparação de danos causados à parte contraria se constatado.

Note-se que, a fixação dessa sanção é realizada pelo juiz, levando em consideração o ato praticado pelo litigante, não tendo ligação com os prejuízos causados ao lesado, nem mesmo com a avaliação de eventual indenização.

Assim, o presente estudo se justifica por abordar um tema que, antes da promulgação da Lei nº 13.467/2017, produzia grandes prejuízos para todo o judiciário trabalhista, bem como, por proporcionar embasamento para futuras pesquisas e um maior aprofundamento do tema de grande importância para a Justiça do Trabalho.

Para tanto, tem-se como objetivo geral demonstrar a importância do acesso à Justiça em relação à boa-fé processual e como objetivos específicos: a) Analisar a função essencial da justiça; b) Estudar a litigância de má-fé na Justiça do Trabalho; e c) Avaliar a aplicação da pena de multa por litigância de má-fé na Justiça do Trabalho.

Nesse diapasão, na seara da Justiça do Trabalho, a litigância de má-fé está prevista na CLT, nos artigos 793-A ao art. 793-D, os quais foram incluídos pela Lei nº 13.467/17 e possuem a mesma redação do CPC, com relação às condutas que configuram litigância de má-fé. Nesse contexto, o presente estudo busca responder se a aplicação de multa por parte do magistrado da justiça do trabalho possui efetividade para coibir atos de litigância de má-fé.

Para o estudo deste tema, realizou-se uma pesquisa bibliográfica e documental em obras de renomados pesquisadores sobre o tema, na jurisprudência pátria, bem como, na doutrina disposta em artigos e monografias encontrados na rede mundial de computadores – Internet, constatando-se ser o tema de grande relevância nas ações trabalhistas.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Assim, em um primeiro momento, faz-se um estudo histórico acerca da litigância de má-fé na justiça brasileira. Na sequência, aborda-se a responsabilidade das partes no processo trabalhista, as sanções cabíveis quando alguma delas faltar com os deveres impostos. Por fim, em um terceiro momento, aborda-se a multa como sanção aplicada aos litigantes de má-fé, tratando-se da sua efetividade.

2 EVOLUÇÃO DA LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ NO DIREITO BRASILEIRO

Mesmo com a desvinculação política de Portugal em 1922, o Brasil continuou a adotar, integralmente, as Ordenações Filipinas como lei brasileira por meio do Decreto de 20 de outubro de 1823, passando, o mesmo, a reger o processo civil brasileiro até meados do século XIX, quando da instituição do Código de Processo Comercial, intitulado de Regulamento 737. Entretanto, as Ordenações Filipinas se mantiveram, ainda, a reger a matéria processual civil e o Regulamento 737 passou a reger o processo comercial. (ALVES, 2013).

Nesse sentido, o Regulamento 737 trazia, em seu art. 94 previsão de multa à parte que havia interposta a ação com manifesta má-fé e caluniosamente.

Em 1890, a edição do Decreto n.º 763, instituía que o Regulamento 737 continuaria a reger as matérias civil e comercial, até que cada um dos Estados não tivesse o seu Código de Processo Civil.

Para Andrade (2004, p. 128), "os Códigos Estaduais pouco avançaram na sistematização do instituto da litigância de má-fé, senão que se revelam, em sua grande maioria, simples repetição das disposições encontradas no Regulamento de número 737".

Em 1939, com a edição do primeiro Código de Processo Civil, já se nota a repressão à litigância de má-fé, a partir da leitura dos arts. 3º e 63º, *in verbis*:

> Art. 3º. Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emolução, mero capricho ou erro grosseiro.
>
> Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.
>
> [...]

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Art. 63º. Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou houver se conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora, as custas do processo e os honorários do advogado. (BRASIL, 1939)

A entrada em vigor, em 1973, do Código de Processo Civil, a matéria veio regulada nos arts.14 a 18, com exclusividade, a partir do dever jurídico da lealdade processual, efetivamente construído como o dever fundamental imposto às partes, do qual decorrem outros deveres de idêntico conteúdo ético.

Este instituto, sofreu algumas modificações, sendo a primeira no ano de 1980, com a promulgação da Lei nº 6.771 de 27.03.1980, que alterou, significativamente, a redação do art.17.

A Lei nº 8.952, de 1994, trouxe alteração ao art.18; A Lei nº9.668, de1998, adicionou mais uma hipótese configuradora da má-fé processual ao art.17, criando uma multa a ser imposta ao litigante, além da indenização já prevista no art.18.

Em 2001, a Lei n.º 10.358, de 27.12.2001, acresceu o inciso V e o parágrafo único, ambos referentes ao art.14.

No entendimento de Andrade (2004, p. 131-132):

> As modificações e alterações ocorridas já lá no Código de Processo Civil de 1973 fez o instituto da litigância de má-fé experimentar um importante aperfeiçoamento em sua estrutura legal, com o objetivo de dotá-la de mecanismos que sobre exercem um controle ético-jurídico dos atos praticados no processo e buscar assegurar uma maior efetividade à prestação jurisdicional, como revela, por exemplo, a Lei Federal 10.358/2001.

O Código de Processo Civil atual – Lei nº 13.105 de 13 de março de 2015 - trouxe, em seu Capítulo II - "Dos Deveres das Partes e de Seus Procuradores". Em seus arts. 77 e 78 (Seção I) aborda os deveres das partes; os arts. 79, 80 e 81, da Seção II tratam da definição de litigante de má-fé e da responsabilidade das partes por dano processual; na Seção III são dispostas as despesas, os honorários advocatícios e as multas; com mais

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

especificidade, o art. 96 traz a previsão de que o valor das sanções impostas ao litigante de má-fé será revertido em benefício da parte contrária.

> Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:
>
> I - Expor os fatos em juízo conforme a verdade;
>
> II - Não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;
>
> III - Não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;
>
> IV - Cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;
>
> V - Declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;
>
> VI - Não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.
>
> § 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.
>
> § 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.
>
> § 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará

> o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no art. 97.
>
> § 4º A multa estabelecida no § 2o poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1o, e 536, § 1o.
>
> § 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.
>
> § 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.
>
> § 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.
>
> § 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

Na visão de Montenegro Filho (2016), o art. 77 acima disposto, enumera deveres conferidos às partes, procuradores ou outros que façam parte de alguma maneira do processo, em qualquer que seja a fase processual ou espécie de processo, não havendo, dessa maneira, direcionamento subjetivo, ao devedor, como antes estava disciplinado no antigo Código de 1973, mas, às partes ordinárias, aos terceiros, bem como, aos advogados, representantes das partes e auxiliares do juízo, além daquele que funcionar como *amicus curiae*. (Rezende, 2017). Portanto, a todos os participantes do processo, "além das faculdades para atendimento aos fins próprios dos atos procedimentais, também são impostos deveres direcionados a eficiência e efetividade do processo civil" (Caputo, 2016, p. 147).

Ainda, de acordo com Rezende (2017, p. 354-355):

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Os incisos IV e VI do artigo 77, disciplinam obrigações que exigem ações positivas e negativas a que partes, seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo devem obediência, sendo considerado ato atentatório à autoridade do Judiciário a infringência. Sem perder do horizonte o objetivo do processo e fundado no princípio da cooperação em sua modalidade preventiva, o legislador estabeleceu que a aplicação de punições deve ser precedidas de advertência (§1º do art. 77 do CPC/2015), quando, então, perpetuado o ato18, poderá ser aplicada multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta sem prejuízo das sanções criminais (prevaricação, desobediência ou fraude processual), civis (indenização por perdas e danos) e processuais (astreintes, presunções, etc.) cabíveis, podendo ainda, caso venha a ocorrer prática ilegal contra o estado de fato de bem ou de direito litigioso, ser o infrator proibido de falar nos autos até a restauração do estado maculado (§7º do art. 77 do CPC/2015).

Veja-se o que reza o art. 78 do CPC:

> Art. 78. É vedado às partes, a seus procuradores, aos juízes, aos membros do Ministério Público e da Defensoria Pública e a qualquer pessoa que participe do processo empregar expressões ofensivas nos escritos apresentados.
>
> § 1º Quando expressões ou condutas ofensivas forem manifestadas oral ou presencialmente, o juiz advertirá o ofensor de que não as deve usar ou repetir, sob pena de lhe ser cassada a palavra.
>
> § 2º De ofício ou a requerimento do ofendido, o juiz determinará que as expressões ofensivas sejam riscadas e, a requerimento do ofendido, determinará a expedição de certidão com inteiro teor das expressões ofensivas e a colocará à disposição da parte interessada. (BRASIL, 2015).

Note-se que o art. 78, acima disposto, trata do dever de urbanidade. Nesse sentido, vale dispor a assertiva de Mouzalas *et al* (2016, p. 158):

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> O dever de urbanidade (de todos os sujeitos para com eles mesmos), aliás, fica muito claro em diversos dispositivos do CPC. Pode-se citar, a título de exemplo, o inciso IV do artigo 360 e o §2º do art. 459. O próprio Código de Ética da Advocacia impõe, no art. 45, o dever de lhaneza, emprego de linguagem escorreita e polida, esmero e disciplina na execução dos serviços. Por mais que seja esdrúxula a situação apresentada, o sujeito não pode reagir com expressões agressivas, por que incompatíveis com a atividade processual.

Nesse sentido, pode-se inferir que o referido artigo possui como destinatários, além dos polos ativo e passivo e seus advogados, os juízes, membros do Ministério Público, a Defensoria Pública, bem como, qualquer pessoa que participe do processo, inclusive, os que prestem informações, como os peritos.

O art. 79 trata da responsabilidade das partes pelo dano processual. Neste sentido, ele caracteriza em termos gerais o que é litigância de má-fé, apontando também que assim agem devem responder por seus atos. Já no art. 80, existe uma definição mais específica do que é litigância de má-fé.

> Art. 79. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como autor, réu ou interveniente.
>
> Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
>
> I - Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II - Alterar a verdade dos fatos;
>
> III - Usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
>
> IV - Opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
>
> V - Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
>
> VI - Provocar incidente manifestamente infundado;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> VII - Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (BRASIL, 2015)

Note-se que, deve-se atentar ao fato de que, estes atos devem sempre ser provados, sendo, portanto, existir má-fé presumida.

Depois de serem apontados no artigo anterior os casos em que existe, efetivamente, a litigância de má-fé, o art. 81 a seguir disposto, traz a previsão da consequência legal para esses casos, conforme expõe:

> Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.
>
> § 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.
>
> § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.
>
> § 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos. (BRASIL, 2015)

Quando são descumpridos os deveres que lhes são incumbidos durante o curso processual, as partes e os demais intervenientes respondem por perdas e danos nos termos do art. 79, citado anteriormente. Assim, o art. 81 dispõe acerca da indenização em seus três parágrafos.

Atente-se ao fato de que,

> O descumprimento de quaisquer deveres processuais resultará na imposição de sanção pecuniária podendo ser cumulada, ou não, com outras espécies de sanção. Muitas vezes, a sanção pecuniária

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> apresenta-se como a maneira mais rápida e efetiva para produzir efeitos no mundo fático. (TRILHANTE, 2022, p. 2).

Logo, quando se atenta ao disposto no art. 81, pode-se inferir que o legislador consagrou a reparação pecuniária no caso de dolo processual. Entretanto, existem casos em que a sanção pecuniária é aplicada concomitantemente com outras sanções buscando prevenir o comportamento reprovável ou eliminar os efeitos do ilícito.

Interessante os dizeres de Grinover (2001, p. 224):

> No Brasil, raríssimas são as aplicações de sanções ao litigante de má-fé, talvez porque a multa reverte em favor da parte prejudicada, caracterizando assim medida compensatória, na qual a dignidade da justiça não fica restabelecida. Por outro lado, é freqüente atribuir a litigância de má-fé ao advogado, e não à parte, de modo que a sanção que recai sobre esta não pune o verdadeiro responsável.

Por fim, vale aqui um resumo do que ocorreu historicamente com o instituto da litigância de má-fé até os dias atuais, para, em seguida, demonstrar, à luz desses dispositivos, a responsabilidade das partes no processo trabalhista. Assim, em 1973, o CPC que substituiu o de 1939, trouxe um destaque especial para a "litigância de má-fé". Inclusive dissertando o que seria considerado ato de litigância de má-fé. Depois, o CPC, de 2015 (Lei nº 13.105/2015), veio com algumas inovações quanto ao texto originário do código revogado (CPC/73).

A Lei nº 13.467/2017 inseriu dispositivos do instituto da litigância de má-fé na Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, praticamente reproduzindo o disposto contido no Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

3 A RESPONSABILIDADE DAS PARTES POR DANO PROCESSUAL NO PROCESSO TRABALHISTA

3.1 Sanções Cabíveis

A denominada Reforma Trabalhista acrescentou a Seção IV-A ao Capítulo II do Título X - Da Responsabilidade por Dano Processual – inserindo os artigos 793-A, 793-B, 793-C e 793-D à CLT conforme a seguir, conforme pode-se observar a seguir:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Da Responsabilidade por Dano Processual

> Art. 793-A. Responde por perdas e danos aquele que litigar de má-fé como reclamante, reclamado ou interveniente.

Sobre a má-fé, segundo o ensinamento clássico de Miranda (2002, p. 414):

> O dever de verdade impõe que o autor e o réu têm de apresentar fatos verídicos e não alterar, intencionalmente, os fatos apresentados. As partes e, com elas, os seus procuradores e advogados têm o dever de colaborar com o juiz e os outros auxiliares da justiça na realização do direito objetivo, finalidade do processo, na apuração da verdade e no andamento regular dos feitos.

Nesse sentido, todas as pessoas participantes no processo contencioso (litigantes), agem de má-fé quando, voluntária e conscientemente, de forma desleal e maldosa, impõe empecilhos para atingir/modificar o resultado do processo.

Vale, aqui, citar o pensamento de Dimarco (2003), acerca do assunto, do qual pode-se inferir que, a lealdade processual é a maneira de agir com verdade, sem ilegalidade, sem resistência, de maneira injustificada ou produzir incidentes, até mesmo recurso manifestamente protelatório. Se aplica nos casos de atuação maliciosa, e não, por ignorância dos litigantes. É uma ação de autodefesa da administração da justiça no combate ao travamento das lides e melhor agir nas controvérsias razoáveis. Assim, toda litigância de má-fé se perfaz em matéria de ordem pública, permitindo a aplicação da sanção *ex officio*, podendo e devendo os tribunais apor a condenação, mesmo que o órgão *a quo* não a tenha aplicado.

Note-se que, de acordo com o Instrução Normativa do Tribunal Superior do Trabalho nº 41, de 21.06.2018, essa nova redação, tem aplicação imediata.

> Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
>
> I - Deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
>
> II - Alterar a verdade dos fatos;
>
> III - Usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> IV - Opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
>
> V - Proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
>
> VI - Provocar incidente manifestamente infundado;
>
> VII - Interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório. (TST, 2018)

O entendimento do artigo 793-B, acima citado, faz remição ao art. 80 do CPC de 2015, no qual são apresentados os mesmos requisitos para configuração da litigância de má-fé.

Nesse sentido, embora a lei conceda a prerrogativa da livre produção de provas, não concede ao litigante a possibilidade de distorcer a verdade dos fatos, nem produzir provas que sejam capazes de iludir o Julgador, levando-o a julgar contrariamente às provas levadas aos autos. De acordo com Polli e Alves (2021, p. 9):

> Os Tribunais Superiores dos Estados, julgam conforme a boa-fé objetiva, observando a cada caso de um ângulo diferente, analisando o padrão ético e moral, além concretude regulados pela honestidade e lealdade, o que é de suma importância para os julgamentos processuais, bem como para a livre convicção do Juiz.

Assim, o citado artigo, aponta várias ações processuais condenáveis, e, no caso de dolo, deve haver a punição do agente, processualmente e materialmente, com reparação dos prejuízos, nos termos do art. 927 do Código Civil. Logo, nenhuma ação considerada em litigância de má-fé poderá ser punida com ausência de dolo, ou seja, com intenção deliberada e manifesta em causar prejuízo ou confusão procedimental.

Para Lima e Lima (2017, p. 127): os incisos IV e VII se direcionam

> "Basicamente aos empregadores, que, mesmo ciente de que são devedores, abusam do processo para massacrar o reclamante, objetivando desestimular outras demandas" e que "as empresas vão sair mais oneradas do processo, porque agora incidem sobre as

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> condenações honorários advocatícios e dificilmente não se configurará a litigância de má-fé".

Por fim, tem-se a redação do inciso IV, que diz respeito ao caso em que um dos litigantes provoca o estabelecimento de um incidente ou ajuíza uma ação sem fundamentação razoável. Essa conduta, também, se caracteriza como protelatória e, assim, é tida como má-fé, conforme é possível verificar:

> Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.
>
> § 1º Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juízo condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.
>
> § 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.
>
> § 3º O valor da indenização será fixado pelo juízo ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos. (BRASIL, 1943).

Na visão de Maschietto (2017, p. 6)

> O *caput* traz apenas uma diferença irrisória em relação do CPC quando trata da multa utilizando-se gramaticalmente de números cardinais para tratar da fração da multa (1 e 10), sendo que no CPC a descrição é apenas de numerais por extenso. Mas como dissemos, trata-se de diferença apena de forma ortográfica.

Note-se que, a diferença mais significativa está no §2º, o qual traz a previsão de que quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até "duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social", quando no

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

CPC a previsão é de que a multa poderá ser fixada em "até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo".

Destarte, em resumo, o art. 793-C impõe que o juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, deve condenar o litigante de má-fé a pagar multa sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Para Maschietto (2017, p. 7) "Trata-se de uma pena aplicada à parte, de natureza processual, que visa resguardar o respeito ao Poder Judiciário, punindo a má conduta daquele que infringe o dever de lealdade".

Por fim, o legislador inovou com a previsão de multa à testemunha que mentir em juízo ou ainda omitir fatos essenciais à demanda judicial, conforme art. 793-D, *in verbis:*

> Art. 793-D. Aplica-se a multa prevista no art. 793-C desta Consolidação à testemunha que intencionalmente alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa.
>
> Parágrafo único. A execução da multa prevista neste artigo dar-se-á nos mesmos autos. (BRASIL, 1943)

Este artigo seria desnecessário, tendo em vista que o ordenamento jurídico pátrio já prevê a multa ou reprimenda a testemunha que falte com a verdade. No CPC esta previsão está contida nos artigos 5, 6, 77, 80 e 458 e, na CLT, nos artigos 793-A, 793-B e 793-C. (MASCHIETTO, 2017).

Segundo Silva (2017, p. 148):

> Esse dispositivo tornará muito difícil a vida da testemunha do empregador, que vai depor na constância do contrato de trabalho e, por temor de revide ou assustada com os acontecimentos, silencia sobre fatos expressivos ou altera a verdade para agradar ao empregador, em detrimento de seu colega de trabalho. [...] se ela um dia se tornar reclamante, muitos questionamentos poderão surgir.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Por outro lado, é imprescindível que o magistrado se atente, antes de aplicar a multa, da existência do *animus ofendendi* e que a descrição de um fato se modifica de pessoa para pessoa, ou seja, poderá a testemunha não alterar os fatos, mas dar a sua visão.

Por fim, insta concluir que os deveres das partes e intervenientes do processo, estão regulados no princípio da boa-fé processual e, por conta desse princípio, a CLT, nos artigos acima analisados, implantou a seção sob a temática "da responsabilidade por dano processual", transcrevendo, praticamente, todo a normatização prevista no CPC de 2015, no que se refere à seção disposta nos artigos 79 a 81, acrescendo o artigo que impõe a aplicação de multa à testemunha que, intencionalmente, alterar a verdade dos fatos ou omitir fatos essenciais ao julgamento da causa.

Ainda, deve-se atentar ao fato de que imposição de sanções pelo magistrado deve respeitar os limites referentes à aplicação de penalidades, bem como, as garantias constitucionais do contraditório, acesso à justiça e a ampla defesa e, também, a comprovação do abuso de direito. Destaque-se que o fato de que a análise de necessidade de punição pelo exercício de ato ilícito, leva em conta, somente, o resultado do ato praticado ou a análise de hipóteses justificadoras da nulidade do ato abusivo e, se não se puder invalidar o ato não, a ineficácia parcial ou total do ato praticado (MIRAGEM, 2009).

Importante destacar, ainda, o teor do art. 6º do CPC atual, que dispõe: "Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva". Aqui, vê-se claramente o que a doutrina denomina de Princípio da Cooperação, ou seja, impõe o dever das partes do processo de colaborem entre para que o Estado-juiz tenha condições de oferecer uma tutela jurisdicional de maneira rápida e apropriada.

Nesse sentido, tem-se a visão do Relator Alfeu Machado no Acórdão nº 1011021,1ª Turma Cível, TJDFT em julgamento no dia 19/4/2017:

> Pelo princípio da cooperação depreende-se que o processo é produto de uma atividade cooperativa triangular, composta pelo juiz e pelas partes, que exige uma postura ativa, de boa fé e isonômica de todos os atores processuais, e, especificamente do juiz, a atuação como agente colaborador do processo, e não mero fiscal de regras, visando à tutela jurisdicional específica, célere e adequada. Traduz-se, portanto, em um diálogo entre partes e juiz,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> que encontra, porém, limites na natureza da atuação de cada um dos atores processuais. (MACHADO, 2017, p. 1).

Note-se que o referido princípio se perfaz como um desdobramento dos tão importantes Princípios da Boa Fé e Lealdade Processual.

4 A EFETIVIDADE DA MULTA COMO SANÇÃO APLICADA AOS LITIGANTES DE MÁ-FÉ

O Código de Processo Civil de 2015 trouxe penas mais rigorosas à litigância de má-fé. Na visão de Perseguin (2019, p. 2): "Isto porque era comum a demanda temerária no Judiciário, abarrotando as serventias e transformando as causas em verdadeiras loterias e fonte de enriquecimento ilícito e/ou sem causa".

Da leitura das inovações trazidas pelo novo CPC, note-se que o legislador demonstrou a intenção de se aplicar subsidiariamente e supletivamente do processo civil no processo trabalhista, desde que se observe a compatibilidade com as normas e os princípios do Direto do Trabalho, sobretudo, a litigância de má-fé, objeto do presente artigo.

Perseguin (2019, p. 2) disserta que:

> Há que se destacar que os juízes trabalhistas já aplicavam a litigância de má-fé do Código de Processo Civil antes mesmo da Reforma Trabalhista de 2017, ainda que de forma esparsa e em casos extremos, em que o dolo/malícia da litigância de má-fé era fortemente afirmado e comprovado.

Destarte, a partir da reforma essa punição restou formalizada na CLT, o que, sem sombra de dúvidas trouxe maior segurança jurídica e tornou obrigatória a sua aplicabilidade pelo juiz.

Em nível dos tribunais pátrios, já existe uma grande jurisprudência acerca do tema – multa como sanção aplicada aos litigantes de má-fé – mormente levando-se em conta o disposto no CPC que, na visão de Câmara (2017, p. 66):

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Prevê o CPC como sanção para quem comete ato atentatório à dignidade da justiça uma sanção pecuniária (art. 76, § 2o), consistente em multa de até vinte por cento sobre o valor da causa (ou, sendo este irrisório, em até dez vezes o valor do salário mínimo, nos termos do art. 76, § 5), a ser fixada de acordo com a gravidade da conduta. Tal multa não exclui, porém, a incidência de outras sanções criminais, civis ou processuais (como seria, por exemplo, a sanção por litigância de má-fé). Também se pode cumular esta multa com outras, que incidem sempre que, no cumprimento de sentença, o devedor não cumpre voluntariamente a decisão judicial no prazo (arts. 523, § 1, e 536, § 1), como expressamente prevê o § 4o do art. 77. Imposta a multa, e estabelecido um prazo para seu pagamento, deverá o punido quitá-la, sob pena de ver a mesma inscrita como dívida ativa da União ou do Estado (conforme o processo tramite na Justiça Federal ou na Estadual), o que só poderá ocorrer após o trânsito em julgado da decisão que a tenha fixado. Sua execução se fará pelo procedimento da execução fiscal, e o valor pago a título de multa reverterá para o fundo de modernização do Poder Judiciário de que trata o art. 97. Essa multa por ato atentatório à dignidade da justiça não pode ser imposta aos advogados das partes (públicos ou privados), aos Defensores Públicos e aos membros do Ministério Público. A responsabilidade destes será apurada pelos órgãos de classe ou corregedorias respectivas, a quem o juiz, por ofício, comunicará o ocorrido (art. 76, § 6).

4.1 Jurisprudência Pátria Acerca da Matéria

O Superior Tribunal de Justiça – STJ possui vários entendimentos que balizam as punições admissíveis nos casos em que existe litigância de má-fé por uma das partes.

Essa prática e as possíveis punições vêm despertando diversas discussões no STJ e, muitas vezes, críticas ao sistema recursal. No entendimento do ministro Og Fernandes, há uma carência de sanções efetivas para coibir a interposição indefinida de recursos nas cortes do país. Ao julgar o Ag Int no MS 24.304 – RJ, assim discorreu o ministro:

> Somente em um sistema recursal como o brasileiro, em que a sucessão indefinida de recursos e ações incidentais é a regra, é que se admite esse tipo de reiteração de conduta, porque, em verdade,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> inexiste qualquer sancionamento legal efetivo para esse comportamento processual, salvo eventuais condenações por recurso protelatório ou litigância de má-fé, as quais são, no mais das vezes, da mais clara ineficiência prática, diante de valores irrisórios atribuídos à causa. (Fernandes, 2018, p. 2).

Entretanto, já se perfaz consolidado no Superior Tribunal o entendimento de que a interposição de recursos, quando cabíveis ao processo, por si próprio, não sugere litigância de má-fé nem ato que atente à dignidade da Justiça. Nesse sentido, a ministra Nancy Andrighi, no julgamento do REsp 1.333.425, em 2012, assim afirmava: "A mera interposição do recurso cabível, ainda que com argumentos reiteradamente refutados pelo tribunal de origem ou sem a alegação de qualquer fundamento novo, apto a rebater a decisão recorrida, não traduz má-fé nem justifica a aplicação de multa". (Andrighi, 2012, p. 3).

Também, é do entendimento da Corte que, a intenção dolosa é imprescindível para que se tenha caracterizada a litigância de má-fé, com capacidade de aplicação da multa prevista no art. 81 do CPC. Assim se expressa Marco Buzzi (2019, p. 6), no AgInt no AREsp 1.427.716: "A simples interposição de recurso não caracteriza litigância de má-fé, salvo se ficar comprovada a intenção da parte de obstruir o trâmite regular do processo (dolo), a configurar uma conduta desleal por abuso de direito".

No que diz respeito à possibilidade de cumulação, a Corte Especial do STJ, quando do julgamento do Tema 507 dos recursos repetitivos, firmou o entendimento de que é plausível a cumulação de multa aplicada em sede de caráter protelatório dos embargos declaratórios com a sanção por litigância de má-fé:

> A multa prevista no artigo 538, parágrafo único, do Código de Processo Civil tem caráter eminentemente administrativo – punindo conduta que ofende a dignidade do tribunal e a função pública do processo –, sendo possível sua cumulação com a sanção prevista nos artigos 17, VII, e 18, parágrafo 2º, do Código de Processo Civil, de natureza reparatória. (STJ, 2014, p.1).

Em 2017, o relator convocado, Lázaro Guimarães, fixou multa de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa tendo em vista o reconhecimento da litigância de má-fé, no Ag Int na PET na Rcl 34.891:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> A conduta do agravante que, desprezando as mais comezinhas regras de competência constitucional, aventura-se em interpor recurso especial contra texto expresso da Constituição Federal, do Código de Processo Civil e do Regimento Interno do STJ, reputa-se como de litigância de má-fé, devendo ser coibida mediante a incidência da multa prevista no artigo 81 do CPC. (Guimarães, 2017, p.1).

Por fim, tem-se o entendimento da Quarta Turma do STJ, segundo qual, não pode ser aplicada a penalidade por litigância de má-fé "contra advogado, público ou privado, ou membro da Defensoria Pública ou do Ministério Público". Segundo essa Turma, esses atores não se sujeitam à punição em razão de sua atuação profissional, cabendo ao magistrado encaminhar ao respectivo órgão de classe a solicitação de apuração de eventual responsabilidade disciplinar.

Note-se que, a litigância de má-fé se caracteriza como a conduta das partes, embasadas no CPC, que infringe os princípios da lealdade e boa-fé processual, bem como, atenta contra a dignidade da relação jurídica processual. A penalidade por litigância de má-fé é a sanção, que possui, por fim, a inibição e repreensão de ações do litigante de má-fé e, como visto alhures, se aplica a ambas as partes, tendo em vista que o fim da norma é assegurar a dignidade do processo, como um instrumento público e de confiabilidade da justiça.

5 CONCLUSÃO

Como discutido no presente estudo, as mudanças ocorridas vieram para cumprir um papel importante na busca pela lealdade e celeridade processual.

A reforma na legislação trabalhista, trouxe um capítulo específico que trata da responsabilidade processual, bem como, da atribuição das penalidades decorrentes da litigância de má-fé.

Entretanto, a referida reforma não menciona, de forma revelada na seara lei do processo do trabalho, no tocante aos deveres das partes e sujeitos do processo, impondo as multas e consequências para as partes.

Dessa maneira, seria interessante e oportuna a inclusão na lei de dispositivo semelhante ao previsto no artigo 5º do CPC atual, que dispõe acercada boa-fé objetiva processual para todos aqueles que, de alguma maneira, fizerem parte do processo e, até

mesmo, a indicação dos deveres das partes e participantes do processo, mas, assim não se posicionou a Lei nº 13.467/2017, tratando, somente, das penalidades.

Logo, se essa disposição viesse expressa na lei processual trabalhista, com fulcro nas hipóteses contidas no art, nº 77 do CPC, seria mais simplificada a aplicação de "figuras como o *contempt ou court* (incisos VI e VI do art. 77 do CPC) e mesmo dos atos atentatórios à dignidade da justiça, nada obsta sua aplicação subsidiária, conforme alhures explicado". (Perseguin, 2022, p.1).

Assim, tem-se que no caso da violação aos incisos IV e VI resta definido como ato atentatório à dignidade da justiça, com sanções expressas por meio do § 2° do art. 77. Por outro lado, a ofensa aos demais incisos fará com que o causador responda pelos danos processuais que causar (arts. nº79 a 81 do CPC).

Destarte, pode-se concluir que a condenação por litigância de má-fé atua em coibir demandas judiciais que buscam, somente, o desperdício de tempo e dinheiro das outras partes envolvidas no processo.

Logo, não existe afronta ao princípio constitucional de garantia ao acesso ao Judiciário, tendo em vista que a referida condenação, além de possuir caráter punitivo, atua buscando selecionar as demandas que serão apreciadas, excluindo-se as que acabam por congestionar o sistema, impedindo a celeridade processual.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Carlos Moreira. **Panorama do direito civil brasileiro**: das origens aos dias atuais. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/download/67220/69830/88633>. Acesso em: 1º maio de 2022.

ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de má-fé.** São Paulo: Editora Dialética, 2004.

ANDRIGHI, Nancy. **REsp 1.333.425.**Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1197079&num_registro=201201418484&data=20121204&formato=PDF>. Acesso em: 12 maio 2022.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939. **Código de Processo Civil**. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-1608-18-setembro-1939-411638-norma-pe.html>. Acesso em 30 abr. 2022.

_____. Câmara dos Deputados. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Código de Processo Civil.** Disponível em: < https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em 30 abr. 2022.

_____. Presidência da República. Lei nº 6.771, de 27 de março de 1980. **Introduz alterações no art. 17 do Código de Processo Civil.** Disponível em: <https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/103437/lei-6771-80>. Acesso em: 30 abr. 2022.

_____. Presidência da República. Lei nº 8.952, de 13 de dezembro de 1994. **Altera dispositivos do Código de Processo Civil sobre o processo de conhecimento e o processo cautelar**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8952.htm>. Acesso em: 1º maio 2022.

_____. Presidência da República. Lei nº 9.668, de 23 de junho de 1998. **Altera os arts. 17 e 18 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, que institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9668.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.668%2C%20DE%2023>. Acesso em: 29 abr. 2022.

_____. Presidência da República. Lei nº 10.358, de 27 de dezembro de 2001. **Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de conhecimento**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/L10358.htm#:~:text=LEI%20No%2010.358%2C%20DE%2027%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202001.&text=Altera%20dispositivos%20da%20Lei%20n>. Acesso em: 28 abr. 2022.

_____. Presidência da República. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 25 abr. 2022.

_____. Presidência da República. Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017. **Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis n º 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e

8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13467.htm>. Acesso em: 25 abr. 2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho – TST. Instrução Normativa TST nº 41, de 21.06.2018. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/intst41_2018.htm>. Acesso em: 03 maio 2022.

BUZZI, Marco. **AgInt no AREsp 1.427.716.**Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=95134786&registro_numero=201900648001&publicacao_data=20190503&formato=PDF>. Acesso em 13 maio 2022.

CÂMARA, Alexandre Freitas **O novo processo civil brasileiro**.3ed.São Paulo: Atlas, 2017.

CAPUTO, Paulo Rubens Salomão. **Novo código de processo civil articulado**:

remissões, referências, comentários e notas, quadro comparativo. Leme: JH Mizuno, 2016.

DIMARCO, Cândido Rangel. **A reforma da reforma**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FERNANDES, Og. **AgInt no MS 24.304 – RJ**. Disponível em: <processo.stj.jus.br/processo/julgamento/eletronico/documento/mediado/?documento_tipo=integra&documento_sequencial=90851032&registro_numero=201801124432&publicacao_data=20190201&formato=PDF>. Acesso em: 12 maio 2022.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ética, abuso do processo e resistência às ordens judiciárias: o contemptofcourt. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 26, n. abr./jun. 2001, p. 219-227. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/001226958>. Acesso em: 30 abr. 2022.

GUIMARÃES, Lázaro. **AgInt na PET na RECLAMAÇÃO nº 34.891 - SP (2017/0251716-0).** Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1723946&num_registro=201702517160&data=20180619&formato=PDF>. Acesso em 10 maio 2022.

LIMA, Francisco Meton Marques de; LIMA, Francisco Péricles Rodrigues Marques de. **Reforma trabalhista**. Entenda ponto a ponto. São Paulo: LTr, 2017.

MACHADO, Alfeu. Acórdão nº 101102. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/consultas/jurisprudencia/jurisprudencia-em-temas/novo-codigo-de-processo-civil/principio-da-cooperacao>. Acesso em: 1º jun. 2022.

MASCHIETTO, Leonel. **Litigância de má-fé**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Tomo: Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/397/edicao-1/litigancia-de-ma-fe>. Acesso em: 30 abr. 2022.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso de direito**: Ilicitude objetiva e limite ao exercício de prerrogativas jurídicas no direito privado. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários ao código de processo civil**. Tomo I. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MOUZALAS, Rinaldo; TERCEIRO NETO, João Otávio; MADRUGA, Eduardo. **Processo civil**. 8 ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

PERSEGUIN, Isabella Bishop. **Uma intersecção da litigância de má-fé após a entrada da reforma trabalhista e o CPC**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/73436/uma-interseccao-da-litigancia-de-ma-fe-apos-a-entrada-da-reforma-trabalhista-e-o-cpc>. Acesso em 3 maio 2022.

POLLI, Rebeca Ajala Giordani; ALVES, Narana Souza. **A litigância de má-fé no contexto da reforma trabalhista**. 2021. Disponível em: <https://www.repositoriodigital.univag.com.br/index.php/rep/article/download/821/810>. Acesso em: 2 maio 2022.

REZENDE, Renato Horta. **Atos atentatórios à dignidade da justiça e a sanção em numerusclausus:** interpretação sistemática do atual Código de Processo Civil. Prisma Jur., São Paulo, v. 16, n. 2, p. 341-370, 2017. Disponível em: <https://periodicos.uninove.br/prisma/article/view/7306>. Acesso em: 29 abr. 2022.

SHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da Lei nº 13.467/17. São Paulo: Ltr, 2017.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSIÇA - STJ. **Tema 507**. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&sg_classe=REsp&num_processo_classe=1250739>. Acesso em 10 maio 2022.

TRILHANTE. **Responsabilidade das partes por dano processual**. Disponível em: <https://trilhante.com.br/curso/deveres-das-partes-e-seus-procuradores/aula/responsabilidade-das-partes-por-dano-processual-2>. Acesso em: 30 abr. 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

A INEFICÁCIA DA LEI DE DIVULGAÇÃO DE NAZISMO: OS POSSÍVEIS IMPACTOS A LONGO PRAZO

ISABELA FERRAZ: Bacharelando do curso de Direito do Centro Universitário de Santa Fé do Sul/SP, UNIFUNEC

WALTER MARTINS MULLER

(orientador)

RESUMO: O presente trabalho tem o desígnio apontar a existência de grupos neonazistas no Brasil e o crescimento quem vêm tendo graças a impunidade que releva a exposição de ideologias discriminatórias que são transformadas em senso comum, que de forma indireta atrai simpatizantes, e analisar a ineficácia do crime de divulgação de nazismo, que tem como fundamental propósito coibir ideologias que enalteçam a discriminação racial, que entretanto, são inalcançáveis punitivamente, uma vez que houve falha proveniente do legislador; quanto mais tardio a apuração normativa, mais tribulação a justiça terá para reorganizar, logo, a cultura já estará acomodada. O objetivo conclusivo deste trabalho é atentar o espectador que no caso da lei não ser modificada emergencialmente, a longo prazo, grupos de ódio continuarão se expandindo e disseminando ideologias genocidas de forma impudente, e o possível impacto que surtirá na sociedade. Este projeto fora produzido baseado em artigos da internet, sites governamentais, revistas informativas, opiniões de operadores do direito e doutrinas jurídicas.

Palavras Chaves: Nazismo. Direito Penal. Crime. Racismo. Cultura.

ABSTRACT: The present work aims to point out the existence of neo-Nazi groups in Brazil and the growth they have had thanks to the impunity that reveals the exposure of discriminatory ideologies that are transformed into common sense, which indirectly attracts sympathizers, and to analyze the ineffectiveness of crime. the dissemination of Nazism, whose fundamental purpose is to curb ideologies that extol racial discrimination, which, however, are punitively unreachable, since there was a failure by the legislator; the later the normative verification, the more tribulation justice will have to reorganize, so the culture will already be accommodated. The conclusive objective of this work is to warn the viewer that in case the law is not changed urgently, in the long term, hate groups will continue to expand and disseminate genocidal ideologies in a reckless way, and the possible impact they will have on society. This project was produced based on internet articles, government websites, informative magazines, opinions of legal operators and legal doctrines.

Keywords: Nazism. Criminal Law. Crime. Racism. Culture.

1. INTRODUÇÃO

É de conhecimento que o Holocausto foi um período histórico de maior truculência mundial durante a segunda guerra, responsável pelo extermínio de mais de onze milhões de pessoas por decorrência de raça, orientação sexual, religião, procedência nacional e condição genética, entretanto, mesmo sendo um período quase suprimido, restou-se as marcas da discriminação que tanto atrai grupos políticos de ódio com a prerrogativa de seguir as ideologias retrógradas e catastróficas na intenção de revivê-las.

Os tais grupos de ódio operam diretamente, na maioria dos casos, clandestinamente através de fóruns da internet, todavia, entende-se que o medo da exposição das ideologias nazifascistas esteja se perdendo com as novas ondas de políticas extremistas, através de discursos de ódio disfarçados de senso comum que atua de forma dissimulada com a intenção de atrair simpatizantes.

No Brasil, essa concepção de falácias que propagam o ódio de forma não deslavada vem abarrotadas de ataques à comunidade LGBTQIA+, pessoas pretas, nordestinas, indígenas, ciganas e sem-teto. A primeira ideia que amplia o crescimento de tais ideais é o uso da falácia do racismo inverso, concebido pela *Ku Klux Klan*****, um dos discursos mais empregados por pessoas que deslegitimam a luta contra o racismo estrutural e todo seu contexto histórico.

O papel principal do opressor é retirar o foco daquilo que não te beneficia, do que não te protagoniza e do que vai contra seus privilégios, portanto, declarar tal falácia é uma tentativa de se apoderar do lugar das vítimas, e assim, aplicar de forma desesperada seus ideais fascismos.

Ao fim da hibernação, o neofascismo se expandiu no Brasil com o começo da Era Vargas, a principal forma de despolitizar causas sociais era alienando pessoas com falácias fantasmas da existência de ameaças advindas do esquerdismo radical centralizada pelo movimento comunista, e que seus maiores aliados seriam os ativistas das lutas antirracistas e antiLGBTQfobia, promovendo assim, um ataque direto a esses grupos.

Em 2020, o número de sites neonazistas aumentou gradativamente desde a início do mandato do governo atual, cerca de 204 páginas neonazistas surgiram durante o ano,

**** *Ku Klux Klan:* Grupo supremacista branco fundado em 1865 nos EUA, que tinham como idealismo, o extermínio de pessoas pretas e minorias sociais

segundo a organização não-governamental Safernet. A responsabilidade institucional advém do exibicionismo político recheado de falas ultradireitistas do atual presidente da república, que expõe sua demonização a comunidade LGBTQIA+, indígenas, grupos periféricos, ciganos e estrangeiros, que são tão bem vistas nos tais fóruns de exaltação à supremacia branca.

Ante da nova onda que dissemina a exterminação de grupos oprimidos, a jurisdição brasileira reconheceu a necessidade de implementar a lei de crimes raciais à fim de punir indivíduos que estejam diretamente envolvidos com a cultura racista, é o caso da implementação da Lei 7.716/89 (Lei Caó), que visa coibir a publicação de expressões discriminatórias, no entanto, há dúvidas sobre sua eficácia quanto a intenção de punir os determinados indivíduos neonazistas espalhados pela internet.

2. LEI 7.716/89

Formulada pelo advogado, militante e jornalista Carlos Alberto Caó de Oliveira, a Lei Caó tem como objetivo primordial combater crimes ligados diretamente com discriminação de oprimidos por conta da raça, cor, procedência nacional, religião e etnia, a necessidade da implementação deriva do número exorbitante de crimes de racismo no Brasil.

A Lei de Crime de Racismo é uma das leis mais importantes já implementada e favorável em relação aos direitos humanos, visto que à partir dela novas leis de proteção grupos sociais mais vulneráveis, a intenção é gerar uma reparação histórica de grupos oprimidos, todavia, dificilmente a lei consegue alcançar grupos mais vulneráveis, justamente por conta da omissão do judiciário e até mesmo o desconhecimento da lei.

É de amplo mérito ressaltar que há um hiato interpretativo entre injúria racial e crime de racismo, este que está presente nesta lei combate vários tipos de intolerância, não só contra raça, e a injúria racial se classifica como uma qualificadora do crime contra a honra, além de que afeta exclusivamente o indivíduo, este expresso no código penal em seu artigo 140 estabelece uma pena de 1 a 3 anos de reclusão, além de multa para as injúrias motivadas por elementos referentes a raça, cor, etnia, religião, origem, ou a condição de pessoa idosa ou portadora de deficiência.

A lei de crime de racismo, não vale somente para crimes contra raça ou etnia, a lei visa proteger e garantir direitos a todos os grupos determinados oprimidos durante a história, o que inclui a proteção de liberdade e dignidade de grupos que sofreram com a hierarquização e segregação, dentre eles, grupos religiosos e grupos ao que se refere a sexualidade e identidade de gênero.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em 2019, o Supremo Tribunal Federal decidiu que houve omissão inconstitucional do Congresso Nacional por não incrementar a criminalização de atos referente a homofobia e transfobia, assim ampliando na Lei 7.716/89 a ADO 26. Diante do voto, esclareceu Ministro Alexandre de Moraes (2019):

> Entende que todas as formas de homofobia e transfobia devem ser punidas com o mesmo rigor aplicado atualmente pela Lei de Racismo, sob pena de hierarquização de opressões, decorrente da punição mais severa de determinada opressão relativamente a outra.

Esclarece o Ministro Marco Aurélio (2019) que a tese estabelece que o conceito de racismo ultrapassa aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos e alcança a negação da dignidade e da humanidade de grupos vulneráveis.

Há contraposições sobre a lei que criminaliza atos racistas, ao tempo que poderá servir ao favor das minorias oprimidas, também trará oportunidade para que grupos radicais de ódio se aproveitem para se fortalecer na falácia do racismo reverso, logo que o artigo posiciona um papel de igualdade entre todos ao momento que a lei decide fazer jus a proteção de quaisquer raça, etnia, religião, orientação sexual, o que é uma inverdade, visto que a sociedade se constrói em uma hierarquização de classe e raça. Se existe uma necessidade de reparação histórica ao momento em que se cria uma lei específica, é necessário deixar esclarecido o contexto.

É fato que quando há debate referente ao racismo, automaticamente já se alcança o entendimento de quem é o oprimido, precisamente devido a história e aos algoritmos, contudo, há controvérsias que surgem com a tentativa de arquitetar lacunas, discutir falácias, reproduzir falsas notícias, e contrariar a justiça.

A verdade é que uma pessoa branca está isenta de sofrer racismo no Brasil, uma pessoa heterossexual jamais sofrerá preconceito por conta da sua orientação sexual e principalmente, ninguém no Brasil será caçado por seguir o cristianismo, por exemplo. A margem do preconceito consiste na instalação da cultura, daquilo que é costume e visto como comum, o que esteja fora dessa linha de observação não é tratado com normalidade. A longo prazo, a sociedade estará diante de um senso comum que nega a existência de opressão racial, os grupos de ódio se expandirão em proporções suficiente para reprimir quaisquer tipos de ativismo social.

3. INJÚRIA RACIAL

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O crime de injúria racial, se caracteriza por ser uma qualificação de crime contra a honra, punindo violências que se direcionam a um indivíduo determinado, que podem vir associados de xingamentos, gestos, comportamentos expressivos ao que se referem desprezo e repulsa com a intenção de ofender a dignidade ou decoro de alguém, o crime poderá ser qualificado se a violência tiver sido gerada por decorrência de discriminação de cor, raça, religião, procedência nacional, sexualidade, identidade de gênero, além da possibilidade de aumento de 1/3 da pena caso a conduta dar-se por realizada em algum meio de rede social da rede de computadores.

De acordo com a decisão do Supremo Tribunal Federal, crimes de injúria racial não prescreverão, NUCCI (2005, p.571) bem afirma que, comparando-se singelamente a pena fixada em abstrato para a injúria preconceituosa e a pena fixada em abstrato para os outros crimes, há um teor de desproporcionalidade. Contudo (e é aqui que residem polêmicas), "há épocas em que o Estado se vê levado a punir de forma mais grave certas condutas, que estão atormentando mais severamente e com maior frequência a sociedade".

Em que pese o artigo, o próprio ainda demonstra desfoco da raiz do problema, que é resolver o vírus do racismo, pois, o mesmo ainda exige a representação da vítima, se tratando, assim, de um crime subjetivo, o que se deixa a relevar que racismo não é de responsabilidade do Estado e sim um problema exclusivamente do indivíduo.

Vários estragos o racismo já causou à humanidade em diversos lugares, muitas vezes impulsionando ao extermínio de milhares de seres humanos, a pretexto de serem seres inferiores, motivo pelo qual não mereceriam viver.

Da mesma forma que a Lei 7.716/89 estabelece várias figuras típicas de crime resultantes de preconceitos de raça de cor, não quer dizer, em nossa visão, que promova um rol exaustivo. Por isso, com o advento da Lei 9.459/97, introduzindo a denominada injúria racial, criou-se mais um delito no cenário do racismo, portanto, imprescritível, inafiançável e sujeito à pena de reclusão" (NUCCI, apud AREsp 686.965/DF).

4. A BANALIZAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO

O acréscimo de número de casos de nazismo no Brasil é alarmante e preocupante, mas não para a sociedade em conjunto tampouco para o Estado, visto que a mídia não declara o assunto para o público, deixando o público a mercê de falta de informação, apenas usufruindo as ideologias políticas, e opiniões pessoais que colaboram com a disseminação criminosa de ideais que até então, o público acreditava que havia se extinguido há anos.

Espécie de caçadora de neonazistas brasileiros, a antropóloga Adriana Dias estima que atualmente existem 530 células (formadas por pessoas que estão no mesmo

município). Em 2019, a especialista detectara 334, o que indica um aumento de 58%. Há duas décadas, quando a antropóloga começou a vasculhar sites e blogs e não se tinha ainda a dimensão que tomariam as redes sociais e a *deep web* (onde os neonazistas atuam com total impunidade), o número não passava de dez. A pesquisa feita na Unicamp é permanente, e no momento em que a entrevista foi feita, a acadêmica e sua equipe tinham em mãos 200 perfis de usuários neonazistas, que podem pertencer a novas células ou a alguma detectada anteriormente, de acordo com o jornal OGLOBO.

Diretor-presidente e fundador da SaferNet Brasil, ONG focada há uma década e meia no estudo do discurso de ódio no país, Thiago Tavares também tem números preocupantes. Em 2019, foram recebidas e processadas 1.071 denúncias anônimas de neonazismo, envolvendo 544 páginas, das quais 212 foram removidas. Em 2020, foram 9.004 denúncias anônimas e 3.884 páginas, das quais 1.659 foram removidas.

"A radicalização do discurso político tem legitimado e empoderado células extremistas que atuam principalmente na região Sul do país e amplificado o ódio, o preconceito e a intolerância contra quem pensa diferente" (TAVARES, 2020). O nazismo é um assunto atual, crescente e preocupante, o Estado necessita tomar medidas cabíveis para evitar que a história se repita, o judiciário precisa mostrar preocupação.

O discurso de ódio também se torna responsável pela violência contra a comunidade LGBTQIA+, de acordo com a ONG, nos últimos 12 anos, a organização recebeu mais de 2 milhões de denúncias de discurso de ódio nas redes contra LGBT+, mulheres, pessoas negras e outros grupos. A série histórica divulgada, que traz dados coletados entre 2006 e 2017, mostra que denúncias de homofobia online totalizaram 134.832 casos nesse período.

> Entre as pessoas que sofreram violência, quando se analisa, as identidades da sigla LGBT+, as pessoas pansexuais e bissexuais, segundo a pesquisa, foram as que mais relataram ter sofrido perseguição ou agressões nas redes sociais, 48% e 41%, respectivamente. Em seguida, lésbicas (37%), gays (31%) e heterossexuais (14%) – sendo este último referente às pessoas transgêneros que são heterossexuais. E quando se observa a raça dos que sofreram perseguição ou ameaça nas redes, a maioria dos relatos foram de pessoas negras, 53%. (VIOLENCIALGBT, 2021)

Não só no Brasil, como no exterior, a incidência no número de casos de grupos terroristas neonazistas crescem gradativamente, os acontecimentos mais recentes que

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

vieram a ocorrer devido a guerra geopolítica entre o governo russo e ucraniano, foi a expansão midiática do exército neonazista ucraniano que se mostra grande e explícito, o que ocorre é o desfoque desses grupos, além da própria mídia pacificar e vitimizar, diminuindo a problemática e forçando indiretamente uma colaboração da sociedade para com os batalhões. Dessa forma, todos os outros países, incluindo o Brasil vem mantendo apoio financeiro e financiando tal exército, sem reconhecer suas ideologias.

Em uma observação dada pelo analista político Nicholas Rackers, esclareceu que o governo ucraniano entre os anos de 2014 a 2019, proclamou uma lei que também proibia a disseminação de símbolos nazistas e comunistas, porém, como no Brasil, é igualmente ineficaz.

5. OS DIREITOS HUMANOS

Os direitos humanos resguardam os direitos de liberdade e dignidade do indivíduo, o que vale ressaltar a liberdade de expressão, contudo, esse direito fora ressignificado por pessoas que acreditam que a liberdade de expressar é se despejar o ódio, discriminar pessoas e grupos sociais. Vê-se muito falar sobre ir contra a orientação sexual que fuja da heteronormatividade, com o pretexto de ir contra os valores morais desse indivíduo, porém, o direito de outrem é ferido, visto que quando se trata de orientação sexual e identidade de gênero, entende-se que se aborda sobre a essência humana, aquilo que corresponde pelo que o indivíduo é em 100% do tempo.

Outra forma tem sido utilizada para pautar sobre identidade de gênero, é a utilização errônea da nomenclatura "ideologia de gênero", a identidade nada mais é da forma que o indivíduo queira ser visto perante a sociedade, que se diferencia do sexo biológico, este que resume a biologia do corpo humano em sua natureza reprodutiva, com a soma dos cromossomos, podendo fazer nascer um humano macho, fêmea ou intersexo, já o gênero, consiste numa construção social onde um indivíduo se identifica dentro deste contexto de sociedade.

Uma pessoa transgênero é uma pessoa que se identifica com um gênero na qual não foi designado através do nascimento com vida, já uma pessoa cis, se identifica com o gênero na qual foi designado a ela no nascimento.

Compete ao Estado legislar sobre o pluralismo de ideias, a liberdade de ensinar, aprender e divulgar o pensamento cultural sobre assuntos que não impeça o direito de existir de grupos sociais oprimidos, dessa forma, ninguém deverá exceder a liberdade de expressão e discriminar ou censurar qualquer meio que seja utilizado para incluir esses grupos. A verdade é que cidadãos preconceituosos querem ter o direito de tomar uma hierarquização e tomar o poder sobre seus pensamentos sem necessitar da penetração do Estado, almejando fugir de suas responsabilidades civis.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Os direitos humanos têm como foco, alcançar direitos e a dignidade de pessoas vulneráveis, que ao decorrer da história, sofreram com tanta repressão, tornando-se minorias que deviam viver escondidas com o medo da violência, dessa forma a constituição vem com o intuito de impor o dever e a obrigação de respeitar a dignidade destes.

No âmbito internacional, a Convenção Americana de Direitos Humanos demonstra sua importância para o contexto da restrição à liberdade de expressão frente as manifestações de ódio em seu artigo 13, § 7º, o qual determina que a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência.

No Brasil, ainda estamos dando os primeiros passos para a consolidação de uma responsabilização dos propagadores dos discursos de ódio. Devido à isso, não há uma legislação firme e concreta que preveja sanções específicas para esses casos.

Como proclamado pelo ministro Celso de Mello (2017), todos os indivíduos são iguais, são sujeitos sociais únicos com as mesmas condições. Sendo que casos como os elucidados negam a carga cultural e identitária do sujeito, propiciando a naturalização da discriminação e da violência. Nesse sentido, o temor perante a ausência de normas específicas frente as demandas por ações positivas do Estado, surgem à passos iguais a vitimização da liberdade, como esclarece Manuel Castells (2003):

> A liberdade de expressão era a essência do direito à comunicação na época em que a maior parte das atividades diárias não era relacionada na esfera pública. Mas em nosso tempo, uma proporção significativa da vida cotidiana, inclusive o trabalho, lazer, a interação pessoal, tem lugar na Net. [...] O aspecto mais atemorizante e, de fato, a ausência de regras explícitas de comportamento, de previsibilidade das consequências de nosso comportamento exposto, segundo os contextos de interpretação, e de acordo com os critérios usados para julgar nosso comportamento por uma variedade de atores atrás da tela de nossa casa de vidro.

Deve-se partir da premissa de que as violações aos direitos assegurados na Magna Carta podem decorrer da inércia do Estado, exigindo, assim, ações positivas deste para que, diante das ameaças aos valores humanitários, possa-se viabilizar as condições necessárias para que todos desfrutem do adequado exercício dos direitos civis.

Portanto, devem ser considerados todos os mecanismos, sejam eles internacionais ou dispostos na Constituição Cidadã, para poder-se restringir a atuação e disseminação do

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

discurso de ódio. Isto, atrelado aos parâmetros de intensidade, ofensividade e severidade das imputações, conforme o caso em concreto, pois busca-se não apenas uma punição aos infratores, mas a possibilidade para que todos sejam livres e atuem de forma harmoniosa com o ordenamento jurídico.

6. DIVULGAÇÃO DE NAZISMO

O parágrafo 1º do artigo 20 da lei de racismo tem por principal fornecimento punir os crimes de divulgação de nazismo, no que se refere a fabricar, comercializar, distribuir ou veicular, símbolos, emblemas, ornamentos, distintivos ou propaganda que utilizem a cruz suástica ou gamada, para fins de divulgação do nazismo. Há qualificadora no caso de divulgação por intermédio dos meios de comunicação social de qualquer natureza.

Como promulga o código penal, o crime existente é alusivo à divulgação de símbolos nazistas, excepcionalmente, por se tratar de um crime de tipo subjetivo de dolo, ou seja, é necessária exprimir a vontade de divulgar os símbolos referente a suástica para que haja um ato ilícito. O estorvo da produção do artigo, que aliás, é o escopo deste projeto, é criticar a fragilidade normativa no qual admite a impunidade entre simpatizantes nazistas que se aproveitam da simplicidade da lei ao espalhar seus discursos, suas falácias, desenvolvendo um senso crítico de pessoas comuns que sejam de acordo com suas ideias arcaicas e perversas, desta forma, a justiça tende a dar liberdade para esse tipo de expressão, ainda que de forma indireta.

O crime de apologia ao nazismo já foi objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, no Habeas Corpus n° 82.424/2003, julgando o editor Siegfriend Ellwanger que fora condenado pela prática de racismo após publicar diversos livros que negou o genocídio de Judeus e todo o período do Holocausto.

É corriqueiro se deparar com ajuizamentos absolvidos onde houve a expressa pretensão de disseminar ideais nazistas. Há dois casos recentes onde a justiça permaneceu conivente, o primeiro caso ocorreu na cidade de Itajaí em 2014, onde dois simpatizantes do regime colaram cartazes pela cidade com a figura de Adolf Hitler, ditador do *Terceiro Reich*, com os dizeres "Heróis não morrem. Parabéns, Führer", relembrando o aniversário do ditador nazista.

No mesmo mês, um dos jovens divulgou uma foto em uma rede social juntamente com o emblema da suástica, de acordo com o juiz do caso, Augusto Cesar Allet Aguiar, "não há demonstração alguma de que os réus estivessem incitando o nazismo", seu segundo posicionamento sobre a publicação declarou que ela atingiu poucas pessoas e que não seria possível extrair nenhuma delas apologia ou incitação ao nazismo, porque não havia comentários deste tipo.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O segundo caso criminoso que ocorreu ainda neste ano (2021) onde um jovem de 17 anos com o uso de uma suástica estampada no braço, entrou em um shopping de Caruaru onde ele foi expulso pelos seguranças. Um cidadão que estava presente decidiu abrir uma queixa-crime, entretanto, há dúvidas sobre o paradeiro e muito provavelmente, não surtirá penalização sobre o jovem, já que a lei, por sua vez, não tipifica a mera utilização de símbolos nazistas, mesmo que publicamente.

O jovem ao momento que era gravado durante a abordagem do segurança deixou claro que estava sob proteção da sua liberdade de expressão, contudo, em que pese a atipicidade da conduta, a constituição deixa de forma clara que toda liberdade de expressão deva ser limitada, em seu art. 3°, inciso IV, estabelece como um objetivo fundamental da república "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação". Um indivíduo excederá no uso da sua liberdade de expressão ao momento que ferir o direito de vida de outro indivíduo.

Há ainda outro caso recente onde um apresentador de um podcast defendeu a criação de um partido nazista no Brasil, alegando que se fazia uso da sua liberdade de expressão, no entanto, não houve punição, visto que não atingiu os requisitos legais do parágrafo 1º do artigo 20. Entre os três casos citados, tanto a justiça, quanto a legislação, se mostram despreocupadas com a onda da disseminação do nazismo no país.

O autor Marchesi aponta:

> [...]De fato, o nazismo só passa a ser relevante ao Direito Penal, quando este violar o bem jurídico da igualdade em um contexto discriminante. [...]Não obstante, ora a norma é demasiadamente restrita (utilizando-se da vinculação à suástica), ora ela é excessivamente ampliativa (ao tipificar toda divulgação do nazismo), o que evidencia a falha técnica em sua redação (2015, p.139)

Em outras palavras, a absolvição dos exemplos citados se dá por conta do não cabimento da interpretação extensiva em situações em que o dispositivo é construído de modo restritivo, como aponta Capez (2012), que torna evidente a falha normativa. Essa neutralidade advém daquilo que deveria ser considerado justiça, oferece consentimento para que neonazistas saiam de suas zonas clandestinas, se misturem com pessoas comuns, alastrem suas ideias que eximem superioridade, genocídio e discriminação, para acarretar a exclusão de minorias, que por fim, gerarão mortes em massa, nutrindo uma cultura que atrapalhará soluções futuras.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> "A ausência de prescrição nos crimes de racismo justifica-se como alerta grave para as gerações de hoje e de amanhã, para que se impeça a reinstaurarão de velhos e ultrapassados conceitos que a consciência jurídica e histórica não mais admite." (LEONARDO SILVA, 2020 *apud* BRASIL, 2020)

Dado o exposto, observa-se uma omissão tanto do poder legislativo, quanto do judiciário ante a legislação ao que se trata sobre apologia ao nazismo, apresentando que a norma prescreve o tipo subjetivo do dolo referente a fabricação, distribuição e veiculação por qualquer meio, emblemas e símbolos que propagam somente a cruz suástica ou gamada.

7. PROJETOS DE LEI

Diante do grande crescimento midiático referente ao tema, projetos de inclusão de leis vêm tramitando no congresso, o primeiro deles que se identifica por Projeto de Lei 254/22, tem a intenção de criminalizar a conduta de acusar alguém por atitudes nazistas, o que demonstra completo retrocesso no quesito de liberdade de expressão, visto que o alvo é aumentar a voz dos disseminadores de ódio diminuindo a probabilidade de penalização. A deputada responsável pelo projeto ainda alega que os brasileiros devem ter a liberdade de manifestar opiniões e pensamentos sem que sejam taxados em massa como, bem como ela entende que certas opiniões são apenas divergências do senso comum. Alegações desta maneira evidenciam o comportamento persuasivo de como o interesse é disseminar opiniões que ferem os direitos de classes e raças sem que exista uma penalização por tais comportamentos.

Em razão do caso do influencer que defendeu o nazismo publicamente, outra lei vem tramitando no congresso, a intenção é tipificar o crime que está previsto na Lei 7.716/1989, que prevê pena de três a seis anos de reclusão e multa para quem defende, cultua, ou enaltece o nazismo, ou ainda negar o holocausto e aprovar o acontecimento histórico, a ideia do projeto é liderado na bancada feminina por Simone Tebet do MDB de Mato Grosso do Sul.

A mera utilização dos símbolos que não sejam exclusivamente a suástica, mas que continuam enaltecendo o nazismo, ou figuras que enalteçam líderes e ideais nazistas são considerados, de acordo com a norma brasileira, atípicos, sem sujeição de penalidade, advertindo que existem demasiados objetos que representam a política de discriminação, todavia, punitivamente inalcançáveis segundo a lei, pois a lei não criminaliza a conduta da apologia de forma efetiva, e sim a divulgação.

8. CONCLUSÃO

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Conclui-se, então, a necessidade de uma correção normativa que tipifique, de forma ampla, a punição de diversas condutas, e que suspenda a interpretação restritiva, averiguando atos que sejam correlacionados com quaisquer símbolos, figuras ou frases que tenham por finalidade a exaltação do idealismo neonazista, negar a história, exaltar o holocausto e toda ideia que suceda dele, é imprescindível combater a cultura e não apenas ignorá-la.

REFERÊNCIAS

ACS (ed.). **Injúria Racial x Racismo**. 2020. Disponível em: https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/injuria-racial-x-racismo. Acesso em: dez. 2020.

AGENCIA BRASIL. **STF decide que crime de injúria racial não prescreve**, [*S. l.*], p. 1, 28 out. 2021. Disponível em: https://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2021-10/stf-decide-que-crime-de-injuria-racial-nao-prescreve. Acesso em: 14 nov. 2021.

ALEX MARQUES. Periódico. **Número de denúncias de racismo e injúria racial tem aumento de 440% no Paraná em 2020**. 2020. Disponível em: https://periodico.sites.uepg.br/index.php/direitos-humanos/2010-numero-de-denuncia-de-racismo-e-injuria-racial-tem-aumento-de-440-no-parana-em-2020. Acesso em: 18 dez. 2020.

BRASIL DE FATO. **Como os EUA utilizam do neonazismo na Ucrânia para isolar a Rússia**, [*S. l.*], 13 maio 2021. Disponível em: https://www.brasildefato.com.br/2021/05/13/como-os-eua-utilizam-do-neonazismo-na-ucrania-para-isolar-a-russia. Acesso em: 29 mar. 2022.

DANIEL NEVES SILVA. Mundo Educação. **Ku Klux Klan**. 2021. Disponível em: https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/ku-klux-klan.htm. Acesso em: 2021.

EL PAÍS (ed.). **Sites neonazistas crescem no Brasil espelhados no discurso de Bolsonaro, aponta ONG**. 2020. Disponível em: https://brasil.elpais.com/brasil/2020-06-10/sites-neonazistas-crescem-no-brasil-espelhados-no-discurso-de-bolsonaro-aponta-ong.html. Acesso em: 9 jun. 2020.

EMERSON SANTIAGO. Infoescola (ed.). **Terceiro Reich**. 2021. Disponível em: https://www.infoescola.com/historia/terceiro-reich/. Acesso em: jul. 2021.

FERNANDO JORDÃO (Brasil). Estado de Minas (ed.). **Lei que torna racismo crime completa 30 anos**: mas ainda há muito a se fazer. mas ainda há muito a se fazer. 2019. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/01/05/interna_nacional,1019014/lei-que-torna-racismo-crime-completa-30-anos-mas-ainda-ha-muito-a-se.shtml#:~:text=Assinada%20em%205%20de%20janeiro,Especialistas%20defendem%20mudan%C3%A7a%20na%20educa%C3%A7%C3%A3o&text=Havia%20o%20tempo%20em%20que,Ent%C3%A3o%20surgiu%20a%20escravid%C3%A3o.. Acesso em: 5 jan. 2019

G1 (Caruaru). **Jovem expulso de shopping em Caruaru por usar suástica no braço é apreendido pela Polícia Civil e será encaminhado ao MPPE**. 2021. Disponível em: https://g1.globo.com/pe/caruaru-regiao/noticia/2021/06/18/jovem-expulso-de-shopping-em-caruaru-por-usar-suastica-no-braco-e-apreendido-pela-policia-civil-e-sera-encaminhado-ao-mppe.ghtml. Acesso em: 18 jun. 2021

G1 (Santa Catarina) (ed.). **Justiça absolve dois acusados de colar cartazes exaltando Hitler em Santa Catarina**. 2019. Disponível em: https://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2019/10/08/justica-absolve-dois-acusados-de-colar-cartazes-exaltando-hitler-em-santa-catarina.ghtml. Acesso em: 8 out. 2019

ISTOÉ (ed.). **Os novos símbolos nazistas**. 2011. Disponível em: https://istoe.com.br/145373_OS+NOVOS+SIMBOLOS+NAZISTAS/. Acesso em: 13 jul. 2011.

JUS.COM.BR. **Injúria qualificada pelo preconceito de etnia nas redes e mídias sociais de internet**, [*S. l.*], p. 1, 14 nov. 2021. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/86241/injuria-qualificada-pelo-preconceito-de-etnia-nas-redes-e-midias-sociais-de-internet. Acesso em: 14 nov. 2021.

LAIR AYRES (ed.). **Preconceito racial contra o negro à luz da Lei nº 7.716/89**: crimes resultantes de preconceito de raça e cor. crimes resultantes de preconceito de raça e cor. 2014. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/29420/preconceito-racial-contra-o-negro-a-luz-da-lei-n-7-716-89-crimes-resultantes-de-preconceito-de-raca-e-cor#:~:text=Em%20seguida%2C%20aprovou%2Dse%20a,resultantes%20de%20preconceito%20ou%20discrimina%C3%A7%C3%A3o. Acesso em: jun. 2014.

LEONARDO SILVA DE OLIVEIRA BANDEIRA. Jus. **Divulgação e enaltecimento ao nazismo é crime?** 2020. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/79128/divulgacao-e-enaltecimento-ao-nazismo-e-crime. Acesso em: 1 jan. 2020.

OGLOBO. Número de células neonazistas no Brasil cresce cerca de 60% em dois anos. **Número de células neonazistas no Brasil cresce cerca de 60% em dois anos**, [*S.*

/.], p. 1, 3 nov. 2021. Disponível em: https://oglobo.globo.com/brasil/epoca/numero-de-celulas-neonazistas-no-brasil-cresce-cerca-de-60-em-dois-anos-25258395. Acesso em: 15 nov. 2021.

PORFÍRIO, Francisco. **Racismo.** Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/sociologia/racismo.htm. Acesso em 29 de julho de 2021.

SENADO. **Projeto tipifica como crime a apologia ao nazismo**, [*s. l.*], 9 fev. 2022. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/radio/1/noticia/2022/02/09/projeto-tipifica-como-crime-a-apologia-ao-nazismo. Acesso em: 10 maio 2022.

SILVA, Daniel Neves. **Neonazismo;** Brasil Escola. Disponível em: https://brasilescola.uol.com.br/geografia/os-neonazistas.htm. Acesso em 29 de julho de 2021

Supremo Tribunal Federal (ed.). **HABEAS CORPUS - 82424 RS**. 2003. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/770347/habeas-corpus-hc-82424-rs. Acesso em: 17 set. 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (ed.). **STF enquadra homofobia e transfobia como crimes de racismo ao reconhecer omissão legislativa**. 2019. Disponível em: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=414010. Acesso em: 13 jun. 2019.

VIOLÊNCIA contra LGBTs+ no contexto eleitoral e pós eleitoral. **Violência contra LGBTs+ no contexto eleitoral e pós eleitoral**, [*S. l.*], p. 1, 15 nov. 2021. Disponível em: http://violencialgbt.com.br/banalizacao-do-discurso-de-odio-leva-%E2%85%93-dos-lgbt-entrevistados-a-afirmar-que-foram-ameacados-perseguidos-ou-agredidos-em-redes-sociais/. Acesso em: 15 nov. 2021.

VIZENTINI, Paulo Fagundes; MILMAN, Luis. **Neonazismo, Negacionismo e Extremismo Político**. 2001. Disponível em: http://www.derechos.org/nizkor/brazil/libros/neonazis/cap4.html. Acesso em: 1 jan. 2001.

www.conteudojuridico.com.br

DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E A APOLOGIA AO CRIME NAS MÚSICAS DO GÊNERO FUNK BRASILEIRO

VICTÓRIA MARIA LOPES: Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Faculdade Santo Agostinho – UNIFSA. [248]

GUSTAVO LUIS MENDES TUPINAMBÁ RODRIGUES[249]

(orientador)

RESUMO: Em estudo objetivou-se a reflexão acerca do direito constitucional de liberdade à expressão e como essa liberdade se estende em suas diversas formas, ademais através das expansivas formas do direito à expressão se buscou analisar como o direito de liberdade é aplicado dentro da música, em específico, no gênero nacional funk interpretando como a expressão é utilizada dentro do gênero e até onde se estende, em contraposição indagou-se também como a utilização do direito à expressão dentro deste gênero musical poderia influência o sujeito instigando ou induzido a criminalidade, assim, centralizando como objetivo e questionamento principal a apologia ao crime dentro das composições em como a utilização da liberdade de expressão dentro do funk poder consumar o delito de apologia através das canções com teor criminal.

Palavras-chave: Liberdade à expressão, funk nacional, criminalidade, apologia ao crime, limitação.

1 INTRODUÇÃO

O direito à liberdade de expressão traduz-se como uma das formas mais extensivas de liberdade, ramificando nas suas várias formas de como essa liberdade pode ser gozada, nota-se que ela pode ser usufruída através do pensamento, da fala e das diversas formas de manifestações artísticas e culturais.

248 *E-mail:* vickdetriz@gmail.com

249 Professor do Curso de Direito do Centro Universitário Faculdade Santo Agostinho – UNIFSA. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul-PUCRS. *E-mail*: gustavomtadv@hotmail.com

Prevista na Constituição Federal de 1988 o direito de liberdade de expressão, assim como as demais garantias individuais constitucionais, classifica-se como um direito intransigível, indisponível e inviolável.

É através das diversas formas de manifestações que o direito constitucional à liberdade expressão se usufrui. Entretanto, apesar de sua forma extensiva prevista na CF/88, o direito à expressão não possui aplicabilidade e gozo de forma ilimitada, pois seu uso deve ser ponderado com os demais direitos e princípios constitucionais.

Destarte, que através da música é possível, com clareza, evidenciar o uso do direito à expressão, por meio deste direito, a pessoa humana manifesta seus sentimentos, intenções, desejos e demais. Deste modo, a música transmite, de forma concreta, o usufruto do direito à liberdade.

À vista disso, especifica-se o uso do direito constitucional à liberdade de expressão no gênero musical funk nacional/brasileiro já que com o avanço ao acesso cultural na atualidade se percebe a ausência da exploração no campo jurídico sobre o uso do direito da liberdade de expressão dentro da esfera musical.

O funk nacional compõe-se de um gênero musical brasileira de origem periférica, suas composições musicais exprimem o cotidiano vivenciado nas periferias brasileiras, por meio das batidas e letras os denominados *Mc's* do funk banalizam a violência, a pobreza e as dificuldades enfrentadas nas mazelas da sociedade.

Deste modo, é imprescindível que o uso da liberdade de expressão dentro das composições musicais do gênero funk seja feito de forma atenciosa, já que exposições de fatos dentro das letras musicais deste gênero podem ser interpretados de forma pejorativa e assim infringir a esfera penal com o delito de apologia.

Nesse sentido, é de suma importância à compreensão do delito de apologia e sua tipificação ou não nas letras compostas do funk nacional, em razão que este gênero é subjulgado e estigmatizado por conta de sua origem e as formas de uso do direito à expressão.

Assim, com base revisões e entendimentos sobre a temática, expõem-se a interpretação do direito à liberdade de expressão no funk nacional em contraposição à

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

apologia ao crime, buscando a ponderação desses termos jurídicos e suas aplicações nas manifestações musicais.

2. LIBERDADE DE EXPRESSÃO

2.1 A hermenêutica da liberdade de expressão

O direito à expressão constitui-se como umas das formas mais ampla do direito à liberdade. A priori, nota-se que o direito à expressão é de vasta importância para o desenvolvimento do ser humano e imprescindível para o pluralismo da sociedade, no entanto, interpretar o termo liberdade não constitui algo simples a ser desenvolvido.

Ao buscar por uma conceituação sobre o termo liberdade observa-se que há como resultado a diversidade de interpretações hermenêuticas acerca de seu significado, isto porque o direito à liberdade encontra-se em um mar de subjetividade, e ao longo dos anos é possível notar que sua interpretação varia de acordo com sua forma e aplicabilidade.

Na visão de Mill (2011) a liberdade constitui-se como uma proteção à sociedade, já que essa se encontra em papel antagônico em relação aos governantes políticos, desse modo, interpreta-se o direito à liberdade como uma "mão protetora" na relação divergente entre estado e sociedade.

No entanto, a visão de Mill não persiste ao passar dos anos, já que como ressaltado acima o direito à liberdade molda sua interpretação de acordo com a época e sociedade vivida.

Já na concepção de Alexy (2008) o direito à liberdade compreende-se como um dos direitos mais fundamentais e obscuros. Nesse sentido, para a visão de Alexy, não há como fundamentar com concretude uma denominação especifica acerca da liberdade em razão da vasta aplicabilidade como direito fundamental.

Dessa maneira, em contraposições as concepções sobre o ideal que seria liberdade, observa-se que havia, ainda, uma ausência sobre a materialidade da liberdade, pois suas interpretações sobre o termo ainda eram superfícies conceituando apenas em uma visão mais teórica sem explicitar como a liberdade poderia ser usufruída.

Assim, essa divergência de concepções do termo liberdade pode gerar a aplicabilidade desse direito de forma intencional e tendenciosa. Pois, de acordo com Alexy (2008) como o termo "Liberdade" se enxerga como algo positivo sua aplicação e forma

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

podem ser mal usufruído, já que se pode alienar alguém para fazer algo afirmando que está amparado sobre esse direito.

No entanto, o termo "Liberdade" não deve ser visto somente em uma visão pessimista em que seu uso possa ocasionar má resultados pela falsa sensação de está amparado pela legalidade de um direito, visto que a liberdade é essencial para o desenvolvimento de uma sociedade democrática.

À vista disso, em uma visão mais moderna sobre o que é liberdade, abandona-se a interpretação que a liberdade seja algo ruim e se passa a entender que a liberdade é indispensável para o homem.

De acordo com Potiguar (2015), o direito à liberdade conceitua-se como um direito de possuir crenças e opiniões que podem ser expressas por meio da arte, da música, da fala e, inclusive, através do silêncio.

Desse modo, encontra-se a materialidade do direito à liberdade, compreendendo que ela se traduz como um direito que se pode ser usufruído através das diversas formas de expressão.

Assim, com a compreensão sobre o termo liberdade e que ela pode ser exercida através das formas de expressões, é possível, aprofunda-se subjetivamente acerca das formas de liberdade de expressão, sem que acabe adentrando em interpretações espaças ou abstratas.

2.1.1 Expressão e a problematização de sua aplicabilidade e extensão

A priori, uma vez entendido que o direito à liberdade carrega em si uma rama de interpreções acerca de sua definição, é de suma importância também compreender sua extensão e aplicabilidade.

Ante adentrar sobre suas formas de aplicabilidade é necessário saber que o direito à liberdade se estrutura em liberdade positiva e negativa, essa sendo a de maior importância para aplicabilidade do direito à liberdade.

Na visão de Alexy (2008), no aspecto negativo o direito à liberdade se constitui como forma mais ampla do direito, sendo exemplificada na garantia da pessoa fazer algo, já à

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

concepção da liberdade positiva compreende-se como um instrumento para delimitar a liberdade.

Deste modo, partindo-se da cognição sobre as estruturas do direito à liberdade, adentra-se sobre a aplicação deste direito. Previsto na Constituição Federal de 1988, o direito à liberdade se ramifica em diversas formas, sendo através do direito de ir e vir, da escolha religiosa, da falar e até do silêncio.

Em especial, aborda-se sobre o direito à expressão, sendo essa uma das maiores formas de liberdade. Concebido pela carta magna, o direito à liberdade de expressão compreende-se como o direito de exprimir opiniões e expressões físicas e mentais, além disso, o direito à expressão constitui uma forma de delimitar o controle estatal.

Nesse sentido, observa-se que o direito à expressão não é somente apenas um direito materializado na constituição e sim algo que sem sua presença transforma o homem em um ser inerte ou sem vontade.

À vista disso, discorre-se que o direito à expressão se usufruí em diversos modos, na interpretação de Silva (2013) o direito à liberdade de expressão se exterioriza como um meio de criação e compartilhamento de pensamento.

Assim, agregando ao entendimento de Silva se observa que há aplicabilidade do direito à liberdade, em especial a garantia à expressão, através da fala, da arte, da música ou qualquer outra forma que há de exteriorizar pensamentos.

Além disso, como o direito à expressão encontra-se previsto na constituição federal de 1988, inclusive, sendo também uma garantia fundamental, destaca-se sua aplicabilidade normativa de forma imediata prevista no parágrafo primeiro do artigo quinto da carta magna.

Segundo Masson (2020), a norma de aplicabilidade imediata possui a capacidade de produzir seus efeitos de forma imediata. Assim, o direito à expressão pode ser usufruído de forma instantânea sem circunstâncias que impeça sua aplicabilidade no momento.

No entanto, questiona-se sobre a extensão deste direito constitucional, pois apesar ser uma garantia fundamental de extrema relevância, sendo imprescindível para usufruto de outros direitos fundamentais, seu uso sem nenhuma filtragem pode influir em colisões e conflitos que acabam lesando outros direitos.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em exemplo clássico, cita-se o famoso caso Elwange (HC 82. 424) em que o autor Siegfried Ellwanger Castan, baseado em seu direito de expressão escreveu e publicou em sua autoria livros que afirmavam com precisão a inexistência do holocausto judeu que ocorreu na segunda guerra mundial.

Assim, diante a repercussão de suas obras, houver a intervenção do Supremo Tribunal Federal, manifestando que Elwange não estava amparado legalmente na garantia fundamental à expressão já que suas manifestações não tinham cunho expressivo e sim teor discriminatório, inclusive, sendo condenado pelo crime de racismo.

Nesse sentido, amplia-se a discussão sobre extensão do direito à expressão nas demais formas de exercício deste direito, indagando quando sua aplicabilidade deixa de ser direito e passar a lesionar as demais garantias e princípios fundamentais.

Entretanto, questionar sobre a extensão do direito à expressão em suas diversas formas trata-se de algo cauteloso, já que o direito à expressão, não importando a sua forma, é necessário para o homem. De acordo com Carneiro (2016) o direito à expressão é de extrema relevância, pois seu uso visa proteger a dignidade da pessoa humana.

Porém, como destacado, esse mesmo direito quando utilizado de forma tendenciosa ou exagerada para ressaltar opiniões, tende a mais oprimir do que libertar. Em outras esferas do direito de expressão se percebe que não somente na sua forma de escrita que há problematização de seu uso.

Não obstante, a discussão sobre o uso do direito à liberdade de expressão não se limita somente no campo da escrita, em 2019 o canal Porta dos fundos repercutiu nacionalmente com a publicação do seu filme de especial de Natal que trazia como personagem principal Jesus homossexual.

E novamente a discussão sobre o uso do direito à expressão se estendeu ao STF com pedidos que de que o filme fosse censurado, pois "ultrapassava" a uso do direito à expressão, ferindo a moral e a religião.

Desse modo, verifica-se que o questionamento sobre o uso do direito à liberdade de expressão nas suas diversas formas não constitui apenas a mera didática de discussões acerca de um tema e sim a abertura jurídica para exploração sobre como um direito influencia as outras esferas quando é utilizado de forma extraordinária.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

2.1.2 Liberdade de expressão musical: paralelo entre uso e abuso do direito

Conforme discorrido anteriormente, verifica-se que o direito à expressão se transborda em diversas formas, dentre elas, através das manifestações musicais. De acordo com Stroppa (2015) a música compõe-se de uma forma de extensão de liberdade, sendo através dela que o artista manifesta seu direito.

A Constituição Federal de 1988 explícita e garante as manifestações culturais e artísticas, desse modo, há uma segurança jurídica amparando o artista ao manifestar seu direito à expressão por meio da música.

No entanto, não é somente de hoje que há a importância do amparo da liberdade de expressão nas manifestações musicais, em períodos excepcionais e ditatoriais a música foi utilizada como um dos principais instrumentos para rebater a censura.

Artistas como Belchior, Elis Regina e Caetano Veloso expressavam críticas ao período vivenciado através de melodias e refrãos que eram compostos nas letras musicais. Entretanto, apesar do reconhecimento da extrema importância do direito à expressão nas manifestações musicais é inegável que assim como as demais formas de liberdade de expressão há também discussões acerca da extensão deste direito na esfera musical.

A principal indagação de debates sobre o direito à expressão e as manifestações musicais é a complexidade e a ausência de uma legislação que regule como devem ser feitas as produções musicais e a facilitação do compartilhamento dessas produções por meio da internet.

Na visão de Stroppa (2015), com a facilitação do acesso midiático através das mídias sociais há uma intensificação do abuso do direito à expressão, já que há inversão de papéis nas redes de comunicações, fazendo com que as pessoas tomem o papel ativo da relação.

Deste modo, é possível notar que o direito à expressão dentro da música se torna uma ferramenta de exteriorizar vontades e pensamentos na esperança de que haja concordância destes pensamentos na relação artista e ouvinte.

Assim sendo, com a diversidade de gêneros musicais que há no Brasil é possível analisar que o direito à expressão é usufruído de forma variada, consequentemente com a variação desse usufruto da liberdade há também, novamente, a discussão da utilização do direito de liberdade de expressão nestes gêneros musicais.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Destarte que a compreensão do direito à expressão dentro do âmbito musical traz uma das principais características do direito a liberdade que é seu caráter não absolutista. Assim, a simples indagação que o direito à expressão não é absoluto geram questionamentos sobre até qual ponto é liberdade de expressão nas músicas.

Em gêneros musicais como rock, sertanejo e funk há mais aprofundamento desta discussão da musicalidade versus o direito à expressão, em principal, pelo primeiro gênero ser bastante polêmico tendo letras com teor pesado e os demais por aprofundarem temas que muitas vezes envolvem e enquadram-se como crimes de injúria, violência e o uso de entorpecentes.

Consequentemente, com as indagações sobre o direito à expressão dentro das músicas há também o embate de diversos outros problemas, se por um lado há a conquista de poder se expressar através da melodia, do outro há quando essa melodia passa a mais ferir o direito do terceiro do que o libertar.

À vista disso, criasse-se abertura para interpretar quando o direito à expressão, utilizado em sua forma musical, deixa de ser uma garantia fundamental e passar a figurar no papel antagônico nas relações lesionando e impedindo o usufruto dos demais direitos.

3 – FUNK NACIONAL

3.1 Funk nacional e a origem da liberdade de expressão periférica

Composto por uma musicalidade marcante e excêntrica o funk nacional constitui-se mais que um simples gênero musical nacionalista, marcado por uma trajetória de estigmas e preconceitos, ainda é, um gênero bastante discutido sobre suas composições e musicalidade.

De origem periférica, o funk brasileiro/nacional teve seu surgimento entre as décadas de 60 e 70, sendo um gênero que retrata principalmente as mazelas da sociedade.

Segundo Amorim (2009), o funk nacional é marcado pelo erotismo e opor uma conexão à musicalidade negra norte-americana dos anos 60.

No entanto, sempre houve abertura à discussão do direito à liberdade de expressão dentro do funk. Em princípio, a abordagem dessa discussão com o funk dar-se desde o seu

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

surgimento, sendo um dos principais fatores para os debates o fato do funk nacional não ser um gênero "elitizado".

À vista disso, por sua origem não elitista, o funk nacional teve como um dos efeitos os questionamentos sobre a intervenção ao uso da expressão e consequentemente sua ligação à criminalidade.

De acordo com Facina (2009), o ápice para associação do funk com a criminalidade teve origem por meados da década de 90, na época, as mídias de comunicações publicavam noticiais sensacionalistas sobre chacinas de Candelário e Vigário e as associações delas ao funk.

Desse modo, observa-se que historicamente há tentativa de criminalização do funk nacional, inclusive, não somente na década de 90 havia tal concepção de associação de criminalidade com o gênero.

Há exemplo, em 2017 o funk nacional virou sugestão de pauta para discussão de projeto de lei (sugestão nº 17 de 2017) no qual afirmava que o funk constituiria crime de saúde pública à criança, aos adolescentes e à família.

Assim, é de análise que o funk sofreu e sofre diversas tentativas de intervenções à suas formas de expressão, seja por sua analogia à criminalidade no país ou pelas alegações que o funk em si constitui um tipo penal.

Com efeito, exalta-se que as simples indagações de criminalidade no funk não são possíveis de limitar a sua garantia à expressão, pela complexidade de interpretar o usufruto ou da liberdade de expressão.

Nesse sentido, o autor Robert Alexy explicita a possibilidade da intervenção do direito à expressão na esfera artística:

> São proibidas intervenções estatais em atividades que façam parte do campo artístico se tais intervenções não forem necessárias para a satisfação de princípios colidentes que tenham hierarquia constitucional (que podem se referir a direitos fundamentais de terceiros ou a interesses coletivos), os quais, devido às circunstâncias do caso, têm primazia em face do princípio da liberdade artística. (ALEXY, 2008, p. 142).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Desta forma, o autor reforça que para o ramo artístico sofrer intervenções ou limitações na sua liberdade de expressão deve ser justificado de forma plausível e de maneira comprovada que há colisão do direito à expressão com as demais garantias constitucionais.

Por outro lado, no funk nacional há exemplos concretos de como o direito à expressão pode sofrer limitações, tanto pela colisão com as demais garantias constitucionais como também com as demais esferas jurídicas.

3.2 Funk nacional: Liberdade ou crime?

O funk nacional sempre possuiu uma visualização de um gênero que deveria ser utilizado de forma limitada, seus versos e composições eróticas retratam o habitual vivido nas zonas periféricas da sociedade.

Nesse sentindo, sob a édige do direito à expressão é de importância retratar quando essa musicalidade colide com os demais direitos e garantias.

Assim sendo, em 2013 o Tribunal Regional Federal da 4ª região condenou a produtora musical furacão 2000 (AC 0001233-21.2003.4.04.7100) a dano moral difuso pela música "tapinha", segundo o TRF 4ª apesar da ação não envolver temática na esfera penal a letra da música remetia à apologia ao crime e o apelo discriminatório de gênero.

Desse modo, a conclusão do Tribunal Regional Federal da 4ª região desfaz a interpretação que a limitação do direito à expressão na esfera artística é algo complexo a ser feito, visto que é plenamente possível a limitação quando há lesão nos demais direito.

À vista disso, em repercussão há também o caso da composição "só surubinha de leve" do Mc Diguinho que teve por decisão da ação civil pública nº 5052820-72.2019.4.02.5101 a retirada da canção das plataformas de *streaming* por considerar que trechos da música faziam apologia ao crime de estupro.

> Brota e convoca as putas/Brota e convoca as putas/ Mais tarde tem fervo/Hoje vai rolar suruba/ Só uma surubinha de leve/surubinha de leve com esses filha da puta/Taca a bebida/ Depois taca a pica/E abandona na rua.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em trecho retirado da citada música demonstra-se que a composição, de forma bastante explícita, faz alusão ao crime de estupro de vulnerável tipificado no artigo 217-A, §1º do Código Penal.

Portanto, descarta-se a visão que pela liberdade de expressão por ser algo grandioso adquirido pelo homem não deve ser interrompida ou limitada, já que a "doutrinação" de algo que é repundiante ou criminoso pode e deve ser intervido.

Assim sendo, a forma apelativa narrada nas composições leva ao entendimento que muitas frases ditas nas músicas incitam e exaltam em forma de apologia à criminalidade, induzido ou instigando a produção de crimes.

Desta forma, o embate nas músicas com teor criminoso e apologético levam a crer que é plenamente capaz que o direito à expressão seja limitado em seu uso, desde que sua forma de expressar incitem a explanem a criminalidade.

No entanto, em contrapartida com entendimento dos tribunais há a concepção de que não se deva limitar musicalidade, pois ela apenas reescreve a realidade, pouco influenciando criminalmente.

Segundo a psicóloga Dr. Luciana Moretti Fernández essa violência descrita nas canções pouco influencia na criminalidade:

> O universo cantado no funk de apologia do crime, articulado em torno da vivência de um conflito armado, da estruturação no braço nervoso dos comandos e da blindagem afetiva e cognitiva encontra, assim, paralelos nos mapas da violência. Cabe indagar então sobre os elementos simbólicos que compõem esse universo, tornando-o atraente apesar de sua carga sinistra e das escassas garantias de êxito. Além disso, a crueldade tanto entre integrantes do mundo do crime quanto em agressões praticadas contra vítimas não relacionadas com a criminalidade é significativa. Essa escalada não é explicável apenas por razões econômicas.
>
> (FERNANDÉZ, 2015, PAG. 4)

À vista disso, antes do impedimento da utilização da garantia à expressão é necessário que haja uma ponderação entre a composição musical versus a compreensão no delito de apologia em face que é necessário entender quando é apologia, exaltação de crimes ou apelo discriminatório de gênero ou quando é apenas a mera interpretação do cotidiano vivenciado pelos artistas de funk.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Assim, é necessária a interpretação e compreensão da apologia ao crime em face de sua estrita descrição e interpretação do que possa ser considerada apologia, ademais buscando sua compreensão aplicada dentro do gênero musical funk.

4.APOLOGIA AO CRIME

4.1 Apologia ao crime e sua análise e aplicabilidade

Partindo do entendimento sobre liberdade de expressão introduzida no ambiente do funk nacional é necessário também à apresentação de como é incorporado o Direito Penal na esfera musical.

Nesse sentido, é de extrema importância abordar que o Direito Penal atua com caráter fragmentado. De acordo com Capez (2020) só deve haver atuação do Direito Penal quando não houver capacidade das outras esferas jurídicas de atuarem.

Assim, partindo-se dessa concepção leva-se ao entendimento que o Direito penal além de seu caráter subsidiário e fragmentado é atuante apenas no *último ratio*. Por conseguinte, esta visão de *último ratio* do Direito Penal serve não somente para delimitar o seu uso como também limitar a atuação estatal.

À vista disso, sobre esta visão da aplicabilidade do Direito Penal ressalta-se o delito de apologia ou como expresso no Código Penal "apologia ao crime". Expresso no artigo 287 do Código Penal o delito de apologia prevê "fazer, publicamente, apologia de fato criminoso ou de autor de crime".

Nesta concepção, percebe-se que o crime de apologia visa à aplicação da punibilidade de quem, de forma intencional, explana crime ou autor de crime publicamente. De certa forma, exigi-se certa cautela à aplicabilidade do delito de apologia.

De acordo com Bitencout (2018), a apologia ao crime deve ser analisada de forma cautelar em seus aspectos subjetivos e objetivos, evitando que a linguagem seja censurada à vista de que a expressão é um direito garantido pela Constituição Federal.

Assim, levando para atualidade é de se notar que apesar de sua análise ser feita de forma cautela, ainda é possível, a aplicação da apologia ao crime como visto nas decisões citadas acima. Levando para problematização do funk há uma linha tênue entre as decisões que interpretam que há apologia ao crime nas canções e a visão que é apenas a utilização do direito à expressão resguardado pela Constituição.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Para Bitencout (2018) a maior problemática do delito de apologia é compreender se é incitação de forma indireta do crime ou apenas a explicação dele. No funk é possível com visibilidade compreender a indagação de Bitencout já que os versos compostos nas publicações se dividem em citar de forma sutil a criminalidade ou exaltar indiretamente os crimes.

Ademais, para a compreensão da apologia exige-se a publicação do ato. Na interpretação de Jesus (2020) é necessário que o enaltecimento e o exaltar do crime seja feito de forma pública já que a simples defesa de algo não configura em si a apologia.

Dessa forma, é necessário que além da composição com o exaltamento do crime ou do autor do crime é indispensável também que o ato seja feito de forma publica. Assim, na atualidade as plataformas de *streaming* se tornam indispensáveis para análise do delito de apologia dentro do funk.

Neste sentido, há necessidade de que o julgador análise de forma concreta se é somente a mera descrição de um crime ou autor do crime ou a utilização de forma indireta para enaltecer a criminalidade.

Em razão disso tudo há ainda a divergência se na atualidade com a facilitação do compartilhamento das formas de expressão, ainda é possível à aplicação deste delito. Na concepção do doutrinador Viana (2011) a apologia ao crime trata-se de um crime totalmente incompatível com a Constituição Federal, pois se contrapõem ao direito constitucional à liberdade.

Assim, seguindo o mesmo eixo de pensamento de Viana há também a visão Sarlet e Neto (2017), segundo os autores não se pode justificar que uma pessoa cometa um crime amparado na ideia de outrem já que cada um possui o livre arbítrio.

Deste modo, o delito de apologia mostra-se, de certa forma, ser um delito bastante subjetivo que de certo modo, requer uma análise crucial e precisa para identificar se há sua tipificação. Ademais, esta análise torna-se ainda mais detalhada e subjetiva quando é introduzida dentro do funk nacional, em razão, que se analisa o crime em contraposição com a garantia à expressão.

4.2 A apologia ao crime na musicalidade do funk nacional

No lapso temporal, o funk foi concebido com estigma de gênero absolutamente periférico, porém tal estrutura, muitas vezes, apenas harmoniza-se com a realidade vivida nas favelas brasileiras.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Abrir espaços para o direcionamento da criminalidade com o funk reflete-se em como a realidade está sendo expressa dentro das músicas.

Neste contexto, essa forma de expressão dentro do funk pode levar a falsa sensação de representatividade, quando de fato induz a criminalidade.

Por tais razões, que há como discorrido anteriormente ações tanto cíveis como penais sobre como a criminalidade é exposta dentro do funk e como tais ações refletem no subjetivo destes consumidores de conteúdo e da sociedade.

Em decorrência deste paralelo entre as músicas e a criminalidade é que há a visão internamente da apologia ao crime nas canções, de modo que a romantização da criminalidade dentro do funk induz, de certo modo, que o delito é certo e vangloriado.

Em tese, vale destacar novamente como a doutrina identifica e visualiza a apologia ao crime. Assim nas palavras de Bitencourt:

> A conduta típica, nos termos do nosso diploma legal, segundo a antiga doutrina, é fazer apologia, que tem o significado de elogiar, exaltar, enaltecer, destacar qualidade, virtude ou aptidão do autor enquanto criminoso, ou vantagens, benefícios ou consequências favoráveis do fato delituoso.
>
> (BITENCOUNT, 2019, PAG. 2090)

Deste modo, relacionar a apologia ao crime no funk de forma interna e diretamente requer que além da exposição da autoria ou do delito seja feito de forma de destaque tal que de interpretação superficial seja possível notar o conteúdo criminoso dentro da composição.

Por conseguinte, há ainda indagação que mesmo que seja publicado conteúdo criminoso na música há possibilidade da não aplicação do tipo penal já que o exaltar em si não se denomina no fazer do crime. Destarte a visão de Bitencourt:

> acreditamos que a "conduta" descrita não cria nenhum alarma social, não reproduz nenhuma repercussão perturbadora, não passando, de regra, de simples manifestação pacífica de um pensamento, por

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> vezes, um desabafo, um exercício de liderança, e, na maioria dos casos, a coletividade apenas ouve como uma das tantas pregações, forma ou não a sua opinião, a favor ou contra, sem qualquer repercussão positiva ou negativa no meio social. Enfim, mesmo que a suposta conduta possa adequar-se formalmente à descrição do tipo penal, materialmente não gera efetiva ofensa ao pretenso bem jurídico protegido, que, aliás, é meramente produzida.
>
> (BITENCOUNT, 2019, PAG. 2086)

No entanto, na atualidade, com o avanço tecnológico de compartilhamento de gostos, pensamentos e expressividade, cria-se uma maior facilidade da exteriorização desses pensamentos com teor criminoso no funk.

Assim, ainda há, como contestar que apesar do conteúdo criminoso representado nas canções do funk parecer inofensivo, pode resultar na influência para prática dos demais. Os denominados funks "proibidões" são exemplos práticos de como funk em junção com os delitos podem ser utilizados para expor e atrair a criminalidade.

Em questões de associação ao crime com funk é possível notar o teor "apologético" nos denominados "funks proibidões". O funk proibidão retrata a realidade das favelas junto com a ligação às facções e a violência policial (STALDONI, 2019).

Portanto, perante o discorrido se entende que apesar da apologia ao crime ser interpretada como termo em desuso ou que não influência em termos de incidência criminal é ainda possível verificar seu usufruto no funk como forma de exteriorizar e publicar o conteúdo criminoso.

5 CONCLUSÃO

A produção deste trabalho possibilitou momentos de reflexão acerca do uso da liberdade de expressão e como ela em caráter subjetivo dentro do funk pode ser analisado em conjunto com o direito penal.

Assim, abriu-se espaços para a interpretação, diálogo e reflexão sobre a temática e como o termo liberdade pode ser destrinchado nas diversas áreas e formas.

Deste modo, observou-se como o tema aplicado no contexto da musicalidade do funk gera inúmeras discussões, dentre elas, o projeto de restrição de liberdade dentro do funk.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Em consonância, estes debates sobre o funk como voz de liberdade abrem espaço também para a contextualização da apologia ao crime e consequentemente a criminalidade dentro das composições.

Por tal razão, interpretou-se como é aplicado a apologia ao crime e como é possível presenciá-la dentro das composições musicais do funk. Assim, há como resultado que apesar da aplicabilidade da apologia ao crime ser visualizada dentro do funk e comprovada perante decisões dos tribunais, ainda assim é de uma aplicabilidade bastante adversa.

Por fim, encerra-se este trabalho como a reflexão sobre o encaixe dos temas e como um gênero popular e de origem periférica pode abrir espaço para reflexão jurídica sobre até onde vai o direito à liberdade desfazendo da ideia utópica sobre o absolutismo das garantias constitucionais e como direito penal, apesar de sua visão de *último ratio*, é aplicado por questões de repercussão em uma música.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais, 5ª. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros editores, 2008.

AMORIM, Marcia Fonseca de. O discurso da e sobre a mulher no funk brasileiro de cunho erótico: uma proposta de análise do universo sexual feminino. 188 p. Tese (doutorado) – Campinas – SP: Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Estudos da Linguagem, 2009.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal vol. 4. 12. ed. São Paulo – SP: Saraiva Educação, 2018.

_____, Cezar Roberto. Código Penal comentado, 10. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

_____, Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Rio de Janeiro – RJ: Diário Oficial da União, 31 de dez.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal Vol. 3. 18. ed. São Paulo – SP: Saraiva Educação, 2020.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

CARNEIRO MATOS, M. Direitos e garantias fundamentais e aplicabilidade imediata. Brasília- DF: E-Legis, n. 8, p. 66-81, 2016.

FACINA, Adriana. Não me bate doutor": funk e criminalização da pobreza. **Comunicação apresentada no V Enecult, Salvador-BA**, 2009.

GUERRA, Rayanderson, Desembargador censura especial de Natal do Porta dos Fundos na Netflix para 'acalmar ânimos', 2020. Disponível em: https://oglobo.globo.com/politica/desembargador-censura-especial-de-natal-do-porta-dos-fundos-na-netflix-para-acalmar-animos-24178422

JESUS, Damásio de. Direito Penal vol. 3. 24. ed. São Paulo – SP: Saraiva Educação, 2020.

MASSON, Nathalia. Manual de Direito Constitucional. 8. ed. Salvador – BA: JusPODIVM, 2020.

MILL, John Stuart. Sobre a liberdade, Ed. especial. Tradução Pedro Madeira. Nova Fronteira – RJ: Editora Saraiva, 2011.

MORRETI FERNÁNDEZ, L. Formas de vida no mundo do crime: análise exploratória através do funk proibidão. São Paulo – SP: Lumina, 2015.

POTIGUAR, Alex Lobato. Discurso do ódio no Estado Democrático de Direito: o uso da liberdade de expressão como forma de violência. 2015. 196 f. Tese (Doutorado em Direito) —Universidade de Brasília, Brasília, 2015.

Programa e-Cidadania. Criminalização do Funk como crime de saúde pública a criança aos adolescentes e a família, 2017. Disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129233.

RIO DE JANEIRO, Justiça Federal, Ação Civil Pública, Ministério Público Federal, Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: https://www.ajufe.org.br/fonadirh/banco-de-decisoes-em-direitos-humanos/14013-acao-civil-publica-n-5052820-72-2019-4-02-5101-rj.

RIO GRANDE DO SUL, Superior Tribunal de Justiça, Habeas Corpus n. 82424. Relator Min. Moreira Alves, Brasília, 2004. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur96610/false

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

RIO GRANDE DO SUL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Especial nº 1278070. Relator Min. Roberto Barroso, Brasília, 2020. Disponível em: https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5949675.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER Neto, Jayme. Liberdade de expressão: algumas ponderações em matéria penal à luz da Constituição Federal do Brasil. Joaçaba, v. 18, n. 3, p. 637-660, set./dez. 2017.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 37. ed. São Paulo: Malheiros editores, 2013.

STALDONI, Luísa Schenato. Circulando à margem do sistema: O "Funk Proibidão" midiatizado. Anais de Resumos Expandidos do Seminário Internacional de Pesquisas em Midiatização e Processos Sociais, v. 1, n. 3, 2019.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. Santa Maria – RS: Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM, v. 10, n. 2, p. 450-468, 2015.

VIANNA, Túlio Lima. O crime de apologia como instrumento de censura. Teresina – PI: **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, 2012.

www.conteudojuridico.com.br

PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA E A RELAÇÃO DAS DETENTAS COM OS FILHOS, NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

PAULA CRISTINE DE OLIVEIRA: Acadêmica de Direito, do Centro Universitário UNA de Betim. [250]

VERÔNICA FRAGA DE ABREU [251]

(coautora)

RESUMO: O princípio da intranscendência da pena é um princípio constitucional que estatui que nenhuma pena deve passar da pessoa do condenado. Isso posto, a proposta do presente artigo é analisar de que forma e se esse princípio é efetivado nos sistemas prisionais brasileiros femininos, visto as disposições legais que estabelecem sobre o tratamento das gestantes e que os filhos devem permanecer com a mãe. Para melhor tratar o tema, utilizou-se a metodologia de pesquisa bibliográfica e legal, além da análise de jurisprudência e doutrina. Conceituou-se, portanto, o princípio da Intranscendência da Pena e analisou-se de que forma o sistema penitenciário pode influenciar na gestação e na infância. No mesmo sentido, explorou-se os elementos da Lei de Execução Penal e do Estatuto da Criança e do Adolescente, destacando os princípios da convivência familiar e do melhor interesse do menor. Por último, ao estabelecer uma relação entre os dispositivos legais, o princípio da intranscendência da pena e os demais princípios constitucionais, concluiu-se que, em muitos casos essas disposições colidem entre si. Dessa forma, o STF já tem encontrado mecanismos para solucionar alguns desses conflitos; no entanto, aqueles que não podem ser solucionados pela regra geral, devem ser analisados casuisticamente pelo aplicador da lei.

Palavras-chave: princípio da intranscendência da pena, maternidade, sistema prisional, convívio familiar.

ABSTRACT: The punishment intranscendence principle is a constitutional principle that states that the penalty shall not pass from the person of the condemned. That said, the purpose of the current article is to analyze how and if this principle is made effective in the female Brazilian prison system, because the legal norms establish about the pregnant treatment and that the kids must remains with theirs mothers. To better treat the subject, was used the bibliographic and legal research, beside the case-law and doctrinal analyze. Was conceptualized, therefore, the punishment intranscendence principle and analyzed

[250] E-mail para contato: pcristine@outlook.com.

[251] Acadêmica de Direito, do Centro Universitário UNA de Betim. E-mail para contato: vefraga.abreu@gmail.com.

how the prison system can impact during the pregnancy and in the childhood. In the same vein, it was explored the elements of Criminal Law Enforcement and Statute of the Child and Adolescent, highlighting the family coexistence and the best interest of the child principles. Lastly, by establishing a relation between the legal norms, the punishment intranscendence principle and the others constitutional principles, it concludes that, in many cases, those provisions collide with each other. That way, the STF has found mechanisms to solve some of those conflicts; however, those who cannot be solved by the general rule, must be analyzed each individual case by the law interpreter.

KEYWORDS: punishment intranscendence principle, motherhood, prison system, family coexistence.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Princípio da Intranscendência da Pena. 2.1. Implicações do sistema penitenciário na gestação e na infância. 3. Lei de Execução Penal e suas disposições. 4. O desenvolvimento infantil, conforme o ECA. 4.1. Do convívio familiar. 5. Adequação dos dispositivos legais ao princípio da intranscendência da pena. 6. Conclusão. 7. Bibliografia.

1.INTRODUÇÃO

O Código Penal brasileiro (BRASIL, 1940) estabelece, dentre suas penas, a de privação de liberdade. Nesse sentido, a partir da reclusão dos indivíduos, é necessário compreender os limites da atuação do Estado e da pena imposta. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988, dispõe do princípio da intranscendência da pena, que preconiza que a pena não deverá passar da pessoa do condenado.

Ao se analisar a aplicabilidade desse princípio, há que se verificar como ele se efetiva para as mães que cumprem pena com seus filhos nos estabelecimentos prisionais. Assim sendo, é preciso analisar o referido princípio face às demais legislações que dispõem sobre o assunto, como a Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) e o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990).

Nesse diapasão, o presente trabalho possui como objetivo perceber de que maneira é possível efetivar as disposições contidas na LEP e no ECA, de forma a garantir a aplicabilidade do princípio constitucional da intranscendência penal, não passando, portanto, o cumprimento da pena da mãe para o filho.

Para tanto, será imprescindível discorrer sobre o conceito e as posições doutrinárias do princípio da intranscendência da pena, bem como quais as implicações que a condenação criminal pode refletir na maternidade, na gestação e na infância. Outrossim, será essencial apontar os dispositivos da Lei de Execução Penal que se aplicam à situação

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

descrita, e também como deve ocorrer o desenvolvimento infantil, nos termos do ECA. Por último, será necessário estabelecer uma relação entre os dispositivos legais analisados e o princípio da intranscendência da pena.

Para a realização desse trabalho, utilizar-se-á a metodologia de pesquisa bibliográfica e legal, através de pesquisas em artigos científicos, debates e demais bibliografias acerca do tema aqui problematizado.

2.PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA

O princípio da intranscendência da pena é, além de um princípio, um direito fundamental, previsto no art. 5º, XLV, da Constituição Federal de 1988, possuindo como redação: "XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido".

Por esse princípio, entende-se que o Estado objetivou limitar as pessoas sobre as quais a pena pode ser aplicada. Segundo Nucci (2021, p. 70), a aplicação desse princípio se evidencia como uma "conquista do direito penal moderno, impedindo que terceiros inocentes e totalmente alheios ao crime possam pagar pelo que não fizeram, nem contribuíram para que fosse realizado. A família do condenado, por exemplo, não deve ser afetada pelo crime cometido".

Ocorre que, apesar de possuir limitação da pena para a pessoa que comete o delito, os reflexos dessa punição podem ser percebidos em diversas esferas da vida do indivíduo, como a família, sociedade, amigos, dentre outros (SILVA, 2021). Nas palavras de Guilherme Nucci (2021):

> (...) a fixação da pena pode produzir lesões a pessoas diversas do sentenciado, mas que com ele convivem ou dele dependem. Os familiares podem ser privados, por algum tempo, do sustento habitual, caso o condenado seja o provedor do lar; o patrão pode se ver despojado de seu empregado, ocasionando-lhe perdas de qualquer forma; os pais podem ser tolhidos do convívio com o filho, dando origem a sofrimentos morais ou mesmo patrimoniais; os alunos podem sofrer a perda do professor etc. No universo rico e complexo das relações humanas, a condenação criminal apresenta a possibilidade de desencadear prejuízos de toda ordem. (NUCCI, 2021, p. 71).

Resta notório, portanto, que, apesar dos esforços do legislador, ainda não é possível evitar que as pessoas, além do apenado, sofram com a condenação. A fim de direcionar a

temática do trabalho, cumpre analisar de que maneira esse princípio é violado no que concerne o encarceramento feminino.

1.1. IMPLICAÇÕES DO SISTEMA PENITENCIÁRIO NA GESTAÇÃO E NA INFÂNCIA

A criminalidade feminina aumentou consideravelmente nos últimos anos: segundo dados do Infopen[252], em janeiro de 2000 havia 5600 mulheres presas, quando em junho de 2017, esse número era de 37.828 mulheres privadas de liberdade. Nesse sentido, resta imprescindível que os estabelecimentos prisionais se adequem de forma que consigam receber as detentas, considerando as diferenças e peculiaridades, em relação aos homens.

Com vistas a sanar essas diferenças, insta ressaltar a decisão do *Habeas Corpus* Coletivo nº 143641/SP que determinou a substituição da prisão cautelar pela domiciliar de todas as mulheres do sistema penitenciário nacional, que "ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças" (BRASIL, 2018).

Tal medida se faz necessária ao se analisar as consequências que a prisão acarreta, tanto na gestação, como na infância da criança.

No que tange à gestação,

> são várias as condições que podem interferir na condição normal de uma gestação. O segundo e terceiro trimestres gestacionais integram uma das etapas da gestação em que as condições ambientais vão exercer influência direta no estado nutricional do feto. O ganho de peso adequado, a ingestão de nutrientes, o fator emocional e o estilo de vida serão determinantes para o crescimento e desenvolvimento normais do feto. (...). Importa salientar que o embrião durante a gestação absorve para si, todas as angústias, todas as situações físicas e psíquicas, crises nervosas, que a mãe passa durante o período de formação. Os problemas de origem psíquicas sofridos pela reclusa gestante no ambiente prisional, tais como brigas diárias entre as detentas e a mal acomodação, atingem diretamente à formação do feto. (VIAFORE, 2005).

[252] INFOPEN. **Relatório temático sobre mulheres privadas de liberdade.** Disponível em: http://antigo.depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/copy_of_Infopenmulheresjunho2017.pdf Acesso em 11 de abril de 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Percebe-se, portanto, que os fatores externos à gestação podem vir a prejudicar a mãe e o feto, conforme às situações a que são expostos. Depreende-se, dessa maneira que, apesar de a gestante ser a pessoa sobre a qual recai a pena, o feto também é prejudicado pelas convivências ocorridas no sistema penitenciário.

Da mesma forma, após o parto ou o encarceramento da mãe, o convívio da criança com essa apresenta implicações na vida do menor. Isso porquê se o filho fica junto da mãe, acaba que esse também fica sendo aprisionado, pois não usufrui do "seu direito de receber condições favoráveis ao desenvolvimento". (ARMELIN, 2015, p.15). Por outro lado, se as crianças crescem longe do vínculo materno,

> passam por uma variedade de consequências negativas diante da situação, principalmente no que diz respeito à saúde emocional e bem-estar. Elas podem apresentar uma variedade de emoções, desde o medo, à ansiedade, raiva, tristeza, solidão e até culpa. Podem também começar a agir de modo impróprio, tornando-se descontroladas em sala de aula, consequentemente diminuindo seu desempenho escolar, ou apresentando comportamentos antissociais, tímidos, depressivos ou mesmo agressivos. Tais dificuldades emocionais e comportamentais têm sido ligadas a vários fatores, incluindo principalmente o stress da separação e o estigma social, onde a criança é comparada à mãe que cometeu o crime, e muitas vezes será excluída e evitada por outras crianças e mesmo adultos em razão do parentesco. (SEYMOUR, 1998, p. 4).

Resta evidente, portanto, que, ainda que indiretamente, os filhos também são lesados e sofrem das consequências das penas aplicadas às mães reclusas, de forma a configurar uma violação ao princípio da intranscendência da pena.

2.LEI DE EXECUÇÃO PENAL E SUAS DISPOSIÇÕES

A Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210/1984 – surgiu em outubro de 1984 com o objetivo de "efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (BRASIL, 1984).

Nesse diapasão, o referido dispositivo legal apresenta de que maneira os detentos devem ser tratados, pautando esse tratamento pelos limites estabelecidos na sentença e pelas demais normas legislativas, como na Constituição Federal (art. 5º, XLIX: "é assegurado aos presos o respeito à integridade física e moral") e no Código Penal (art. 38: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral"), refletindo assim, na própria LEP

(Art. 3º: "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei".).

De forma mais específica, ao tratar sobre a prisão de mulheres mães, gestantes e puérperas, a LEP também traz institutos que asseguram como deve ser o tratamento e o cumprimento da pena dessas detentas, conforme passa-se a destacar.

O artigo 14, §3º, da lei em análise, garante que "será assegurado acompanhamento médico à mulher, principalmente no pré-natal e no pós-parto, extensivo ao recém-nascido". De acordo com SOUZA (2021, p. 56), esse parágrafo, que foi inserido em 2009, tem o escopo de dar cumprimento ao disposto no art. 5.º, L, da Constituição Federal: "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação" (BRASIL, 1988).

Há que se mencionar, também, o artigo 83, §2º, que estabelece como deve ser o estabelecimento prisional, de maneira que precisa contar com berçário, local em que as detentas poderão cuidar dos filhos, "inclusive amamentá-los, no mínimo, até 6 (seis) meses de idade". No mesmo sentido, prevê o art. 89 que o estabelecimento necessita de "seção para gestante e parturiente e de creche para abrigar crianças maiores de 6 (seis) meses e menores de 7 (sete) anos, com a finalidade de assistir a criança desamparada cuja responsável estiver presa". (BRASIL, 1984). Sobre o assunto, dispõe SOUZA (2021, p. 173):

> A seção destinada às gestantes e às parturientes constitui o local apropriado para o acompanhamento médico pré-natal e para a assistência pós-parto, onde se realizam, também, as amamentações. Portanto, deve ser aparelhado tanto para a assistência médica quanto para a existência de berçário. A creche é o lugar destinado à mantença das crianças entre seis meses e seis anos. Prevê-se estrutura de atendimento similar à exigida para as escolas em geral, sem qualquer distinção ou discriminação.

Analisando ainda as disposições específicas da LEP, encontra-se a progressão de regime, que se trata de um benefício que "implica na transferência para regime menos gravoso quando o preso tiver atingido o lapso temporal de cumprimento da pena", conforme os critérios estabelecidos em lei (SILVA, 2021). Para as mães, a Lei de Execução Penal trouxe mais critérios, que devem ser atendidos cumulativamente:

> Art. 112: (...).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> §3º No caso de mulher gestante ou que for mãe ou responsável por crianças ou pessoas com deficiência, os requisitos para progressão de regime são, cumulativamente:
>
> I - não ter cometido crime com violência ou grave ameaça a pessoa;
>
> II - não ter cometido o crime contra seu filho ou dependente;
>
> III - ter cumprido ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior;
>
> IV - ser primária e ter bom comportamento carcerário, comprovado pelo diretor do estabelecimento;
>
> V - não ter integrado organização criminosa.
>
> § 4º O cometimento de novo crime doloso ou falta grave implicará a revogação do benefício previsto no § 3º deste artigo. (BRASIL, 1984).

Mediante os trechos legais abordados, percebeu-se que o legislador se preocupou com a efetivação constitucional de garantir que as crianças permaneçam com as mães, ainda que nos estabelecimentos prisionais e, para tanto, apresentou de que forma esses locais devem ser estruturados. Resta esclarecer, portanto, se e como essas disposições são aplicadas e quais as implicações delas para as demais disposições legislativas.

3.O DESENVOLVIMENTO INFANTIL, CONFORME O ECA

A Constituição Federal de 1988 garantiu proteção prioritária às crianças e adolescentes (artigo 227). Nesse sentido, fez-se necessária a criação de uma norma que dispusesse de que maneira essa proteção seria efetivada, fazendo surgir o Estatuto da Criança e do Adolescente, popularmente conhecido como ECA. De acordo com Rodrigues (2021):

> Quando de sua edição, em 1990, a proposta do ECA era romper com a noção de irregularidade e garantir a todos os menores de dezoito anos possibilidades isonômicas de exercício da sua cidadania. A elaboração do Estatuto decorreu do imperativo de pormenorizar o sistema especial de proteção dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, outorgando a estes o status de cidadãos especiais, de acordo com a Constituição de 1988, em razão de peculiaridades da personalidade infanto-juvenil.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O dispositivo legal disciplina, também, as relações parentais, as políticas sociais e socioeducativas e estipula o âmbito político-criminal (RODRIGUES, 2021).

O ECA se preocupou em definir de que maneira o desenvolvimento infantil precisa ocorrer, inclusive nos casos em que os pais se encontram encarcerados. Assim sendo, os artigos 4º e 5º estabelecem que

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
>
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
>
> a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
>
> b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
>
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
>
> d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.
>
> Art. 5º Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Pela análise desses artigos, é possível perceber que as obrigações estipuladas pelo legislador são solidárias, ou seja, todos devem assegurar a eficácia. Outrossim, reforça os direitos fundamentais – elencados na Constituição Federal – de maneira que esses devem ser aplicados com prioridade para as crianças e adolescentes, além de estabelecer as proibições necessárias.

Para aprofundar-se no desenvolvimento infantil, é necessário que seja discutido o poder familiar. Nesse sentido, o art. 19, do ECA dispõe que é "direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família e, excepcionalmente, em família

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral". (BRASIL, 1990). Esse dispositivo legal atua em consonância com o Código Civil – art. 1.630. Os filhos estão sujeitos ao poder familiar, enquanto menores (BRASIL, 2002) – e com a Constituição Federal – art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. (BRASIL, 1988).

Depreende-se da leitura dos dispositivos supramencionados que o poder familiar é exercido, prioritariamente, na família natural da criança e do adolescente. Dito isso, torna-se crucial entender de que forma é constituído o poder familiar para as mães que se encontram presas. Nesse diapasão, o art. 23, §2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente determina que "o único caso em que a condenação criminal pode gerar a perda do poder familiar é na situação em que o crime foi cometido contra o próprio filho". (CONVIVE *et al.,* 2017).

Dessa feita, não sendo aplicável essa hipótese, o ECA apresenta normas e condições que possibilitam o contato, a interação, a dignidade no tratamento e o convívio entre a mãe, que se encontra reclusa, e o filho.

Durante a gestação, conforme o art. 8º, ECA, deve ser "assegurado à gestante, através do Sistema Único de Saúde, o atendimento pré e perinatal" (BRASIL, 1990). Tal dispositivo vai de encontro ao definido nas Regras de Bangkok – documento elaborado pela ONU (Organização das Nações Unidas), que estabelece diretrizes para o tratamento de mulheres presas e afins – e objetiva ao nascimento de uma criança saudável. De maneira mais específica, os §§4º e 5º dispõem que:

> Art. 8º:
>
> (...).
>
> §4º: Incumbe ao poder público proporcionar assistência psicológica à gestante e à mãe, no período pré e pós-natal, inclusive como forma de prevenir ou minorar as consequências do estado puerperal.
>
> §5º: A assistência referida no §4 o deste artigo deverá ser prestada também a gestantes e mães que manifestem interesse em entregar seus filhos para adoção, bem como a gestantes e mães que se encontrem em situação de privação de liberdade.
>
> (...). (BRASIL, 1990).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Percebe-se, dessa maneira, a preocupação do Estado em garantir uma gestação, parto e pós-parto saudáveis as mulheres presas, garantindo um tratamento isonômico, nos termos do, já mencionado, art. 5º, da lei em apreço.

Após o nascimento, o art. 9º, da referida lei, determina que o poder público e as instituições devem proporcionar "condições adequadas ao aleitamento materno**,** inclusive aos filhos de mães submetidas a medida privativa de liberdade" (BRASIL, 1990).

A fim de garantir o convívio familiar, o art. 19, §4º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, preconiza que, independente de autorização judicial, "será garantida a convivência da criança e do adolescente com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável" (BRASIL, 1990).

Apesar das disposições legais, é imprescindível analisá-las a partir do princípio do melhor interesse do menor. Nesse sentido, já existem jurisprudências, tanto favoráveis à visitação, como contrária:

> **EMENTA**: AGRAVO EM EXECUÇÃO. PEDIDO DE VISITA POR MENOR DE IDADE. ENTEADO DO APENADO. IMPOSSIBILIDADE. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. Entre o direito de visita dentro do estabelecimento prisional assegurado na lei ao apenado e o direito de proteção ao menor, previsto no art. 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente - ECA e no art. 227 da CF, impõe-se a prevalência deste último. Assim, deve ser mantida a decisão que indeferiu a visita, visando ao bem-estar da criança. AGRAVO DESPROVIDO. (Agravo, Nº 70073269060, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lizete Andreis Sebben, Julgado em: 10-05-2017). [253]
>
> **EMENTA**: APELAÇÃO CÍVEL - AUTORIZAÇÃO JUDICIAL - DIREITO DE VISITA - FILHOS MENORES - ART. 19, §4º, DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE - IMPORTÂNCIA DA CONVIVÊNCIA COM O GENITOR - DIREITO DO DETENTO - ARTIGOS 3º E 41 DA LEP - MELHOR INTERESSE DO MENOR. Não se desconhece que o ambiente prisional não é lugar apropriado para a visitação de

[253] BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande de Sul. **Agravo nº 70073269060 .** Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/site_php/consulta/consulta_processo.php?nome_comarca=Tribunal%20de%20Justi%C3%A7a%20do%20RS&versao=&versao_fonetica=1&tipo=1&id_comarca=700&num_processo_mask=&num_processo=70073269060&codEmenta=7706337&temIntTeor=true:> Acesso em: 02 mai. 22.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> menores, em razão das condições degradantes, sob todos os aspectos, em que se encontram nossos estabelecimentos penitenciários. É certo que o convívio do filho com a figura paterna é necessário para o desenvolvimento psicológico e social da criança, ainda que este esteja recolhido em estabelecimento prisional. Assim, um contato físico maior entre ambos torna a convivência mais estreita, possibilitando ao genitor dar carinho e afeto a seu filho, acompanhá-lo em seu crescimento e em sua educação, tendo sempre em vista o melhor interesse do menor. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.17.062737-6/001, Relator(a): Des.(a) Dárcio Lopardi Mendes, 4ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 28/06/2018, publicação da súmula em 03/07/2018). [254]

Resta evidente, dessa forma, que o desenvolvimento infantil, em consonância aos direitos das mães presas, precisa ser garantido em suas mais diversas formas e possuem mecanismos legais para tanto. Porém, verifica-se que as disposições legais podem ir de encontro ao princípio do melhor interesse do menor, necessitando, assim, de uma análise jurídica aprofundada.

3.1 DO CONVÍVIO FAMILIAR

Depreendeu-se dos tópicos anteriores que a legislação, em consonância à jurisprudência, se preocupa em garantir a saúde da detenta gestante e o convívio da reclusa com os filhos. Tais preocupações decorrem do princípio da convivência familiar, que estabelece que as relações afetivas devem ser protegidas. Nesse diapasão, a referência constitucional desse princípio está normatizada no aludido art. 227, além de estar consubstanciado no art. 19, ECA.

Não obstante, a Convenção Internacional dos Direitos da Criança (promulgado pelo Decreto-Lei nº 99.710, de 1990), estabelece que é "direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança". (BRASIL, 1990).

[254] BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Apelação Cível nº 1.0024.17.062737-6/001**. Disponível em: <https://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=40&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=visita%20estabelecimento%20prisional%20melhor%20interesse%20menor&pesquisarPor=ementa&orderByData=2&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&> Acesso em: 02 mai. 22.

Percebe-se, portanto, que o princípio da convivência familiar deve ser analisado frente ao princípio do melhor interesse do menor.

Tendo em vista esses princípios, ressalta-se, ainda, que a convivência familiar extrapola os limites das relações parentais e/ou sanguíneas. De acordo com Lôbo (2021, p. 35), "o Poder Judiciário, em caso de conflito, deve levar em conta a abrangência da família considerada em cada comunidade, de acordo com seus valores e costumes".

No que tange à convivência dos filhos com as detentas, "na perspectiva da psicologia, diz-se que a criança não tem que escolher entre o pai e a mãe; é direito dela ter o contato e a possibilidade de usufruir as duas linhagens de origem, cultura, posição social, religião. A criança deve ter o direito de manter contato com ambos os pais (...)." (LÔBO, 2021, p. 87).

Assim sendo, ao fazer uma análise dos dispositivos legais que garantem a convivência dos filhos com as mães reclusas, deve-se ponderar os princípios e garantias ali estipulados, de forma que o direito à convivência familiar seja respeitado frente ao melhor interesse da criança.

4.ADEQUAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS AO PRINCÍPIO DA INTRANSCENDÊNCIA DA PENA

Apesar dos inúmeros instrumentos legislativos e jurisprudências garantirem a dignidade no tratamento da gestante e o convívio familiar das reclusas com os filhos, é preciso analisar se esses dispositivos não conflitam com o princípio da intranscendência da pena.

Conforme já mencionado, o referido princípio estabelece que a pena não deverá passar da pessoa do condenado. No entanto, verificou-se que os estabelecimentos prisionais acarretam consequências negativas para o feto e para as crianças que visitam ou que vivem com as mães, configurando uma violação ao princípio. Por outro lado, constatou-se, também, que a ausência de vínculos maternos é prejudicial às crianças, violando o princípio do convívio familiar.

De acordo com Silva (2021),

> a privação do vínculo materno para as crianças pequenas é tão prejudicial para o seu crescimento, quanto a sua permanência nos estabelecimentos penais, ao passo de que as mães são as principais responsáveis pela socialização dos filhos e a sua ausência pode

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> comprometer a formação da saúde mental e o desenvolvimento psíquico do menor, causando, a longo prazo, distúrbios de ordem afetiva.

Ambos os princípios supramencionados estão normatizados na Constituição Federal de 1988, evidenciando uma antinomia entre eles. Segundo Barroso (2019, p. 315), "não existe hierarquia em abstrato entre tais princípios, devendo a precedência relativa de um sobre o outro ser determinada à luz do caso concreto". Entende-se, assim, que um princípio não se sobrepõe ao outro, devendo cada um ser aplicado conforme a situação.

A fim de promover a adequação desses princípios aos institutos legais, recentemente, houve a decisão do STF no sentido de substituir a prisão cautelar pela domiciliar das mães de crianças de até 12 anos e gestantes. Na decisão, o Ministro Ricardo Lewandowski justificou a aplicação da medida por se evidenciar um "descumprimento sistemático de regras constitucionais, convencionais e legais referentes aos direitos das presas e de seus filhos", além de verificar que "(...) o Estado brasileiro vem falhando enormemente no tocante às determinações constitucionais que dizem respeito à prioridade absoluta dos direitos das crianças, prejudicando, assim, seu desenvolvimento pleno, sob todos os aspectos, sejam eles físicos ou psicológicos" (BRASIL, 2018).

Isso posto, a decisão de Lewandowski foi no sentido de conceder o Habeas Corpus nº 143641/SP, determinando:

> Em face de todo o exposto, concedo a ordem para determinar a substituição da prisão preventiva pela domiciliar - sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP - de todas as mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e deficientes, nos termos do art. 2º do ECA e da Convenção sobre Direitos das Pessoas com Deficiências (Decreto Legislativo 186/2008 e Lei 13.146/2015), relacionadas neste processo pelo DEPEN e outras autoridades estaduais, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício.
>
> Estendo a ordem, de ofício, às demais mulheres presas, gestantes, puérperas ou mães de crianças e de pessoas com deficiência, bem assim às adolescentes sujeitas a medidas socioeducativas em idêntica

> situação no território nacional, observadas as restrições previstas no parágrafo acima.
>
> Quando a detida for tecnicamente reincidente, o juiz deverá proceder em atenção às circunstâncias do caso concreto, mas sempre tendo por norte os princípios e as regras acima enunciadas, observando, ademais, a diretriz de excepcionalidade da prisão.
>
> Se o juiz entender que a prisão domiciliar se mostra inviável ou inadequada em determinadas situações, poderá substituí-la por medidas alternativas arroladas no já mencionado art. 319 do CPP. (BRASIL, 2018).

Percebe-se, portanto, que a decisão do STF teve intuito de possibilitar que as legislações se efetivassem, solucionando o conflito entre normas. Para as demais situações, o juiz precisará analisar o caso concreto, considerando a situação que a criança ficará no sistema prisional, as implicações para a saúde dessa e de sua mãe, além da aplicação dos princípios e direitos aludidos.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro apresenta algumas normas com o objetivo de regular de que maneira deve ser efetuada a pena de privação de liberdade. No entanto, essas normas encontram limites no princípio da intranscendência da pena, que estabelece que a pena não deve passar da pessoa do condenado.

De maneira mais específica, verificou-se que, quando se trata da prisão de gestantes e mães de crianças de até 12 anos, a execução da pena deve se moldar ao disposto, na Lei de Execução Penal e no Estatuto da Criança e do Adolescente, além do Código de Processo Penal.

Dessa forma, o corrente artigo objetivou analisar de que forma as disposições contidas na LEP e no ECA podem ser aplicadas em consonância ao princípio constitucional da intranscendência da pena.

Logo, num primeiro momento, foi necessário conceituar e explicar as consequências do princípio da intranscendência penal, discorrendo e analisando as doutrinas do tema. Nesse sentido, analisou-se que os estabelecimentos prisionais acarretam em consequências para as crianças e para os fetos, de maneira que a sociabilidade, desenvolvimento cognitivo, físico e psicológico se mostram afetados.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Além disso, apontou-se quais dispositivos da Lei de Execução Penal se aplicam ao caso em análise, identificando o tratamento que as gestantes, mães e crianças devem receber nas institucionais penitenciárias. Analisou-se, também, o Estatuto da Criança e do Adolescente, de maneira a identificar como que o legislador dispôs de que forma deve ocorrer o desenvolvimento infantil, inclusive nos estabelecimentos penais. Destacou-se nessa análise legislativa, o princípio da convivência familiar e da prevalência do melhor interesse do menor, princípios esses constitucionais que, em muitos casos, vão de encontro ao princípio da intranscendência da pena.

Frente a essas análises legislativas realizadas, estabeleceu-se uma relação entre os dispositivos legais e os princípios. Através dessa relação, foi possível concluir que existe uma antinomia entre o princípio da intranscendência da pena e da convivência familiar. Para solucionar esse conflito entre dispositivos constitucionais, o STF tem usado a decisão do *Habeas Corpus* nº 143641/SP. Para as situações em que não é cabível a referida decisão, constatou-se que o aplicador da lei precisará analisar o caso concreto e ponderar qual princípio é o mais adequado, vez que esses não possuem hierarquia entre si.

REFERÊNCIAS

ARMELIN, Bruna Dal Fiume**. Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado**. Disponível em: <http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/graduacao/article/viewFile/7901/5586> Acesso em: 13 abr. 2022.

BARROSO, Luís R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. Disponível em: Minha Biblioteca, (9th edição). Editora Saraiva, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1988.

BRASIL. **Código Penal**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1940.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1941.

BRASIL**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1990.

BRASIL. **Institui o Código Civil**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2002.

BRASIL. **Lei de Execução Penal**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

BRASIL. **Promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1984.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ***Habeas Corpus* Coletivo nº 143641/SP**. Todas as mulheres submetidas à prisão cautelar no sistema penitenciário nacional, que ostentem a condição de gestantes, de puérperas ou de mães com crianças com até 12 anos de idade sob sua responsabilidade, e das próprias crianças e Defensoria Pública da União. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 20 fev. 2018. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748401053> Acesso em: 12 abr. 22.

CONVIVE *et al.* **Mães em Cárcere.** São Paulo. 1º Edição - março, 2017.

Lôbo, Paulo Luiz N**. Direito Civil: famílias: volume 5**. Disponível em: Minha Biblioteca, (11th edição). Editora Saraiva, 2021.

NUCCI, Guilherme de S. **Curso de Direito Penal - Parte Geral** - Vol. 1. Disponível em: Minha Biblioteca, (5th edição). Grupo GEN, 2021.

RODRIGUES, Ellen. **Os 30 anos do Estatuto da Criança e do Adolescente e os horizontes possíveis a partir da Justiça Restaurativa: influxos abolicionistas em tempos de expansão punitiva a partir da extensão acadêmica.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/dChxkh37DDfMr6yWP8K6ySs/?format=pdf&lang=pt> Acesso em: 28 abr. 22.

SEYMOUR, Cynthia. **Children with Parents in Prison: Child Welfare Policy, Program, and Practice Issues.** Disponível em: <https://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.473.9706&rep=rep1&type=pdf> Acesso em: 13 abr. 22.

SILVA, Ana Paula Ribeiro. **Maternidade encarcerada: análise da execução da pena sob a ótica do princípio da intranscendência e das garantias fundamentais.** Lavras, 2021. 53 p. Monografia (Graduação em Direito) – Centro Universitário de Lavras.

SOUZA NUCCI, Guilherme de. **Curso de Execução Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (5th edição). Grupo GEN, 2021.

VIAFORE, Daniele. **A gravidez no cárcere Brasileiro: uma análise da Penitenciária Feminina Madre Pelletier**. Disponível em:

<https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/571/401> Acesso em: 13 abr. 22.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

www.conteudojuridico.com.br

CONTRATOS BANCÁRIOS NO DIREITO DO CONSUMIDOR À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

DALLYLA GLEYCE ALVES DE LIMA: Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA.

ANA BEATRIZ DE SOUSA LEAL[255]

(coautora)

FABRÍCIO DE FARIAS CARVALHO[256]

ROCHELE JULIANE LIMA FIRMEZA BERNARDES[257]

(orientadores)

RESUMO: Esse trabalho tem como objetivo centralizar a análise dos princípios que regem e norteiam o Ordenamento Jurídico a respeito das relações consumeristas com base nas práticas abusivas contrao consumidor, no âmbito bancário. Os deveres e direitos do prejudicado está amparado desde a criação da Lei 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor, porém, ainda existem lacunas abertas que precisam inserir de fato o poder que tal jurisdição possui, pois mesmo com rol taxativo do CDC que assegura os consumidores, tais práticas são muito comuns. Dessa forma, o artigo irá tratar a necessidade da efetivação dos princípios que protegem os prejudicados nas relações consumeristas, observando tratativas que envolvem o teor econômico e social, procurando a exploração de novas maneiras que possa existir para conseguir vantagens lícitas para o consumidor, com base nas relações envolvendo especificadamente a utilização de contratos de adesão.

255 Acadêmica do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail*: anabeatrizleal323@gmail.com;

256 Prof. Me. Dr. Do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* fabriciofcarvalho@gmail.com;

257 Profa. Me. Do Curso de Direito do Centro Universitário Santo Agostinho – UNIFSA. *E-mail:* rochelefirmeza@hotmail.com.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Palavras-chaves: Práticas abusivas; contratos de adesão; consumidor; fornecedor; princípios; instituições bancárias.

ABSTRACT: This work aims to centralize the analysis of the principles that govern and guide the Legal System regarding consumer relations based on abusive practices against consumers in the banking sector. The duties and rights of the injured party are supported since the creation of Law 8.078/90, the Consumer Defense Code, however, there are still open gaps that need to actually insert the power that such jurisdiction has, because even with the exhaustive role of the CDC that assures consumers, such practices are very common. In this way, the article will address the need to implement the principles that protect those who are harmed in consumer relations, observing negotiations that involve economic and social content, seeking to explore new ways that may exist to obtain legal advantages for the consumer, based on in relationships specifically involving the use of adhesion contracts.

Keywords: Abusive practices; adhesion contracts; consumer; provider; principles; banking institutions.

1.INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor abrange as relações acerca das ilegalidades de práticas abusivas contra o consumidor em decorrência de situações na relação consumerista com instituiçõesbancárias (ou financeiras). Dentro do cenário capitalista que o brasileiro enfrenta, o consumidor sendo alguém vulnerável em face das necessidades financeiras encontra o caminho mais "fácil" de adquirir renda, ficando à mercê das propostas impostas pelos bancos.

Dessa forma, as práticas abusivas em sua grande maioria acontecem com direcionamento às pessoas com baixo conhecimento sobre situações de abuso econômico e financeiro. Com isso, as práticas arbitrárias envolvendo consumidor e fornecedores bancários têm uma variedade extensa, que podem causar grandes problemas para o prejudicado, um exemplo específico seria a contratação de um empréstimo consignado no qual exige taxas e juros altíssimos. De acordo com o Código de Defesa do Consumidor, as relações jurídicas entre consumidor e o fornecedor exige princípios e ditames, porém o mesmo é cotidianamente lesado por essas situações.

Diante disso, vê-se o Código de Defesa do Consumidor como um protetor dessas pessoas atingidas, prevê medidas que assegure seus direitos e deveres mediante situações abusivas. Mas o cotidiano dessas pessoas é bem diferente, pelo fato de diariamente serem induzidas a aceitar algo que não está a seu alcance, ou seja, propostas que não conseguem cumprir por se considerar absurdas.

A premissa do artigo é demonstrar se há a existência de violações a serem reparadas nas relações de consumo entre o consumidor e as instituições financeiras. O objetivo central do estudo trata-se da busca pela efetividade para o combate dessas práticas, pois compreende-se que oconsumidor possui um rol de direitos que possam lhe assegurar, entretanto, são práticas já consideradas "normais" pelo fato de usufruir da inocência do mesmo e dessa forma encontrar vantagens para prosseguir com o feito.

A partir desse pensamento, conclui-se a extrema importância que o tema apresentado no artigo, possui. A grande relevância do assunto exposto em nosso ordenamento jurídico, torna-se indispensável uma discussão a respeito, porque trata de um assunto que envolve as relações jurídicas e sociais entre as instituições bancárias, cliente-consumidor e as práticas de venda casada, cobranças indevidas e produtos não solicitados advindas dessas instituições. Existem importantes divergências nas quais poderão ser entendidas e esclarecidas com base na doutrina e jurisprudênciae nos princípios gerais do direito.

Verifica-se a relevância no âmbito social pois a sociedade precisa construir pensamentos críticos, reflexivos, conscientização dos abusos e que discussões sobre o assunto possam surgir, pois os serviços que as instituições bancárias colocam à disposição dos clientes estão regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, sempre em busca do equilíbrio entre as partes nas relações de consumo e mesmo diante disso os abusos por essas instituições encontram-se recorrentes no meio social.

A produção dessa pesquisa foi possível a partir de conhecimentos desenvolvidos ao decorrer do curso de Direito da UNIFSA, sendo válida para a instituição e relevante para o acadêmico no âmbito de pesquisas ou para a produção de artigos nesse tema ou linhagem, e que assim ele possa encontrar conteúdo, jurisprudências e doutrinas citadas no presente projeto.

Além disso, é de grande importância o conhecimento acerca dos direitos para que possa ser configurado pelo consumidor a cláusula como abusiva, podendo o desfavorecido estar ciente dos seus direitos e acionar os órgãos competentes para que haja uma revisão contratual sendo modificada tudo o que lhe causar dano e lesão. A avaliação e análise de todos esses fatos nos levará a uma interessante abordagem facilitando o entendimento do tema na vida social contemporânea. Por fim, o estudo contínuo desse tema é de suma importância para o aprimoramento do estudo de natureza jurídica.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

2. O DIREITO DO CONSUMIDOR E A RELAÇÃO JURÍDICA DE CONSUMO: A SUA EVOLUÇÃO HISTÓRICA E O SEU TRATAMENTO CONSITUTCIONAL

O Direito do Consumidor no Brasil começou a ser observado nos tempos do império, pois já existia uma certa proteção discreta em relação ao consumidor. Já existiam debates relacionados a esses direitos, mesmo que de forma indireta, mas sempre buscando respeitar a relação de consumo entre o fornecedor e o consumidor, havendo essa coação psicológica resultando na proteção a quem consumia certo produto ou serviço. Mas de fato o primeiro debate direto aconteceu em 1960, e os projetos ou anteprojetos de lei a partir de 1971.

Foram criadas diversas leis regulando aspectos de consumo entre as décadas de 40 e 60, onde os debates começaram a se intensificar. Onde a partir daí a Constituição Federal de 1988 apresentou a defesa do consumidor como sendo um princípio de ordem econômica, em consequência disso a proteção do consumidor ganhou importância sendo consagrada como uma garantia constitucional o que consolidou a criação do Código de Defesa do Consumidor, com isso criando normas e princípios que disciplinassem as relações de consumo, para que estas pudessem ser modificadas e houvessem o equilíbrio das relações jurídicas entre o fornecedor e o consumidor.

A Constituição Federal de 1988 abrange o direito que o consumidor possui e a partir de então para que possa envolver em seu corpo juridisicional incluindo às suas disposições constitucionais para a devida proteção ao mesmo, conforme os artigos 5º incisco, XXXII e 179º, inciso V.

Ademais, faz-se necessário que a constitucionalidade prevaleça no âmbito consumerista, o que traz à tona normas que precisam ser cumpridas a partir das delegações do Princípios que norteiam a Carta Magna, com a finalidade de efetivar os direitos e deveres que devem ser regidos para a proteção do consumidor em seu estado de hipervulnerabilidade.

2.1 A RELAÇÃO JURÍDICA DO CONSUMO

O ponto de partida para compreender a relação jurídica no âmbito consumerista está devidamente voltado para a concepção de que há a relação entre o fornecedor e o consumidor , para adquirir o que pretende-se da referida correlação, seja algum produto ou a contratação de um serviço específico.

Neste viés, Pedro Lenza (2021) relaciona dois pontos de suma importancia envolvendo o âmbito social e jurídico. Para que possa ser melhor compreendido, a analogia feita entre esses dois parâmetros revela que a necessidade para que a relação jurídica de fato exista, é necessário a constribuição social, pois só haverá tal relação se existir

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

repercussão jurídica, ou seja, caso tenha conflitos que geram o envolvimentos jurídico, sobretudo em determinados assuntos, como por exemplo, a existência de práticas abusivas em contratos de adesão efetivados por instituições financeiras e consequentemente agindo contra pessoas hipervulneráveis (o consumidor), aquele que não possui recursos próprios para administrar determinadas situações.

Vale ressaltar que essa relação de consumo em muitas situações não possui âmbito jurídico, mas ao que dize respeito às circunstâncias de natureza econômico financeiro na vida do consumidor é sem dúvida existente a presença da Norma Jurídica para amparar a parte necessitada na construção de determinada relação, dessa forma, não há definição melhor para a relação jurídica de consumo do que a feita por Savigny no século XIX, que relaciona a concepção de existir vínculo entre as pessoas e dentre dessa correlação uma das partes está obrigada e consequentemente sujeita diante da situação que possivelmente será proposta à ela.

Por derradeiro, faz-se necessário esclarecer que para a existência dessa relação é indispensável a junção dos elementos basilares para sua formaçãode maneira integral, tais elementos fazem parte de toda a estrutura jurídicana relação consumerista, pois envolve as duas partes (fornecedor e consumidor) assim como, o produto ou serviço prestado. Em decorrência disso, tal relação está atrelada à norma efetiva ou à norma presumida, a serem realizadas em primeiro momentoquando há a efetivação do serviço postulado e questão, já em um segundo momento, é quando simplesmente existe a apresentação do objetivo que está sendo oferecido, como por exemplo, a publicidade de algo.

2.2 A TRANSPARÊNCIA E A BOA-FÉ COMO VETORES PRINCIPIOLÓGICOS DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Marques (2019) defende que o código de Defesa do Consumidor preconiza que as relações de consumo devem obedecer a lealdade recíproca antes, durante e depois da negociação entre o fornecedor e o consumidor, seja de bens ou serviços, sendo possível através da efetivação do princípio da transparência. As informações repassadas para quem consome integram o conteúdo do contrato, as cláusulas que versam sobre direitos ou restrições devem estar sempre explicitas e de fácil compreensão, ou seja, a ideia central é possibilitar uma aproximação e uma boa relação entre o consumidor e o fornecedor, onde a sinceridade esteja presente e o dano seja excluído.

O direito à informação e a transparência nas relações de consumo vem para garantir ao consumidor a segurança na hora de adquirir algum bem ou serviço por meio contratual, buscando evitar as práticas comuns e abusivas dos fornecedores. Este princípio atua de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

maneira conjunta nas relações de consumo, atuando desde a oferta aos consumidores, nos contratos de adesão, como também na publicidade, devendo as suas cláusulas estarem explicadas de maneira clara para o consumidor, para que assim ele possa ter pleno conhecimento, podendo exercer sua vontade com convicção.

Estando prevista no Código de Defesa do Consumidor, este princípio juntamente com a informação, passaram a ser uma condição necessária na prestação de serviço ou no fornecimento de um produto, sendo exigido antes da existência da relação de consumo, portanto, não podendo ser oferecido ao mercado sem que estejam presentes.

Bittar (2011) afirma que com o passar do tempo novas informações vão surgindo o que pode ocasionar um déficit de informações, visto que, a publicidade que desfrutamos tem um alto poder na sociedade atual em razão da expansão de seu mais importante veículo, a televisão, que influencia de alguma forma nos hábitos e costumes, indistintamente, encontra no Código de Defesa do Consumidor normas que devem equilibrar de maneira necessária e com medidas de defesa do consumidor suscetíveis de, em caso de violação ou abusos, venha restaurar sua posição ou sancionar comportamentos lesivos.

Sob a perspectiva máxima aos parâmetros principiológico, se enquadra o princípio da boa-fé, que é considerado o norteador do Direito do Consumidor e com isso, trouxe a necessidade de estar cada vez mais incluso nas relações que envolve qualquer tipo de consumo, e principalmente, aquelas que envolvem instituições bancárias/financeiras pelo simples motivo de esta representar na maioria de seus clientes, um percentual elevado de vulnerabilidade, por tratar de idosos.

Trata-se da boa-fé objetiva, que acontece quando o dever das duas partes na relação é demonstrado conforme os parâmetros inicialmente elaborados, ou seja, estabelecer harmonia, equilíbrio e honestidade nas relações de consumo. Mencionado, o Código Civil diz em artigo 422: "Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé." Nesse sentido, o doutrinador prevê o seguinte:

> O princípio da boa-fé impõe ao fornecedor, neste sentido, um dever de informar qualificado, uma vez que não exige simplesmente o cumprimento formal do oferecimento de informações, senão o dever substancial de que estas sejam efetivamente compreendidas pelo consumidor. (MIRAGEM. 2016. p 146).

Este princípio, diferentemente da boa-fé subjetiva, implica diretamente nas relações jurídicas para manter o respeito e a lealdade nas relações consumeristas, com a finalidade de buscar fidelidade para as ações praticadas.

Por isso, é necessário que tenha um padrão de ética social, respeito e transparência quanto à expectativa que será imposta na relação, dessa forma, o relator Fernando Antonio Tavernard Lima da 3ª Turma Recursal do JECC – DF258 proferiu a seguinte ementa, versando sobre o princípio da boa-fé objetiva.

> CIVIL. CONSUMIDOR. FURTO DE CARTÃO DE DÉBITO. SUPOSTA FRAUDE PERPETRADA POR TERCEIROS. INICIAL NEGLIGÊNCIA DO CONSUMIDOR À COMUNICAÇÃO DO SUPOSTO CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. AUSÊNCIA DE MECANISMOS DE SEGURANÇA BÁSICOS A EVITAR FRAUDES OU A MINORAR PREJUÍZOS. **PRINCÍPIO DA BOA-FÉ OBJETIVA. INOBSERVÂNCIA DO DEVER DE COOPERAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO**

Com isso, é perceptível o reconhecimento especial para este princípio, visando algo que requer respeito ao objetivo principal, ou seja, entende-se que esse valor precisa ser verdadeiramente bem aceito e regido pela melhor forma possível, fazendo com que o consumidor possa usufruir legalmente dos seus direitos sem ter nenhum deles afetados.

A cobrança pelo direito dos consumidores em requerer a boa-fé não praticada pelos bancos, está cada vez maior, mediante a falta de interesse dos fornecedores gera automaticamente a insatisfação nas relações de consumo, por isso, a necessidade de inserir esse princípio é de suma importância, uma vez que o mesmo faz cobertura da base principal da relação, a confiança.

Com a finalidade de complementar e corroborar o que já foi exposto, o doutrinador diz que:

> Deste modo, quando se fala em boa-fé objetiva, pensa-se em comportamento fiel, leal, na atuação de cada uma das partes contratantes a fim de garantir respeito à outra. É um princípio que visa garantir a ação sem abuso, sem obstrução, sem causar lesão a ninguém, cooperando sempre para atingir o fim colimado no contrato, realizando os interesses das partes. (NUNES, 2018. p 124)

Com isso, é explícito que o consumidor possui direito legal em introduzir o uso desse princípio no seu cotidiano, com o propósito de resguardar sua idoneidade e transformar toda a situação de práticas abusivas em relação expressamente harmônica,

258 https://pesquisajuris.tjdft.jus.br/IndexadorAcordaos-web/sistj (Acessado em 20 de outubro de 2021)

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

com a finalidade de extinguir as possíveis fraudes existentes nessas relações, onde as instituições financeiras eventualmente produzem violações de deveres que o princípio da boa-fé assegura.

Na formação dos contratos entre consumidor e fornecedor com a presença desses dois princípios, tem como objetivo possibilitar uma aproximação e uma relação contratual mais sincera e menos danosa entre as partes. O princípio da transparência possui exigências, onde as informações devem ser clara e correta sobre o produto a ser vendido, sobre o contrato a ser firmado integrando-se com o princípio de boa-fé. Ou seja, um princípio equipara-se com o outro, tornando indispensável a atuação dos respectivos nas relações de consumo através do âmbito contratual.

3. PRÁTICAS ABUSIVAS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

As práticas abusivas são reconhecidas como o principal fator para estremecer uma relação de consumo, classificadas em rol exemplificativo do CDC em seu art. 39, sendo elas a venda casada, a recusa de demandas dos consumidores, o envio de produtos sem solicitação prévia, como exemplo, os cartões de créditos não solicitados, a ausência de orçamento, a ausência de prazo para cumprimento da obrigação do fornecedor, produtos e serviços sem especificação legal, reajuste e aumento de preço e por último a cobrança indevida.

Nas relações de consumo, ou seja, a relação entre o fornecedor e o consumidor, há a troca de interesses, estando uma das partes com a intenção de adquirir um produto ou seviço e a outra parte com o interesse em oferece-lo.

E consequentemente existem irregularidades, que são as consideradas práticas abusivas já mencionadas, mas há também o acesso a informação, sendo este um dos objetos de estudo para que o consumidor saiba que o acesso a informação é expresso por lei, assim como possa ter conhecimento acerca das clásusulas expressas nos contratos de adesão de produtos ou serviços, sendo de suma importência para que não fique a mercer dessas ilegalidades.

3.1 DEFINIÇÕES, CAUSAS E EFEITOS NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

As práticas abusivas existem dentro dos contratos de consumo, sendo o consumidor a parte mais vulnerável da relação, tornando-se vítima dessas práticas, mas com o auxílio do Código de Defesa do Consumidor possui total amparo acerca dos seus direitos, onde muitas vezes tornam inválidas essas relações por conta dessas práticas.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

Carvalho (2015) define esses tipos de práticas como sendo práticas vedadas pelo Código de Defesa do Consumidor que são utilizadas com frequência pelo fornecedor, de forma que lesionam o princípio da boa-fé, à liberdade que o consumidor possui em escolher o que melhor lhe convém, além de tornarem vulneráveis sofrendo as consequências, principalmente financeiras decorrentes dessas práticas, as vezes se dar na fase de venda de produto ou serviço ou na fase de produção, o que podem ser também contratuais ou não.

Segundo a legislação, as práticas abusivas são aquelas onde a parte mais vulnerável sai da relação de consumo prejudicada, sendo manipulados e enganados através da falsa concepção de que as informações fornecidas são verdadeiras.

A economia de modo geral gera desequilíbrios na sociedade, na medida em que os comércios ou desestabiliza em razão da mesma (economia), possuindo uma grande influência neste cenário.

O código de defesa do consumidor com o intuito de diminuir as desigualdades dentro dos contratos, interviu deixando explícito que a vulnerabilidade contratual é absoluta, com a finalidade de estabelecer uma relação de confiança e lealdade, onde não tentem tirar proveito uns dos outros, sendo ela justa.

Diante disso, os atos praticados pelos fornecedores que decorrem de práticas abusivas poderão produzir nulidades absolutas. Logo práticas abusivas em uma relação de consumo, são atos praticados pelos fornecedores que enganam, passam para trás os consumidores ou atos que abusem da boa-fé, de modo a obter vantagens consideradas abusivas pela legislação.

3.2 O CONTRATO DE ADESÃO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO BANCÁRIO

Fabio Ulhoa Coelho aduz que os contratos de adesão de natureza bancária são veículos jurídicos da atividade econômica que fazem a intermediação dos fundos monetária além de ajudarem no fornecimento financeiro.

Ainda estabelece requisitos para que um contrato seja considerado de adesão bancário, um deles é a exigência que uma das partes deve ser necessariamente uma instituição bancaria, além da a inserção da função econômica do contrato no contexto do exercício da atividade bancária. Portanto, se o contrato tem a função, de coletar,

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

através da intermediação a aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, as instituições bancarias que possuem a autorização do governo pode contrata-lo, sendo assim definido como um contrato bancário.

A principal função do contrato de adesão é simplificar o negócio jurídico e democratizar a relação de consumo para que mais empreiteiros possam usar os ativos. De acordo com a Lei nº 8.078 / 90, a Lei de Defesa do Consumidor:

> Art. 54. O contrato de adesão é a cláusula cujos termos foram aprovados pelo órgão competente ou determinados unilateralmente pelo provedor do produto ou serviço, não podendo o consumidor discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo. (Brasil, 1990).

Dentro dos contratos de adesão bancários, existem a concessão dos cartões de créditos, onde uma instituição financeira torna-se a emissora e se obriga perante uma pessoa física ou jurídica a pagar o crédito concedido a esta por terceiro, empresário credenciado por aquela instituição.

Assim, como toda relação de consumo está sujeita às clausulas abusivas, não é diferente com os contratos de abesão bancarios envolvendo os creditos concedidos por meio de cartões de créditos, onde na maioria das vezes são ausentes nesses tipos de contratação os principais fundamentos exigidos pela legislação, sendo ausentes a clareza, as informações decorrentes do principio da transparência, não agindo em consonância com a lealdade atraledado ao principio da boa-fé.

Neste sentido é o julgado de Turma Recursal do Piauí:

> RECURSO INOMINADO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER CUMULADA COM INDENIZAÇÃO E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. **CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO CONSIGNADO POR PRAZO INDETERMINADO**. ALEGAÇÃO DO BANCO RÉU DE QUE O CONSUMIDOR TEVE CIÊNCIA DA CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO NA MODALIDADE **CARTÃO DE CRÉDITO CONSIGNADO**. AUSÊNCIA DE PROVA DA TRANSPARÊNCIA NA CONTRATAÇÃO. GRANDE IMPROBABILIDADE DE QUE O CONSUMIDOR TENHA ACEITADO SUBMETER-SE A CONTRATAÇÃO DE EMPRÉSTIMO IMPAGÁVEL, DIANTE DA INCIDÊNCIA DE ENCARGOS MORATÓRIOS MUITO SUPERIORES AO DESCONTO MÍNIMO MENSAL REALIZADO EM

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> CONTRACHEQUE. DEVOLUÇÃO DO VALOR DEPOSITADO NA CONTA DO AUTOR. **RESTITUIÇÃO DOS VALORES DESCONTADOS DE FORMA SIMPLES**. DANOS MORAIS CONFIGURADOS. QUANTUM ADEQUADO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (TJ PI, Recurso inominado nº 0023981- 24.2016.818.0001, Relator: João Henrique Sousa Gomes, Data de julgamento: 24/11/2017, 1ª Turma Recursal dos Juizados Especiais do Piauí. Origem: Jec Cível e Criminal Zona Norte 02 - Sede Buenos Aires, Comarca de Teresina/PI)

Com isso, é perceptível o reconhecimento especial para que os contratos de adesão bancários envolvendo contratação de cartão de credito ou não, deva respeitar o que impõe o CDC e a legislação especifica, na expectativa de que o consumidor possa usufruir dos seus direitos e que os mesmos não sejam afetados.

3.3 CONSUMIDORES VULNERAVEIS: PRÁTICAS ABUSIVAS MAIS RECORRENTES

A vulnerabilidade do consumidor é nitida e na relação, onde o fornecedor é a parte mais forte, possuindo conhecimento a respeito do produto ou do serviço que é oferecido, deixando em desvantagem o consumidor. Em decorrência disso o Código de Defesa do Consumidor foi criado para amparar e proteger alguns direitos do consumidor, , pois o descumprimento da lei acarretará em sanções, multas e outras obrigações.

O Código de Defesa do Consumidor garante uma proteção maior aos consumidores considerados hipervulneráveis, sendo eles os idosos, crianças, deficientes mentais, analfabetos e pessoas com saúde debilitada.

Em relação aos idosos, além do CDC a Lei 10.741/2003 que é a legislação do Estatuto do Idoso, prever os direitos em face dos mesmos, e no seu artigo 20 prevê que os produtos e serviços prestados aos idosos devem respeitar a sua peculiar condição de idade. Disciplina o referido dispositivo:

> Art. 20. O idoso tem direito a educação, cultura, esporte, lazer, diversões, espetáculos, produtos e serviços que respeitem sua peculiar condição de idade.

Além do mais, o entendimento acerca da proteção especial garantida aos idosos possui entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça (STJ), sendo mais amplo do que prevê a legislação especifica, com isso, o Recurso Especial nº 586.316 diz:

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> Ao Estado Social importam não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo e a "pasteurização" das diferenças que caracterizam e enriquecem a sociedade moderna.
>
> Ser diferente ou minoria, por doença ou qualquer outra razão, não é ser menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecer direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador.
>
> O fornecedor tem o dever de informar que o produto ou serviço pode causar malefícios a um grupo de pessoas, embora não seja prejudicial à generalidade da população, pois o que o ordenamento pretende resguardar não é somente a vida de muitos, mas também a vida de poucos.
>
> Conclui-se portanto, que com o avanço da idade tem como uma das consequencias a diminuição da compreensão acerca das coisas, o que torna mais fácil serem sujeitos a fraudes e a praticas abusivas decorrentes das relações de consumo.

Sendo assim, em consequência dessa condição de vulnerabilidade ficando a mercer das ilegalidades praticadas pelos bancos, dentre elas o envio de produto não solicitado, assim como a venda casada são uma das práticas abusivas mais recorrentes.

O projeto de lei 4557/08 define como prática abusiva a entrega de produto ou serviço de crédito ao consumidor sem solicitação prévia. *In verbis:*

> Art. 39, III, entregar ou enviar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou serviço ou disponibilidade de crédito;

Quando a empresa encaminha um produto ou presta um serviço ao consumidor, sem que este tenha feito uma solicitção prévia entende-se que é uma amostra grátis, não existindo, devendo ser afastada do consumidor qualquer obrigação pecuniária.

> Parágrafo único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento.

Assim entendeu TJ-RS:

> **RECURSO INOMINADO. CARTÃO DE CRÉDITO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. FORNECER PRODUTO OU SERVIÇO SEM SOLICITAÇÃO. Consiste em prática abusiva "enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço.". Art. 39, III, do Código de Defesa do Consumidor. Ausência de prova da contratação e do uso referente ao débito questionado, o que gera o dever de indenizar.** (TJ-RS - Recurso Cível: 71003489341 RS, Relator: Adriana da Silva Ribeiro, Data de Julgamento: 14/06/2012, Terceira Turma Recursal Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 18/06/2012)

O simples envio de um produto ou o fornecimento de um serviço sem solicitação prévia já é caracterizado como prática abusiva e passível de penalidades administrativas, inclusive, multa.

É impossível se pensar que a cada recebimento de correspondência oferecendo serviço ou produto, o consumidor vá se preocupar em responder a correspondência, informando o seu não interesse na oferta principalmente quando se trata de consumidores vulneráveis, onde estes em decorrência da sua vulnerabilidade não possuem a sua capacidade plena para discernir e tomar a decisão a respeito.

Portanto, conclui-se que enviar um produto sem que o consumidor tenha solicitado é considerado como uma prática abusiva, sendo passível de reprovação, podendo ser aplicado multa pelos órgãos de proteção ao consumidor.

4.CAPÍTULO III: MECANISMOS JURÍDICOS PARA COMBATER VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS NA RELAÇÃO DE CONSUMO À LUS DO STJ

Acerca dos mecanismos que têm a capacidade de reformular, tratar e combater as violação dos princípios norteadores de um relação de consumo, excepcionalmente entre o consumidor e instituições bancárias, existem decisões que em muitas situações estão à favor da parte lesada (consumidor), além disso, o Código de Defesa do Consumidor é uma das proteções mais eficazes ou pelo menos seria, em situações similares.

Diantes disso, é notório que está cada vez mais corriqueira a prática imposta por bancos em relação à abusividade, violação e importunação contra consumidores em suas

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

relações consumeristas, práticas estas que ganharam mais destaques por se tratar de negócio jurídico firmado entre as partes pensando haver confiança e credibilidade sobre determinado assunto, por isso, é comum ver relatos de pessoas vítimas de fraudes diretamnete com intsitutições bancárias.

Inicialmente, a relação se dá através da firmação de negócio através de Contratos de Adesão, imposto como um dos vilões principais desse envolvimento, pois trata-se de um documento unicamente uniltaeral, sendo confeccionado sob as persperctivas de uma só parte, incluindo vontades e garantias que sejam acolhidas para o seu próprio interesse, deixando o consumidor toalmente a mercer de um situação que deveria ser segura e responsabilizada legalmente.

A partir disso, o consumidor encara uma grande dificuldade quando se trata de uma relação de negócio aparentemente correta e inesperadamente deparar-se com problemas ocasionados pela própria casa bancária ou instituição financeira que estiver correlacionada, ainda mais partindo do pessuposto que o Código de Defesa do Consumidor, na maioria das vezes obtém dificuldade para abranger todas as atividades que envolvem todo mercado de consumo e nas relações consumeristas de âmbito bancário/financeiro não seria diferente, dessa forma Marques (2020) relata que é necessário haver análise simultanêa e harmonica para a resolução dos conflitos que agredir o direito do consumidor na relação de consumo, pois infelizmente há muita discrepância no entendimento juridicional quanto às ilegalidades sofridas por consumidores nesse viés.

Portanto, é necessário a reunião de julgados e entendimento que possa corroborar e alertar que de fato há a necessidade da análise detalhada e supervisionada sobre a violação regida por tais instiuições quanto aos princípios norteadore e basilares das relações consumeristas. Atualmente, os mecanismo com mais poder de efetivação quanto ao assunto abordado está sendo aceito e concretizado, a partir de entendimentos jurisprudenciais a cerca dessas abusividades, é o caso do julgamento de Apelação Cível de nº 0706742-69.2021.8.07.0009 pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, em que o apelante alega ter sido enganado pela falta de informação necessária sobre o tipo de contratação que estaria sendo realizada, pelo simples fato de precariedade da transparência que deveria ser pilar principal da contratação e a partir disso, acarretando problemas financeiros ao consumidor, pois o referido "contrato" realizado, ultrapassava a porcentagem regida pela Lei, sendo utilizada uma cobrança totalmente indevida em face da inobservância do banco requerido em relação ao contrato imposto ao consumidor (BRASIL, 2021).

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

O Desembargador Leonardo Roscoe Bessa, em seu voto, demonstra que houve de fato a precariedade no Contrato de Adesão por apresentar clásulas obscuras em relação a porcentagem de juros cobrada e do produto/serviço que estava sendo ofertado ao consumidor, dessa forma, determinou pela não nulidade com contrato mas sim, pela concessão da redução na taxa absurda cobrada pela instituição, fazendo com que o cliente tenha a decência de arcar com uma relação prontamente legal, observando os deveres que precisam ser assistidos e tomados mediante a situação (BRASIL, 2021).

Então, frisa-se que, tais práticas de abuso ao consumidor estão cada vez mais recorrentes e consequentemente elevam o grau de tal indisciplina realizada pelas instituições bancárias. Dessa forma, é necessário que o consumidor tenha cada vez mais acolhimento pelo judiciário e legislativo, pois embora exista muitas prerrogativas para que haja a devida proteção, existem lacunas que precisam ser preenchidas afim de solucionar de terminadas e inúmeras situações conflituosas.

4.1 Entendimento jurisprudencial e legal que rege a proteção dos princípios em relações de consumo

Tendo em vista que exista a clareza dos dispositivos enlencados no Código de Defesa do Cosumidor e a ligação de vulnerabilidade do consumidor nas mais diversas e variadas relações, sendo contratutais e extracontratuais, establecidas especificadamente por instituições financeiras, o Superior Tribunal de Justiça, em maior de 2004 sintetizou através da Súmula 297 que: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras" e mesmo com a tentativa de se abster para englobar essas relações consumeristas, tentando abdicar da inconstitucionalidade formal e material presentes no CDC, teve pedido julgado improcedente mesmo com interposição a Embargos de Declaração. Aprecia-se a ementa regida:

> EMBARGOS DE DECLARAÇÃO OPOSTOS PELO PROCURADOR GERAL DA REPÚBLICA CONHECIDOS. ALEGAÇÃO DE CONTRADIÇÃO. ALTERAÇÃO DA EMENTA DO JULGADO. RESTRIÇÃO. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Embargos de declaração opostos pelo Procurador Geral da República, pelo Instituto Brasileiro de Política e Direito do Consumidor - BRASILCON e pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor - IDEC. As duas últimas são instituições que ingressaram no feito na qualidade de amici curiae. 2. Entidades que participam na

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

> qualidade de amicus curiae dos processos objetivos de controle de constitucionalidade, não possuem legitimidade para recorrer, ainda que aportem aos autos informações relevantes ou dados técnicos. Decisões monocráticas no mesmo sentido. 3. Não conhecimento dos embargos de declaração interpostos pelo BRASILCON e pelo IDEC. 4. Embargos opostos pelo Procurador Geral da República. Contradição entre a parte dispositiva da ementa e os votos proferidos, o voto condutor e os demais que compõem o acórdão. 5. Embargos de declaração providos para reduzir o teor da ementa referente ao julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.591, que passa a ter o seguinte conteúdo, dela excluídos enunciados em relação aos quais não há consenso: ART. 3o, § 2o, DO CDC. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ART. 5o, XXXII, DA CB/88. ART. 170, V, DA CB/88. **INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS. SUJEIÇÃO DELAS AO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE.** 1. As instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. 2. "Consumidor", para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito**. 3. Ação direta julgada improcedente.**

Dessa forma, resta claro e cristalino que instituição bancárias/financeiras, podem sofrer as mesmas condenações e penalidades que as demais relações consumeristas, fazendo ênfase ainda maior por se tratar de empresas que deveriam cuidar da vida financeira da pessoa humana que em muitas das vezes se vê desamparado economicamnete, precisando recorrer à casas bancárias afim de conseguir "resolver" determinados problemas enfrentados.

Outro ponto a ser avaliado está atrelado às inúmeros julgados regidos por Tribunais Pátrios, com o objetivo de concretizar ainda mais a situação do consumidor lesados em situações orrendas, sendo realizadas diversas relações fraudulentas, através de contratos alterados e grosseiramente tidos como falsos. Com isso, a brilhante decisão do TJ-PR:

> APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. INEXISTÊNCIA DE DÍVIDA C/C REPARAÇÃO DE DANOS. **EMPRÉSTIMO CONSIGNADO**. **IMPUGNAÇÃO DAS ASSINATURAS CONSTANTES**

DO CONTRATO E DO COMPROVANTE DE ENTREGA DO VALOR. ÔNUS DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA DE PROVAR E CUSTEAR A PERÍCIA. DISPENSA DA PROVA GRAFOTÉCNICA. FALSIDADE DE ASSINATURA PRESUMIDA. **NEGÓCIO INEXISTENTE. DESCONTOS INDEVIDOS**. Mesmo ciente de que lhe incumbia o ônus de comprovar a autenticidade das assinaturas constantes dos documentos trazidos, visto que expressamente impugnada, a instituição financeira defendeu ser desnecessária a realização de perícia grafotécnica, bem como que teria se desincumbido de seu ônus ao trazer aos autos fato extintivo do direito da requerente, deixando de observar, contudo, os termos do art. 429, II, do Código de Processo Civil, que configura exceção à regra geral prevista pelos artigos 95, , e 373, II, do mesmo diploma. Desse modo, diante dacaput inércia da instituição financeira em demonstrar a autenticidade das assinaturas apostas nos documentos apresentados, ônus que lhe incumbia, impõe-se a manutenção da sentença que presumiu a sua falsidade**. RECURSO NÃO PROVIDO.** (TJPR - 15ª C.Cível - 0002857-86.2016.8.16.0147 - Rio Branco do Sul - Rel.: Desembargador Hayton Lee Swain Filho - J. 12.02.2020) (TJ-PR - APL: 00028578620168160147 PR 0002857-86.2016.8.16.0147 (Acórdão), Relator: Desembargador Hayton Lee Swain Filho, Data de Julgamento: 12/02/2020, 15ª Câmara Cível, Data de Publicação: 12/02/2020).

Portanto, conclui-se sobre essa situação que é existente a fraude escancarada contra os consumidores principalmente nesse quesito, abrangendo justamente a necessidade de proteção legal à ele e o judiciária está construindo aos poucos concretizações e decisões possa assegurar o devido direito do Consumidor.

Logo, é nítido que na maioria das vezes não há qualquer informação sobre o valor do crédito, sobre a taxa de juros, a soma total a pagar, o número e periodicidade de prestações, o que é completamente ilegal, pois é dever da Instituição Financeira informar prévia e adequadamente ao consumidor, na outorga de crédito ou concessão de financiamento, sobre todos esses dados (art. 52 do CDC), e havendo a inobservância dessas tratativas devem ser imediatamente inseridas declarações que confirmem a abusividade de

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

cláusula em Contratos de Adesão, tão logo, a consideração que determinado documento seja nulo de pleno direito, em razão da violação de princípos básicos.

Com base nisso, os Desembargadores Elói Estevão Troly e Jairo Brazil Fontes Oliveira decidiram Apelação de nº 1006627-83.2020.8.26.0266, negando provimento ao pedido do Banco quanto à sentença procedente em face do consumidor, tratando-se de negócio fraudulento, uma vez que houve falsificação de assinaturas em objeto de contrato, como vê-se no referido Acórdão:

> Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação Cível nº 1006627-83.2020.8.26.0266, da Comarca de Itanhaém, em que é apelante/apelada ROSELI DE LIMA SIMOES (JUSTIÇA GRATUITA), é apelado/apelante BANCO C6 CONSIGNADO S/A. **ACORDAM, em 15ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento aos recursos. V. U.** Sustentou oralmente a advogada Erica Aparecida Gimenes OAB/SP 143.477, pelo apelante.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores MENDES PEREIRA (Presidente sem voto), ELÓI ESTEVÃO TROLY E JAIROBRAZIL FONTES OLIVEIRA.

Corrobora-se mais uma vez, a importância do cuidado com o consumidor, pois no momento em que se sente lesado e o mesmo recorre o Judiciário com o ituito de receber o direito da proteção, da reparação, da retratação, da segurança e muitos outros direitos BÁSICOS que em tese devem ser cumpridos, esse consumidor precisa se atendido prontamente dentro dos ditames legais, pois o mesmo carece dos cuidados que a própria Consituição Federal estabelece.

Outro elemento legislativo que trouxe amparo para a cidadania e a dignidade da pessoa humana e que se insere também na defesa do consumidor em muitos aspectos, foi a criação da Lei 14.181/21, responsável por alterar dispositivos do Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90) e do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/03).

Destarte, não resta dúvida que a grande necessidade de proteção ao consumidor invade um espaço gigantesco entre decições legislativas e judiciárias, a exemplo dessa Lei promulgada recentemente e que obtém um teor imenso, abrangendo inúmeras e diversas possibilidas para que haja o combate necessário contra qualquer tipo de importunação de

instituições bancárias/financeiras. Tal Lei prevê inclusive o parâmetro para que seja respeitado um dos princípios base quando se trata da transparências das relações de consumo, bem como, a análise do envolvimento do princípio da boa-fé que trabalha incessantemente para a construção de relações consumeristas bem regida, tanto pelo consumidor quanto pelo fornecedor.

Contudo, resta-se claro que existem formas e normas que estão em perfeito dialeto e consonância para a proteção evidente do consumidor, onde o mesmo não necessite passar por constrangiementos, tampouco viver situações que não precisam ser convividas por erro unicamente de instituições com o intuito de se auto promover e tirar proveito contra consumidores altamente hipossuficientes.

5.CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, conclui-se que o consumidor é a parte mais vulnerável dessa relação, sendo classificado pelo Código de Defesa do Consumidor prevendo a vulnerabilidade de forma absoluta tratando-se do consumidor, estabelecendo também seus direitos e deveres de modo a serem cumpridos para que haja uma relação de consumo honesta. A Constituição Federal é uma base para o Código de Defesa do Consumidor, pois no artigo 5º narra que o Estado tem como uma das obrigações proteger o consumidor, tendo assim a preocupação de criar uma lei específica para garantir essa proteção.

O Código de defesa do Consumidor traz os princípios e normas que norteiam esse tipo de situação, visto que, é preciso, pois o fornecedor tem um conhecimento mais técnico e mais aprofundado tanto do produto quanto da prestação de serviço especifico comparado ao consumidor, onde muitas vezes encontra-se vulnerável, ficando a mercê dessas práticas.

O principal intuito desse artigo é demonstrar que os consumidores possuem direitos acerca das informações, para que não sejam enganados durante a negociação. As informações passadas a eles devem sempre serem leais e claras, afim de que não sejam prejudicados.

O direito à informação está previsto no Código de Defesa do Consumidor, pois é importante que o mesmo saiba o que está adquirindo e que as informações sejam verdadeiras, para que não haja futuros problemas em relação a isso.Com a frequência das

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

práticas abusivas houve a necessidade da criação do Código de Defesa do Consumidor que tem o objetivo de garantir seus direitos fundamentais.

A ocorrência desses abusos em relação ao consumidor são mais frequentes do que se pode imaginar, pois são atos que prejudicam os consumidores causando danos, morais, danos físicos, psicológicos e danos nos bolsos, prejuízos em valores altos.

No código estão previstos também os artigos que falam das punições, sanções e consequências desses atos vedados por ele, fazendo assim os fornecedores que causarem danos, prejuízos aos consumidores serem responsabilizados por seus atos. Nesse trabalho foram conceituados consumidor, fornecedor e marcados os pontos importantes que dizem respeito a eles, como: direitos, deveres e garantias, discorreu-se sobre as relações de consumo, que é onde acontecem a prática abusiva, quando não são respeitados os princípios que norteiam essa relação.

Mas, ainda é importante destacarmos que os problemas em relação aos consumidores não acabaram, pois o desequilíbrio é perceptível, quando as duas partes possuem um conhecimento diferenciado do assunto, o fornecedor dispõe de um conhecimento muito mais técnico do que o consumidor referente aos produtos e prestações de serviços, uma vez que o fornecedor trabalha com o produto ou a prestação de serviço que está sendo negociada o dia todo, devendo ele dar o suporte necessário ao consumidor que está indo de boa-fé adquiri-lo, devendo serem apresentadas as devidas informações.

Logo, os direitos e deveres dos consumidores e dos fornecedores, deverão ser mais apresentados e acessíveis as pessoas, pois isso é uma garantia que os amparam, não deixando que o equilíbrio se desfaça, prevenindo as práticas abusivas e punindo-as quando for necessário, para que a proteção do consumidor esteja sempre em primeiro lugar, pois é a parte mais vulnerável dessa relação, classificado assim pelo Código.

REFEREÊNCIAS

ALMEIDA, F. B. D.; LENZA, P. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Disponível em: https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/759390. Acesso em: 08 jan. 2022.

Boletim Conteúdo Jurídico v. 1094 de 11/06/2022 (ano XIV) ISSN - 1984-0454

PRADO, Matheus**. Com práticas invasivas dos bancos, crédito consignado vira dor de cabeça.** Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/com-praticas-invasivas-dos-bancos-credito-consignado-vira-dor-de-cabeca/

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano: **Curso de Direito Civil. Contratos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais,** volume 3, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52-53.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Contratos bancários In_____. Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 35, p. 416-435

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do consumidor**, cit., 2011 p. 50

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2016

ALMEIDA, F. B. D.; LENZA, P. **Direito do Consumidor Esquematizado**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. *E-book*. Disponível em: https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/759390. Acesso em: 08 jan. 2022.

PRADO, Matheus**. Com práticas invasivas dos bancos, crédito consignado vira dor de cabeça.** Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/com-praticas-invasivas-dos-bancos-credito-consignado-vira-dor-de-cabeca/

ROSENVALD, Nelson; CHAVES, Cristiano: **Curso de Direito Civil. Contratos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Contratos e atos unilaterais,** volume 3, 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52-53.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Contratos bancários In_____. Novo manual de direito comercial: direito de empresa**. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 35, p. 416-435

BITTAR, Carlos Alberto. **Direito do consumidor**, cit., 2011 p. 50

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual**. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: MÉTODO, 2016

_____, **Lei nº 14.181/2021**, **de 01 de julho de 2021. Altera a** Lei nº 8.078**, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e a** Lei nº 10.741**, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do Idoso), para aperfeiçoar a disciplina do crédito ao consumidor e dispor sobre a prevenção e o tratamento do superendividamento.** Diário Oficial da União, Brasília-DF, 02 de julho de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/L14181.htm. Acesso em: 01 fev. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor.** 5ª ed. – São Paulo: Atlas, 2019. Disponível em: https://forumturbo.org/wp-content/uploads/wpforo/attachments/36383/3130-Direito-do-Consumidor-2019-Srgio-Cavalieri-Filho.pdf. Acesso em: 14 jan. 2022.

PANASIEWICZ R.; AGOSTINHO P. N. Paulo. **Metodologia Científica, a ciência e seus métodos. Os diversos métodos de pesquisa.** A relação entre tema, problema e método de pesquisa. Belo Horizonte, Universidade FUMEC, 2013.

GAGLIANO, P. S.; FILHO, R. P. **Contratos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. Disponível em: https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/721397. Acesso em: 29 mar. 2022.

LÔBO, P**. Direito Civil - Contratos**. São Paulo: Saraiva, 2020. E-book. Disponível em: https://bibliotecadigital.saraivaeducacao.com.br/books/719657. Acesso em: 02 fev. 2022.

CARVALHO, Brunna L. de Oliveira. A ineficiência do código de defesa do consumidor nas práticas abusivas no comércio eletrônico. Disponível em: . Acesso em: 22/01/2022.

__. Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990.Código Brasileiro de Defesa do Consumidor.Disponível em:. Acesso em: 16/12/2021.

COELHO, Fábio Ulhoa. Contratos bancários In____. Novo manual de direito comercial: direito de empresa. 29. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. cap. 35, p. 416-435.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. STJ – Recurso Especial nº 586.316. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/docs/1/2008885.PDF . Acesso em: 09 de maio de 2022.

Cláudia Lima Marques, Manual de Direito do Consumidor. 9a São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, p. 145-153

__. DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Justiça do do Distrito Federal e dos Territórios. Apelação Cível nº 0706742-69.2021.8.07.0009. ação declaratória de inexistência de débito e nulidade contratual do "termo de adesão ao cartão de crédito consignado Banco BMG e autorização para desconto em folha de pagamento", cumulada com indenização por danos morais. Apelante: V. F. C. Apelado: B. B.M.G. Relator: Leonardo Roscoe. Distrito Federal, 03 de fevereiro de 2022. Disponível em https://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1407386678/70674269202180700 09-df-0706742-69202180700 09. Acesso em 26 de março de 2022.